

# Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario

diretta da  
MARIO P. CHITI e GUIDO GRECO



**2006**



**Giuffrè editore**

**indici 2006**

---



## DOTTRINA, NOTE A SENTENZA, RELAZIONI E INTERVENTI

	<i>pag.</i>
LUCA ARNAUDO, <i>Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale</i> . . . . .	983
MASSIMO BALDINATO, <i>Nota alla sentenza Parking Brixen: La Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing</i> (nota a Corte di giustizia, sentenza 13 ottobre 2005, in causa C-458/03) . . . . .	227
EZIO M. BARBIERI, <i>Sull'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica comunitaria a società di persone</i> (nota a Tribunale amministrativo regionale Lombardia, Milano, Sez.III, ordinanza 21 luglio 2006, n. 117) . . . . .	1164
EZIO M. BARBIERI, <i>Il diritto comunitario consente che l'impresa associata in A.T.I. impugni singolarmente il risultato di una aggiudicazione?</i> (nota a Consiglio di stato, Sez. V, ordinanza 14 novembre 2006, n. 6677) . . . . .	1146
NICOLA BASSI, <i>I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi</i> . . . . .	69
MARIA PIA BELLONI, <i>Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione europea. È questione di etichetta, ma anche di etica</i> . . . . .	129
STEFANO BERTOZZI, <i>Migrazione legale: c'è veramente bisogno di più Europa?</i>	1009
FRANCESCO BOCCHINI, <i>Adjudication e rulemaking power nell'esperienza giuridica</i> . . . . .	171
ENRICO BONADIO, <i>La tutela della traditional knowledge</i> . . . . .	801
ENRICO BONELLI, <i>La gestione finanziaria comunitaria tra crisi e rilancio del processo di integrazione europea</i> . . . . .	301
VALERIA CAPUANO, <i>Norme fondamentali del Trattato CE private dell'effetto diretto: la sentenza Admenta</i> (nota a Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 8 agosto 2005, n. 4207) . . . . .	241
VINCENZO CERULLI IRELLI, <i>Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale</i> . . . . .	747
MARIO P. CHITI, <i>La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli «altri»</i> . . . . .	487

MARIO P. CHITI, <i>Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale</i> . . . . .	1
SERENA CRESPI, <i>Spunti di riflessione a margine dei nuovi orientamenti in materia di calcolo delle ammende per violazione degli art. 81 e 82 del Trattato CE</i> . . . . .	811
FABIANA DI PORTO, <i>La regolazione « geneticamente modificata »: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza</i> . . . . .	947
CHIARA DI SERI, <i>La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio? (nota a Corte di giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03)</i> . .	1116
MARIO DRAGHI, <i>Le istituzioni finanziarie internazionali nell'economia mondiale</i> . . . . .	791
RENATO FEDERICI, <i>La nozione di rifiuti: una teoria</i> . . . . .	1051
ANGELO FERRARO, <i>Competition Law and Consumer protection in Italy, the EU and the UK. The Need for European Standardization of Models and Solutions to Antitrust Law</i> . . . . .	345
DIANA URANIA GALETTA, <i>Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo</i> . . . . .	265
GUIDO GRECO, <i>Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)</i> . . . . .	513
SALVATORE LA PORTA, <i>I diritti del Consumatore Fraterno nell'ambito della cooperazione internazionale allo sviluppo</i> . . . . .	835
ALESSIO LANZI, <i>I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione Europea: il caso del falso in bilancio (nota a Corte di giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02)</i> . . . . .	889
MARCO LOPEZ DE GONZALO, <i>La tutela del passeggero nel regolamento CE n. 261/2004</i> . . . . .	203
MICAELA LOTTINI, <i>La rete solvit: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere</i> . . . . .	1089
GIAN PAOLO MANZELLA, <i>La nuova coesione europea tra processo di Lisbona ed allargamento</i> . . . . .	533
BARBARA MARCHETTI, <i>Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po' (nota a Corte di giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04)</i> . . . . .	1132
ORNELLA PORCHIA, <i>Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea</i> .	17
GIUSEPPE SANVITI e CLAUDIA MARCOLUNGO, <i>Role, Responsibility and Strategies of the WTO in Combatting Poverty and Exclusion</i> . . . . .	969
LAURA SOVERINO, <i>Integrazione europea e organismo di diritto pubblico: il contributo anglosassone al requisito della personalità giuridica</i> . . . . .	567

---

FRANCESCA SPAGNUOLO, <i>Il Green public procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione</i> . . . . .	397
ALFREDO TERRASI, <i>Regioni italiane e tutela della concorrenza tra dimensione nazionale e comunitaria</i> . . . . .	421
JACQUES ZILLER, <i>La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo</i> . . . . .	285



## GIURISPRUDENZA

### SENTENZE DEI GIUDICI COMUNITARI

#### CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sentenza 13 gennaio 2005, nella causa C-117/03 . . . . .	615
Sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 . .	873
Sentenza 13 ottobre 2005, in causa C-458/03 . . . . .	227
Sentenza 24 novembre 2005, C-331/04 . . . . .	621
Sentenza 23 febbraio 2006 in cause riunite C-346/03 e C-529/03 . . . . .	627
Sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03 . . . . .	1107
Sentenza 19 settembre 2006 in cause riunite C-392/04 e C-422/04. . . . .	895
Sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04 . . . . .	1132

#### TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sentenza 6 aprile 2006, nella causa C-309/03 . . . . .	642
--	-----

### SENTENZE DI ALTRI ORGANI GIUDIZIARI

#### CONSIGLIO DI STATO

Sentenza 8 agosto 2005, n. 4207 . . . . .	241
Sentenza 14 settembre 2006, n. 5323 . . . . .	686
Sentenza 14 settembre 2006, n. 5328 . . . . .	675
Ordinanza 14 novembre 2006, n. 6677 . . . . .	1141

#### CORTE DI CASSAZIONE

Sentenza 1 settembre 2006 n. 16751. . . . .	913
---	-----

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDIA

Sentenza 6 febbraio 2006, n. 246. . . . .	673
Ordinanza 21 luglio 2006, n. 117. . . . .	1152





## RAPPORTI, DOCUMENTI E NOTIZIE

MATERIALI COMUNITARI E NAZIONALI	<i>pag.</i>
CONSIGLIO EUROPEO, <i>Conclusioni della Presidenza</i> , Bruxelles, 23 e 24 marzo 2006 (con commento di MONICA BONINI, <i>Il rilancio della strategia di Lisbona fra ambizioni politiche, obiettivi economici e strumenti giuridici</i> ) . .	455
MEMORANDUM OF UNDERSTANDING <i>in respect of a coordinated approach access to finance for micro to medium enterprises in the regions supported by European Regional Development Fund</i> BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION AND THE EUROPEAN INVESTMENT FUND . . . . .	709
MEMORANDUM OF UNDERSTANDING <i>in respect of Joint Assistance in Supporting in European Regions (JASPERS)</i> BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION, THE EUROPEAN INVESTMENT BANK AND EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT . . . . .	697
MEMORANDUM OF UNDERSTANDING <i>in respect of a coordinated approach to the financing of urban renewal and development for the programming period 2007-2013 of the community structural funds</i> BETWEEN THE EUROPEAN COMMISSION, THE EUROPEAN INVESTMENT BANK AND THE COUNCIL OF EUROPE DEVELOPMENT BANK . . . . .	703



## RECENSIONI E SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

### MONOGRAFIE

	<i>pag.</i>
PAOLA BILANCIA E EUGENIO DE MARCO, <i>La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione</i> , Giuffrè, Milano, 2004, con recensione di BRUNO NASCIBENE . . . . .	261
LUCA MARINI, <i>Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario</i> , Cedam, Padova, 2004, con recensione di FRANCESCO ROSSI DAL POZZO . . . . .	262
L. NOGLER (a cura di), <i>Le attività autonome</i> , Volume VI, <i>Trattato di diritto privato dell'Unione europea</i> , diretto da G. AJANI E G. A. BENACCHIO, con recensione di ANTONINO ALÌ . . . . .	1199
ANTONIO RUGGIERO, <i>Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i> , Cedam, Padova, 2004, con recensione di CECILIA SANNA . . . . .	261



## INCONTRI - CONVEGNI - TAVOLE ROTONDE

### RELAZIONI E INTERVENTI

	<i>pag.</i>
HÉLÈNE GISSEROT, <i>Transparence et contrôle des finances publiques: progrès et limites. Le cas de la France</i> . . . . .	735
HIROKO KUDO, <i>Ethics Law and Ethics Code in Japan: background, contents, and impact on national public service</i> . . . . .	715
POLONA KOVAC, <i>The impact of International Principles, Standards and Praxis on (Slovene) Administrative Procedure</i> . . . . .	919
THOMAS D. LYNCH and CYNTHIA E. LYNCH, <i>Corruption, Democracy and Virtue Ethics</i> . . . . .	1171
ODETTE RAMSINGH and SQUIRE MAHLANGU, <i>The significance of Laws and codes for Better Administrative Procedure and Conduct by Officials: a South African Perspective</i> . . . . .	1183



## INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

	<i>pag.</i>
Aiuti di Stato - Settore agricolo - Decisione della Commissione - Illegalità degli aiuti concessi - Contestazione della legittimità della decisione davanti ai giudici nazionali - Decorrenza del termine del legittimato ad impugnare la decisione della Commissione - Rinvio pregiudiziale - Irricevibilità . . . . .	627
Aiuti di Stato - Settore agricolo - Decisione della Commissione - Illegalità degli aiuti concessi - Contestazione della legittimità della decisione davanti ai giudici nazionali - Rinvio pregiudiziale - Ricevibilità - Fattispecie . . . . .	627
Annullamento d'ufficio - Inoppugnabilità dell'atto - Suo manifesto contrasto con il diritto comunitario - Esercitabilità dei poteri di autotutela - Possibilità - Condizioni (Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione), sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04). . . . .	895
Appalto di servizi - Procedura di gara - Partecipazione di società di persone - Ammissibilità o meno - Contrasto giurisprudenziale - Opportunità di chiedere l'interpretazione preventiva della Corte di giustizia (Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Milano, Sezione III, ordinanza 21 luglio 2006 n. 117) . . . . .	1152
Appalti pubblici - Appalti pubblici di servizi - Affidamento gestione di un parcheggio pubblico a pagamento - Concessione pubblico servizio - Direttiva 92/50/CEE - Non vi rientra - Concessione di pubblici servizi - Affidamento a società per azioni - Caso di specie - Gara - Necessità (Corte di giustizia delle Comunità europee, Sezione I; 13 ottobre 2005, in causa C-458/03). . . . .	227
Appalti pubblici - Partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese - Legittimazione della singola impresa raggruppata a contestare in giudizio gli esiti della gara sfavorevoli al raggruppamento - Opportunità di chiedere l'interpretazione preventiva della Corte di giustizia (Consiglio di Stato, Sezione V, ordinanza 14 novembre 2006 n. 6677) . . . . .	1141
Appalti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Determinazione dei criteri di qualificazione o di selezione delle imprese - Potere integrativo della Commissione di gara - Sussistenza - Limiti . . . . .	621



Appalti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Determinazione dei criteri di qualificazione o di selezione delle imprese - Potere integrativo della Commissione di gara - Sussistenza - Limiti . . . . .	686
Atti amministrativi nazionali illegittimi - Mancata contestazione nei termini - Definitività - Obbligo di riesame dell'amministrazione - Art. 48 l. tedesca sul procedimento amministrativo - Non sussiste - Eccezioni (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione), sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04). . . . .	1132
Autorizzazioni e concessioni - Diritti amministrativi - Copertura di spese diverse da quelle relative all'esame della domanda - Inammissibilità (Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione), sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04). . . . .	895
Banca d'Italia - Potere di rappresentanza sostanziale e processuale della Banca centrale europea - Esclusione (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 1° settembre 2006 n. 16751). . . . .	913
Comunità europea - Danni conseguenti ad atti comunitari non impugnati - Domanda di risarcimento del danno da parte di soggetto legittimato all'impugnazione - Irricevibilità . . . . .	642
Comunità europea - Danni conseguenti ad atti comunitari non impugnati - Domanda di risarcimento del danno da parte di soggetto non legittimato all'impugnazione - Ricevibilità . . . . .	642
Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - Nozione di legge - Include anche gli atti regolamentari - Conseguenze . . . . .	673
Direttiva comunitaria 97/13 in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni - Diritto nazionale - Criteri di determinazione dei diritti e oneri per licenze individuali - Incompatibilità comunitaria (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04). . . . .	1132
Diritto penale - Applicazione di una direttiva, comportante un aggravamento della responsabilità penale del singolo, indipendentemente da una legge interna di recepimento - Impossibilità (Grande Sezione), sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02). . . . .	873
Diritto penale - Principi generali del diritto comunitario - Applicazione retroattiva della pena più mite - Inclusione (Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande Sezione), sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02) . . . . .	873
Giurisdizione nazionale - Norma appositamente modificata con sentenza della Corte costituzionale in un'area della tutela dei diritti ad essa riservata - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - Non è consentito (Consiglio di Stato, Sezione V; sentenza 8 agosto 2005, n. 4207). . . . .	241
Giurisdizione nazionale - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - Giudici di ultima istanza - Quando sono obbligati (Consiglio di Stato, Sezione V; sentenza 8 agosto 2005, n. 4207) . . . . .	241

---

Imposte - IRAP - Incompatibilità con la disciplina sull'IVA - Non sussiste (Corte di giustizia delle Comunità europee, (Grande Sezione), sentenza 3 ottobre 2006, in causa C-457/03) . . . . .	905
Obbligo di ritiro - Condizioni in cui sussiste per il diritto interno - Principio di equivalenza - Applicabilità per violazioni del diritto comunitario - Manifesta illegittimità dell'atto - Autonoma valutazione del giudice nazionale (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04) . . .	1132
Politica monetaria - Configurabilità di interessi giuridicamente tutelati rispetto alle sue manifestazioni - Esclusione (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 1° settembre 2006 n. 16751) . . . . .	913
Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario - Violazione imputabile a errore giudiziario del giudice nazionale di ultima istanza - Sussistenza - Condizioni (Corte di giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03) . .	1107
Siti di importanza comunitaria - Formazione degli elenchi - Poteri della Commissione. . . . .	615
Siti di importanza comunitaria - Misure specifiche di protezione - Proposta ministeriale di inserimento di un sito nell'elenco da approvare da parte della Commissione - Effetti . . . . .	675
Siti di importanza comunitaria - Misure specifiche di protezione - Proposta statale di inserimento di un sito nell'elenco da approvare da parte della Commissione - Effetti. . . . .	615



MARIO P. CHITI

**IL RISCHIO SANITARIO E L'EVOLUZIONE  
DALL'AMMINISTRAZIONE DELL'EMERGENZA  
ALL'AMMINISTRAZIONE PRECAUZIONALE (\*)**

SOMMARIO: 1. Tradizione e novità della tematica del rischio sanitario. — 2. Le tre fasi dell'evoluzione della materia. — 2.1. La fase delle certezze scientifiche e dell'equilibrato rapporto tra legislazione ed amministrazione. — 2.2. La «costituzionalizzazione» dell'amministrazione dell'emergenza. — 2.3. L'influenza del diritto comunitario e il principio di precauzione. — 3. Le implicazioni generali per l'esercizio del potere amministrativo e la sua verifica. — 4. Conclusioni. — 5. Nota bibliografica.

1. TRADIZIONE E NOVITÀ DELLA TEMATICA DEL RISCHIO SANITARIO.

Il diritto amministrativo dell'emergenza, inteso come il complesso degli istituti giuridici utilizzati dalla pubblica amministrazione in situazioni di necessità, straordinarietà od urgenza, ha nella sanità e nel connesso settore dell'igiene pubblica uno dei campi di tradizionale e più diffusa applicazione. Situazioni di emergenza sanitaria o di igiene pubblica — quali epidemie, pandemie e catastrofi sanitarie — sono infatti da sempre ricorrenti e diffuse, sì da richiedere speciali misure alle pubbliche amministrazioni preposte alla cura delle funzioni di protezione della salute umana e delle condizioni di salubrità collettiva.

Da qui l'interesse per il c.d. «rischio sanitario», ove sin dall'unificazione amministrativa del 1865 (legge 30 marzo 1865, n. 2248, all. C) sono state previste le principali misure per l'amministrazione dell'emergenza, quali le ordinanze contingibili ed urgenti, prototipo anche di altri provvedimenti amministrativi atipici.

---

(\*) Rielaborazione dell'intervento tenuto al Congresso dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Università di Roma III, ottobre 2005.

Il tema non rileva, peraltro, solo in una prospettiva storica per lo studio delle origini della disciplina amministrativa dell'emergenza, dato che ha assunto nel tempo nuove connotazioni giuridiche, ponendosi così nuovamente quale tema esemplare dell'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza e del rischio.

La ragione di queste trasformazioni sta essenzialmente nell'intervenuta consapevolezza che le emergenze non sono una circostanza eccezionale rispetto ad una «normalità» disciplinata compiutamente dalla legge e gestita dalla pubblica amministrazione; ma, accompagnandosi in modo costante a rischi certi o solo anche potenziali, connotano complessivamente l'attuale società quale «società del rischio» o dell'emergenza quotidiana endemica.

L'evoluzione delle politiche pubbliche in materia consente di seguire la trasformazione di questa parte del diritto amministrativo in direzioni originali, in parte ancora non del tutto definite, caratterizzate principalmente da un approccio ai temi dell'emergenza in via preventiva e precauzionale, anziché da interventi straordinari assunti a seguito del verificarsi degli eventi. Tale evoluzione non riguarda solo gli strumenti giuridici utilizzabili dalla pubblica amministrazione a fronte di situazioni emergenziali, ma rimette in discussione lo stesso ruolo del principio di legalità, e questioni generali come i caratteri del potere discrezionale e il modello organizzativo della pubblica amministrazione.

Oggetto di questo studio è la trasformazione della parte del diritto amministrativo dell'emergenza dedicata specificamente al rischio sanitario, che possiamo sintetizzare come il passaggio all'«amministrazione precauzionale». Si tratta di un originale contesto amministrativo in cui ai tradizionali istituti di intervento straordinario — di durata rilevante, atteso l'inevitabile periodo emergere di situazioni davvero imprevedibili o eccezionali — si affianca una costante azione amministrativa intesa a prevenire i rischi prevedibili ed a valutare precauzionalmente tutte le possibili implicazioni di nuove misure. La nozione di «rischio» sottostante è dunque ben più ampia di quella tradizionale, e coinvolge ogni procedimento o decisione che possa avere un effetto negativo per la salute umana.

L'«amministrazione precauzionale» implica l'esercizio di inediti poteri amministrativi non predeterminati dalla legge né nei

presupposti, né nel contenuto; e comunque più ampi ed incisivi di quelli tradizionali. Il nuovo approccio rinnova il tema del rapporto con il principio di legalità, che risulta oggi di assai più flessibile rilievo; e pone sotto nuova luce il controllo giurisdizionale sulle misure per ovviare al rischio sanitario.

Per quanto tradizionalmente gli istituti dell'emergenza amministrativa siano stati considerati forieri di attentati al principio di legalità ed ad altri principi generali sull'amministrazione, merita sin d'ora rilevare che i recenti sviluppi comportano ben più incisive trasformazioni del potere amministrativo, peraltro non ancora percepiti appieno nella loro potenziale eversione dei tradizionali tratti dell'amministrazione pubblica.

Con le misure precauzionali, infatti, è la pubblica amministrazione che forgia la fattispecie, al di fuori di un quadro legislativo che non si è ancora definito per le incertezze della scienza e per la molteplicità dei possibili effetti. Per quanto misure necessariamente cautelari e provvisorie, durante la loro operatività questi provvedimenti rappresentano l'effettiva disciplina del caso.

## 2. LE TRE FASI DELL'EVOLUZIONE DELLA MATERIA.

L'evoluzione del tema risulta da tre fasi in cui si possono dividere le vicende del « rischio sanitario », come sopra inteso: la prima, assai lunga, che va dall'unificazione amministrativa alla Costituzione, contrassegnata almeno teoricamente da un equilibrato rapporto tra legislazione ed amministrazione, e dall'eccezionalità dei poteri di emergenza; la seconda, in cui viene « costituzionalizzata » l'emergenza, con la precisazione di una serie di limiti al potere di ordinanza nel rispetto della Costituzione; la terza, assai recente, caratterizzata da una particolare influenza di discipline internazionali ed europee, e dall'emergere del principio di precauzione che, inizialmente previsto per l'ambiente e la salute, è poi divenuto principio generale dell'azione amministrativa.

### 2.1. *La fase delle certezze scientifiche e dell'equilibrato rapporto tra legislazione ed amministrazione.*

La prima delle tre fasi ora indicate è particolarmente ampia, estendendosi dall'unificazione amministrativa del Regno sino alla

Costituzione, con l'inclusione di periodi istituzionalmente assai diversi. Il rilievo unitario di una fase così ampia e differenziata vale ai presenti fini, dato che la tematica dell'emergenza è refrattaria alle grandi evoluzioni delle forme di Stato e di governo, quasi rappresentando, almeno sino alla Costituzione, una *enclave* giuridica nell'ordinamento generale.

I caratteri di questo periodo riflettono il positivismo scientifico ed esprimono la considerazione delle circostanze emergenziali quali situazioni eccezionali e straordinarie.

In particolare, la confidenza nelle capacità scientifiche, tipica dell'epoca, e nella possibilità di predeterminare efficacemente le politiche sanitarie e dell'igiene pubblica porta a considerare la legge quale ideale presupposto delle politiche sanitarie, e specularmente a far risultare l'emergenza come vera eccezione, gestibile dall'amministrazione alle condizioni di legge. In coerenza con questi caratteri devono adottarsi tutte le misure di prevenzione suggerite dalle risultanze scientifiche e, a fronte di circostanze eccezionali, le ordinanze contingibili ed urgenti risultano il diritto speciale del caso singolo; che, quale eccezione, non pone in crisi il principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi.

Le politiche sanitarie dell'epoca si basano, in effetti, su un vasto corpo di leggi, integrato da regolamenti, anche locali; con un concorso equilibrato tra legislazione ed amministrazione (G. Zanobini) in cui la prima teoricamente è prevalente rispetto alla seconda, e ove l'ampio ricorso al potere di ordinanza si configura come eccezionale, per quanto proporzionato rispetto al caso trattato e con efficacia a termine, espressione di discrezionalità tecnica connessa alle caratteristiche della fattispecie.

Alla legittimazione delle ordinanze quale forma di risposta straordinaria a situazioni imprevedibili ed emergenziali, si accompagna comunque — come fu subito rilevato — un ampio ricorso a misure di prevenzione, atte ad impedire o ridurre i rischi sanitari. Si tratta del novero di misure definite (G. Zanobini) «polizia sanitaria», espresse principalmente dalle «limitazioni imposte legislativamente alla libertà dei singoli e fatte osservare dagli appositi organi amministrativi».

Il risvolto di questa impostazione sul modello amministrativo implica un'ulteriore motivazione per il centralismo, già tipico dell'epoca: principi scientifici e giuridici forti e certi non possono che essere amministrati unitariamente. L'ampia presenza di rego-

lamenti locali di igiene, sanità, polizia veterinaria e simili, non è altro che un completamento della normativa statale, ben salda nel suo ruolo primario.

La scienza giuridica dell'epoca è particolarmente attenta ai fenomeni descritti, come dimostrato dalla «voce» di R. Trifone nel Digesto italiano e dai capitoli (sostanzialmente monografici) di F. Cammeo e C. Vitta nel Trattato Orlando; oltre che da una quantità di opere «minori» solo per mole e per il tipo particolare di problematiche esaminate. L'interesse scientifico si è rinnovato periodicamente per l'evoluzione del quadro normativo; in particolare a seguito del testo unico delle sanitarie del 1934 e dell'altro testo unico sugli enti locali del medesimo anno, ove la tematica è disciplinata. Non viene colto appieno, invece, il fenomeno della progressiva influenza delle organizzazioni internazionali amministrative, istituite a partire dalla fine dell'800, attive soprattutto per le grandi emergenze sanitarie e foriere di sempre più incisive misure di prevenzione.

Alla conclusione della seconda guerra mondiale, una serie di studi (in particolare vanno ricordati quelli di F. Franchini, M.S. Giannini e L. Galateria) esaminano i poteri di ordinanza, anche alla luce delle risultanze del periodo bellico che ne aveva visto un'inevitabile dilatazione. Questi contributi pongono le basi per l'interpretazione che adegua il potere di ordinanza a Costituzione, e rappresentano un ponte scientifico per i successivi sviluppi.

## 2.2. *La « costituzionalizzazione » dell'amministrazione dell'emergenza.*

La Costituzione segna l'inizio della seconda fase della problematica in esame, contrassegnata da alcune circostanze particolari: una più ampia nozione di funzione sanitaria; il rilievo di altri interessi costituzionalmente rilevanti, come l'ambiente; la lettura del potere di ordinanza in senso costituzionalmente compatibile; il pluralismo delle competenze per la questione delle emergenze.

Per quanto riguarda la nuova valenza della sanità, è la stessa Costituzione a definire la «salute» quale diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività (cfr. art. 32, c. 1, Cost. ed i suoi sviluppi legislativi, principalmente nella riforma sanitaria del 1978, e nelle leggi n. 592 del 1992 e n. 317 del 2001).



A sua volta l'ambiente, pur emergendo lentamente come interesse costituzionalmente rilevante di seconda generazione, concorre in modo decisivo alla qualificazione delle politiche dell'emergenza; ed è la materia in cui si sviluppa il principio di precauzione.

L'adeguamento del potere di ordinanza ai principi costituzionali comporta poi la configurazione della necessità come fonte sulla produzione, e non di produzione, in quanto finalizzata solo a legittimare talune amministrazioni ad intervenire con propri atti; e delle ordinanze come provvedimenti amministrativi, e non normativi, che colmano lacune di intervento amministrativo tipico, più che essere norme del caso singolo (G. Treves). Ancora, le ordinanze in quanto previste dalle norme sono considerate nell'ambito del principio di legalità, pur costituendo eccezione alla regola della tipicità (M.S. Giannini).

È la stessa Corte costituzionale a parlare del potere di ordinanza come di un «modo di provvedere» (sent. n. 4/1997) e, sin dall'inizio della sua giurisprudenza, a definirlo come potere di intervento con efficacia limitata nel tempo, in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; da esercitarsi sempre con adeguata motivazione e con pubblicità efficace nei casi in cui non abbia carattere individuale; che in ogni caso, si deve esprimere in conformità ai principi dell'ordinamento giuridico, caratterizzato anzitutto dai precetti costituzionali (sentt. n. 8/1956; n. 26/1961; n. 4/1971; n. 127/1995).

Su questa base è emersa una catalogazione delle ordinanze, principalmente di due tipi: il primo, che risponde a circostanze precise, tassativamente ipotizzate dalla legge, quali malattie infettive, calamità pubbliche, emergenze nucleari; il secondo, che serve a rispondere a situazioni emergenziali non predeterminate né predeterminabili legislativamente. Classificazioni rilevanti scientificamente, ma di limitato effetto operativo se non ai fini dell'individuazione in sede giurisdizionale dei presupposti legittimanti l'intervento; atteso che in ogni caso le ordinanze non hanno limiti quanto al contenuto e sono dotate di capacità derogatoria alle norme vigenti, nei limiti costituzionali sopra indicati.

Quanto al pluralismo amministrativo, il periodo in esame è quello in cui vengono istituite le regioni, trasferiti loro faticosamente i poteri amministrativi, rinsaldati i poteri locali. La vicenda si riflette esattamente nella sanità, ove inoltre viene previ-

sto il Servizio sanitario nazionale quale prima «amministrazione nazionale», preposta unitariamente alla funzione della salute; nonché nei profili istituzionali dell'amministrazione dell'emergenza, ove il sindaco e gli altri organi degli enti locali possono finalmente essere considerati espressione del proprio ente anche nell'esercizio dei poteri di ordinanza.

Malgrado la rilevanza delle novità ora descritte, nel periodo l'impostazione di fondo dell'emergenza rimane quella tradizionale, con l'utilizzazione di misure straordinarie per fronteggiare situazioni eccezionali nei casi in cui non vi siano state o non abbiano avuto effetto le misure di prevenzione.

### 2.3. *L'influenza del diritto comunitario e il principio di precauzione.*

La fase più recente è caratterizzata da tre circostanze: la crisi delle certezze scientifiche; l'influenza del diritto europeo; l'emergere di nuovi principi giuridici, come il principio di precauzione.

La crisi delle certezze scientifiche può apparire un paradosso in una fase di straordinario sviluppo tecnologico e scientifico. In realtà, è proprio dal trionfo della scienza che deriva la saggia consapevolezza delle molteplici potenzialità insite in ogni decisione, superandosi l'ottimismo del positivismo scientifico. L'origine del principio di precauzione sta appunto nella crisi di queste certezze e nell'instabilità dei risultati, continuamente rimessi in discussione. L'agire «precauzionalmente» non è solo una forma lessicalmente nuova delle politiche di prevenzione, dato che queste sono rivolte ad anticipare gli effetti prevedibili di nuove iniziative; bensì implica di prendere in considerazione, prima dell'adozione di una nuova decisione, tutte le possibili implicazioni, anche quando non vi sono precise indicazioni necessariamente negative.

Come è ben sintetizzato dalla Corte di giustizia nella sentenza 2 maggio 1998, causa C-157/96, «si deve ammettere che quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi». Analogamente, per la Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000, il principio di precauzione rende necessaria l'iden-

tificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento; la necessità di una valutazione seria e preventiva del rischio in una situazione nella quale una carente informazione, l'imprecisione o la non definitività dei dati scientifici disponibili non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione.

L'affermazione del principio di precauzione è espressione, da un lato, del superamento di una politica di gestione del rischio meramente emergenziale; dall'altro della rilevanza assunta dal diritto europeo in tema di ambiente e salute, specie dopo l'Atto unico europeo e la recente giurisprudenza dei giudici comunitari. Anche atti di diritto internazionale (come la Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo adottata in occasione della Conferenza di Rio de Janeiro del giugno 1992) confermano il nuovo approccio assunto dal diritto europeo.

I Trattati comunitari seguono un itinerario esemplare dell'evoluzione complessiva della Comunità europea, da organizzazione sovranazionale inizialmente finalizzata in modo primario alla realizzazione di un mercato comune ad un ordinamento tendenzialmente generale, di cui sono soggetti anche i singoli, e garante di tutti gli interessi afferenti alla persona («livello elevato di protezione della salute umana», da assicurarsi nella definizione e nella realizzazione di tutte le politiche ed attività comunitarie, art. 152 TCE; «protezione della salute dei consumatori», art. 153 TCE; «protezione elevata dagli inquinamenti ambientali», con politiche basate in particolare sui principi di prevenzione e precauzione, art. 174 TCE). Con un rilievo che porta, ove necessario, alla prevalenza delle esigenze connesse alla protezione della salute, della sicurezza e dell'ambiente sui connessi interessi economici (Tribunale di primo grado, 26 novembre 2002, causa T-74/00).

La giurisprudenza comunitaria ha sviluppato appieno le indicazioni dei Trattati, dapprima tramite il principio di proporzionalità, nel cui ambito quello di precauzione era già implicitamente applicato prima di divenire principio a sé stante (Tribunale di primo grado, sent. 26 novembre 2002, causa T-74/00 e altre riunite); successivamente, dando precisa consistenza al principio di precauzione e configurandolo quale regola direttamente applicabile (Corte di giustizia, sent. 21 marzo 2000, causa C-6/99) e, poi, quale principio generale di diritto comunitario (Tribunale di primo grado, sent. 26 novembre 2002, cit.).

Agire in modo proporzionato implica, in generale, che la misura da adottare sia adeguata rispetto al fine perseguito ed adeguatamente bilanciata tra i vari interessi rilevanti nella fattispecie. Il principio di proporzionalità ha ampia valenza, ma risulta vago in relazione alle esigenze della tutela della salute e dell'ambiente. Da qui lo sviluppo, dal suo interno, dei principi di prevenzione e di precauzione; talora confusi tra loro, altre volte distinti. La sovrapposizione tra le due nozioni non può, tuttavia, che essere lessicale, dato che la prevenzione presuppone una seria probabilità di rischi connessi ad una futura decisione; laddove l'esercizio della precauzione implica di (anzi, obbliga ad) agire per prevenire i rischi anche quando non sono esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità dei rischi stessi, attraverso un procedimento definibile come «prefigurazione del rischio» (così ad iniziare da Corte di giustizia, sent. 5 maggio 1998, causa C-157/96).

Dopo una serie di sentenze che ne affermavano l'applicabilità ai soli casi esplicitamente previsti nel Trattato, il principio di precauzione è stato qualificato dai giudici comunitari quale principio generale di diritto comunitario (oltre alla già citata sentenza del Tribunale di primo grado del 26 novembre 2002, cfr. anche dello stesso Tribunale la sent. 21 settembre 2003, causa T-392/02), al momento l'ultimo del catalogo aperto dei principi generali di diritto comunitario. Tale configurazione implica che il principio debba annoverarsi tra le fonti del diritto e costituire parte dell'*acquis* comunitario, con la duplice funzione di colmare le eventuali lacune del diritto e contribuire all'interpretazione delle regole scritte di incerto significato. I principi generali, pur essendo direttamente rilevanti nelle questioni aventi base giuridica nel diritto comunitario, hanno una chiara valenza espansiva finendo per applicarsi anche negli altri residui settori.

Nell'ordinamento italiano i principi generali di diritto comunitario non soltanto si applicano di per sé, in virtù del principio di integrazione tra le fonti comunitarie e nazionali e del principio di supremazia del diritto comunitario, ma anche per espresso richiamo della legge n. 15 del 2005, art. 1. È ivi previsto, infatti, che l'attività amministrativa è retta da vari criteri indicati sin dalla legge n. 241 del 1990 (come quelli di economicità, efficacia, trasparenza), «nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Si tratta di un rinvio tanto ricettizio quanto formale, nel senso che — non paia un ossimoro giuridico — si intende sia re-

cepire l'*acquis* dei principi generali come finora elaborato dai giudici comunitari, sia accettare eventuali nuovi principi, attesa la loro formazione giurisprudenziale in via progressiva.

Anche per questa via — che, è bene chiarire, ha valore essenzialmente «didattico» per i soggetti dell'ordinamento nazionale, chiarendo il rilievo che in esso hanno i principi di diritto comunitario — il principio di precauzione, in quanto parte dei principi generali riconosciuti dalla giurisprudenza comunitaria, costituisce principio generale dell'azione amministrativa, giustiziabile secondo le procedure consuete.

Vi sono poi leggi di settore che richiamano espressamente il principio di precauzione, come la legge n. 308 del 2004 in tema di ambiente (art. 1, comma 8, lett. *f*). Anche in questi casi merita precisare che la normativa nazionale non «crea» il principio, già operante in virtù della più volte richiamata valenza dei principi generali di diritto comunitario in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, ma ne illumina il rilievo centrale nella materia in cui trova l'applicazione più ampia.

Pur se di origine assai recente, il principio di precauzione ha subito attirato l'attenzione degli studiosi per le molte implicazioni generali che determina nelle problematiche amministrativistiche. Tali implicazioni saranno esaminate al paragrafo che segue, mentre sin d'ora merita soffermarsi sulla questione se il principio di precauzione rappresenti, come i più ritengono, l'evoluzione di altri principi sia comunitari che nazionali già presenti nei due sistemi, oppure un principio genuinamente originale.

La questione ricorda un analogo dibattito svoltosi tempo addietro sul principio di proporzionalità, per il quale non mancavano elementi radicati nelle tradizioni nazionali, anche degli ordinamenti, come quello italiano, che non lo prevedevano come tale. Ebbene, quale che sia l'origine dei principi generali di diritto comunitario (in un solo ordinamento nazionale, o in più; nella medesima accezione o con diversi accenti), una volta che il principio è stato qualificato come generale dai giudici comunitari vive di forza giuridica propria e finisce per avere un più forte ed ampio spettro di applicazione degli eventuali simili principi degli ordinamenti nazionali. Tale è anche il caso del principio di precauzione, per cui un'attenta spigolatura anche della più risalente giurisprudenza consente di trovare talune anticipazioni, ma che

assume il suo pieno significato solo ad opera della giurisprudenza comunitaria, nel nuovo contesto della «società del rischio».

### 3. LE IMPLICAZIONI GENERALI PER L'ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO E LA SUA VERIFICA.

È giunto il momento di considerare le implicazioni generali che per il potere amministrativo ha l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale.

Il primo dato rilevante è la perdita di qualsivoglia ancoraggio legislativo per l'esercizio delle misure precauzionali, sia per la determinazione dei presupposti legittimanti gli interventi dell'amministrazione, sia per il loro contenuto. Proprio perché l'esercizio del potere precauzionale non presuppone rischi noti o prevedibili con qualche certezza — dato che altrimenti si eserciterebbe il tradizionale potere di prevenzione — la legge non può prevedere nulla circa le circostanze legittimanti le misure precauzionali, come nel caso delle ordinanze di necessità in cui il presupposto è il verificarsi di una generica situazione di straordinarietà ed urgenza.

Una seconda implicazione riguarda il carattere necessariamente preventivo e cautelare delle misure di precauzione, che debbono sempre risultare parte della fase istruttoria ed accompagnare la decisione potenzialmente rischiosa, e che hanno un rilievo decisivo ai fini dell'adottabilità stessa della decisione. Il carattere cautelare di queste misure è dovuto alla circostanza che, una volta che si superino o si chiariscano le preoccupazioni iniziali, le misure vengono necessariamente meno o si modificano.

Ancora, le misure precauzionali hanno un oggetto particolare o generale, a seconda della natura della fattispecie, quasi mai prevedibile; e sono il frutto di un'analisi del tipo costi/benefici, che può essere controllata giurisdizionalmente.

Dal punto di vista del procedimento amministrativo, il principio di precauzione implica — come accennato — un'istruttoria particolarmente accurata in cui, accanto alle normali verifiche sui dati di fatto e di diritto rilevanti nella fattispecie, siano considerate le possibili implicazioni rischiose, anche solo ipotizzabili. Non si tratta di un'integrazione occasionale in determinate situa-

zioni, quali quelle ambientali, ma di un ampliamento ordinario e generalizzato della fase istruttoria.

Ad una considerazione sommaria, tale arricchimento dell'istruttoria potrebbe apparire come una complicazione procedurale, contraria alle esigenze di semplificazione e di non aggravamento. Ma si tratta di un evidente errore di prospettiva, dato che la legge n. 241 del 1990 vieta aggravamenti non giustificati del procedimento, lasciando integra la possibilità che il procedimento si arricchisca (e di fatto anche si complichino) di fasi necessarie per la più compiuta definizione di tutti gli interessi rilevanti. Del resto, la legge n. 241 stessa prevede in via generale fasi, come quella della partecipazione, che rappresentano quantitativamente un aggravio ed allungano i tempi della conclusione del procedimento; ma che rispondono ad evidenti esigenze di interesse pubblico e privato.

Le novità delle misure precauzionali si manifestano anche nella prospettiva della legittimità dell'azione amministrativa e del conseguente controllo giurisdizionale. A fronte delle ordinanze di necessità, il giudice può solo verificare il rispetto dei limiti stabiliti da tempo dal giudice costituzionale e dalla giurisprudenza amministrativa, senza reali possibilità di sindacato sui presupposti degli interventi straordinari e, tanto meno, del contenuto dei provvedimenti. Nel caso di misure precauzionali, invece, fermo il carattere libero del presupposto, il giudice può sindacare le scelte dell'amministrazione utilizzando i test di proporzionalità ed il parametro del rapporto costi/benefici, nella prospettiva del rispetto della prefigurazione delle conseguenze. Il giudizio qua attiene non soltanto alle modalità di esercizio della discrezionalità tecnica, dato che il principio di precauzione impinge direttamente nella discrezionalità amministrativa, rendendo rilevanti vari interessi pubblici di segno originale rispetto alla tradizione.

In prospettiva rimane un problema di costituzionalità, per cui è prevedibile un futuro intervento della Corte, per quanto attiene la compatibilità di alcuni profili del principio di precauzione con i principi da tempo elaborati dalla giurisprudenza costituzionale per assicurare la compatibilità costituzionale delle misure emergenziali. Il profilo più direttamente discutibile è quello dell'apparente piena libertà dei presupposti legittimanti le misure, ed il contenuto altrettanto libero delle stesse. La questione dovrebbe però risolversi in senso positivo, dato che il presupposto del po-

tere precauzionale è inevitabilmente non prefigurabile, come sopra più volte indicato; e dato che le misure che ne sono espressione rimangono provvisorie, a termine e pur sempre giustiziabili.

Rilevanti sono anche le conseguenze dell'affermazione del principio di precauzione per quanto riguarda il modello amministrativo. Se l'impostazione originaria implicava il ruolo primario della legge (allora solo statale) ed il centralismo amministrativo, la diversa prospettiva della «scienza debole» spiazza la possibilità di una normativa generale della materia, ponendo al suo posto in primo piano l'amministrazione e le sue scelte casistiche. Ma un'amministrazione che, a sua volta, ha perso un vero «centro» a seguito dell'affermazione del pluralismo e del sistema amministrativo «a rete»; ed ove tendono a prevalere organismi tecnici ed indipendenti sia in sede comunitaria (come il sistema delle agenzie, ad es. nel settore dell'alimentazione e della prevenzione delle malattie) che nazionale (ad es. il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie, legge n. 138 del 2004), in una logica di sussidiarietà «ascendente» (Corte cost. n. 303 del 2003) e di integrazione.

#### 4. CONCLUSIONI.

Con l'estendersi del campo di applicazione del principio di precauzione anche oltre i settori inizialmente previsti, in virtù della sua qualificazione quale principio generale di diritto, che cosa rimane della tradizionale amministrazione dell'emergenza? La risposta è che nulla cambia rispetto all'impostazione tradizionale per le situazioni davvero imprevedibili ed eccezionali, per le quali non si pone una questione di prevenzione né di precauzione, sebbene di provvedimenti necessari ed urgenti. Al di là di quei casi, invece, l'acquisita consapevolezza della endemicità del fenomeno emergenziale, riassunta nella formula della «società del rischio», dà vita alla prospettiva generale di prevenzione e/o di precauzione, a seconda dei rischi connessi. Da qui, nei due casi citati, il passaggio dalle ordinanze quale diritto del caso singolo, alle misure preventive e precauzionali che esprimono politiche amministrative di attenzione sistematica e preliminare per ogni rischio connesso all'azione amministrativa e dei singoli.

Il «rischio sanitario» è stato, come rilevato all'inizio, uno dei temi ove prima e di più che in altri settori si è sviluppato il



diritto amministrativo dell'emergenza. Per le sue caratteristiche il settore della sanità — oggi pacificamente da intendere esteso alle politiche della salute e strettamente connesso all'ambiente — rimane emblematico di ogni nuovo sviluppo amministrativo, come il principio di precauzione divenuto principio di riferimento della materia. La salute è in effetti un interesse pubblico di rango prevalente su ogni altro interesse, sia nel diritto nazionale (Corte cost., sent. n. 127 del 1995) che in quello comunitario (Corte di giustizia, sent. 5 maggio 1998, causa C-150/96; sent. 20 marzo 2003, causa C-3/00), di fronte al quale recedono anche le quattro libertà economiche fondamentali, se necessario.

La tutela della salute implica pertanto una quotidiana azione amministrativa in cui ogni rischio, reale o solo potenziale, sia considerato e prevenuto per quanto possibile. Se la realizzazione di questo obiettivo rappresenti una definitiva evoluzione del potere amministrativo dell'emergenza è ancora difficile dire con certezza; mentre è sicuro che le recenti aperture all'amministrazione precauzionale implicano nuove questioni cruciali per il diritto amministrativo, che impone uno sforzo di inquadramento sistematico e di compatibilità con i principi costituzionali, analogo a quello compiuto nel passato per le ordinanze urgenti e contingibili.

##### 5. NOTA BIBLIOGRAFICA.

I temi qua trattati sono oggetto di un rinnovato interesse della scienza giuridica. Nella dottrina italiana, rilevanti in particolare, tra i molti studi recentemente pubblicati: L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e di urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e « qualità » dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, n. 1.

Opere generali o sociologiche di interesse diretto sul tema: Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999; U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2000; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; B. SORDI, *Il tempo e lo spa-*

---

zio dell'attività amministrativa, in *Atti XLVIII Convegno di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 2003, 45.

Le citazioni nel testo si riferiscono a: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 1959, 151 segg.; F. CAMMEO, *Sanità pubblica, principi generali, fonti ed organizzazione*, in *Trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, IV, II, Milano, 1904, 858 segg.; C. VITTA, *Sanità pubblica, i singoli obiettivi dell'amministrazione sanitaria*, ivi; R. TRIFONE, *Ordinanze*, in *Dig. it.*, XVII, Torino, 1904; F. FRANCHINI, *Sui provvedimenti amministrativi d'urgenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, II, 27; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 391; *Potere di ordinanza, requisizioni e occupazioni*, ivi, 1945, 402; L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Milano, 1953; G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994.



ORNELLA PORCHIA

## TUTELA DELL'AMBIENTE E COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: evoluzione della politica ambientale comunitaria. — 2. Le novità previste dal Trattato costituzionale. — 3. La scelta della base giuridica. — 4. I collegamenti con il III pilastro dell'Unione europea: la tutela attraverso il diritto penale. — 5. L'esercizio della competenza in senso verticale (nei rapporti con gli Stati): rilevanza del principio di sussidiarietà. — 6. La competenza esterna in materia ambientale. — 7. Competenza normativa (artt. 174 n. 2 e 176). — 8. Competenza esecutiva. — 9. Le implicazioni sul livello organizzativo (l'Agenzia europea per l'ambiente). — 10. Ruolo dei privati e delle imprese nella « gestione » della politica ambientale. — 11. Considerazioni conclusive.

### 1. *Introduzione: evoluzione della politica ambientale comunitaria.*

Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE) del 1957(1), non contemplava nella sua formulazione originaria disposizioni sulla protezione dell'ambiente(2). La Comunità ha fatto ricorso, per colmare la lacuna in assenza di una specifica base giuridica, agli articoli 94 CE (*ex* 100) e 308 CE (*ex*

---

(\*) Il presente articolo riproduce con alcune modifiche il lavoro « *Le competenze dell'Unione europea in materia ambientale* », destinato alla pubblicazione in R. FERRARA (a cura di), *Tutela dell'ambiente — Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.

(1) Tra gli altri, nella dottrina, antecedente all'Atto unico, B. NASCIBENE, voce *Ambiente (tutela dell')* (*Diritto comunitario*), in *Noviss. Dig. It. App.*, I, Torino, 1980, p. 274 ss. Un riferimento all'ambiente è invece contenuto nei Trattati CECA (artt. 54-55) e EURATOM (art. 30 ss.).

(2) Per una ricostruzione delle fasi storiche, P. PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale nell'ordinamento comunitario europeo*, Perugia, 1992, spec. p. 1 ss.; ancora sull'evoluzione, cfr. G. CATALDI, voce *Ambiente (tutela dell')* *Diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 1 ss. In termini generali sulla politica, L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2000; recentemente, N. BRUTTI, *La politica dell'ambiente*, in M. COLUCCI, S. SICA, *L'Unione europea. Principi — Istituzioni-Politiche — Costituzione*, Bologna, 2004, p. 513 ss., M. ONIDA (ed.), *Europe and the Environment. Legal Issues in Honor of Ludowig Krämer*, Groningen, 2004; E. LOUKA, *Conflicting Integration — The Environmental Law of the European Union*, London, 2005; F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005.

art. 235), rispettivamente relativi al ravvicinamento delle legislazioni nazionali e ai c.d. «poteri impliciti».

Un'attenzione particolare per le questioni ecologiche si è manifestata per la prima volta a livello politico in occasione del Vertice di Parigi del 1972, cui ha fatto seguito il Primo Programma di Azione per l'ambiente del 1973 (3).

In questa fase un importante contributo è offerto dalla Corte di giustizia, la quale ha individuato nella tutela dell'ambiente una «esigenza imperativa», capace di giustificare l'adozione di misure derogatorie nazionali rispetto alle libertà fondamentali, riservandosi in ogni caso il compito di sindacare la conformità delle scelte statali rispetto all'interesse comunitario (4).

Non va neppure trascurato il ruolo esercitato dalle istituzioni europee attraverso l'adozione di comunicazioni e altri atti atipici (5). Questi strumenti, c.d. di *soft law* (6), possono produrre effetti normativi e tra questi, in particolare, possono generare l'affidamento dei terzi (7) i quali si siano conformati agli orientamenti espressi dalla Comunità.

---

(3) Adottato con la *Dichiarazione* del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 22 novembre 1973, in *G.U.C.E* n. C 112 del 20 dicembre 1973, p. 1 ss. Sul valore della Dichiarazione, P. FOIS, *Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2005, p. 51 ss., spec., p. 55.

(4) Vedi, in giurisprudenza, tra le prime, la celebre Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, p. 649 ss.; Corte di giustizia, 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Oli usati*, in *Racc.*, 1985, p. 531 ss.; Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa 302/86, *Bottiglie danesi*, in *Racc.*, 1988, p. 4607 ss. Sulla rilevanza della giurisprudenza, P. PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale*, cit., p. 29 ss.; P. FOIS, *Il diritto ambientale* cit., p. 84.

(5) Sul punto, vedi, R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 1, 2000, p. 219 ss., spec. p. 220. A proposito dei programmi di azione ambientale, come atti «atipici», P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 74.

(6) Per un'analisi comparata della categoria della *soft law* nel diritto internazionale e nel diritto comunitario, K.C. WELLENS, G.M. BORCHARDT, *Soft law in European Community Law*, in *ELR*, 1989, p. 295 ss. (e ivi riferimenti dottrinari). Con riferimento agli strumenti comunitari, M. MELCHIOR, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les Traités*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, 1979, p. 243 ss.; M.C. REALE, *Le comunicazioni interpretative della Commissione delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 507 ss.; F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in European Community*, in S. MARTIN (ed.) *The Construction of Europe*, The Hague, 1994, p. 198 ss.; M. ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, in questa *Rivista*, 1995, p. 41; H. ADAM, G. WINTER, *Commission Guidance Addressed to Member State Agencies*, in G. WINTER (ed.), *Sources and Categories of European Union Law*, Baden Baden, 1996, p. 629 ss. Recentemente, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford 2004.

(7) Sull'affidamento che le comunicazioni e in generale gli atti *soft* possono generare, K. LENAERTS., P. VAN NUFFEL., *La Constitution pour l'Europe*, cit., p. 85; G. GRECO,

Sul piano normativo, la protezione dell'ambiente è entrata a far parte degli obiettivi della Comunità europea soltanto con l'Atto unico del 1986, in vigore dal 1987. L'Atto unico, ratificando in parte la prassi venutasi a creare fino ad allora, ha introdotto un nuovo Titolo VII, dedicato all'Ambiente, nella parte II del Trattato CEE, composto di tre articoli 130R, 130 S e 130 T. Esso ha altresì inserito una nuova disposizione in tema di ravvicinamento delle disposizioni (art. 100 A ora art. 95), la quale assume l'ambiente come obiettivo di cui occorre tenere conto nella realizzazione del mercato interno (8).

In breve l'art. 130 R affermava le linee guida dell'azione comunitaria, richiamando sul punto i principi che andavano ormai delineandosi nel diritto internazionale, vale a dire, il principio dell'azione preventiva, quello della correzione alla fonte dei danni causati e infine la regola «chi inquina paga» (9). La seconda parte del secondo comma individuava un ulteriore elemento chiave della disciplina nel c.d. principio di integrazione. L'art. 130R ha anche riconosciuto, per la prima volta (10), il principio di sussidiarietà, affermando che la Comunità agisce soltanto nella misura in cui gli obiettivi individuati possono essere meglio realizzati in sede comunitaria piuttosto che a livello dei singoli Stati membri. Infine la norma esprimeva l'esigenza della cooperazione con Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti.

---

*Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 375 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese*, cit., p. 170 ss. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law* cit. p. 28. In giurisprudenza, con riferimento, alle risoluzioni, Corte di giustizia, 22 marzo 1983, causa 42/82, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. 1013, sulla portata delle comunicazioni, Corte di giustizia, 13 febbraio 2003, causa C-409/00, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.* 2003, I, p. 1487; Corte di giustizia, 21 gennaio 2003, causa C-378/00, *Commissione c. Parlamento*, in *Racc.*, I, p. 937

(8) A. SAGGIO, *Le basi giuridiche della politica ambientale dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico*, in *Riv. dir. eur.*, 1990, p. 39 ss. Sulla corrispondenza tra le norme contenute nell'Atto unico e le regole ricavabili dal diritto comunitario derivato formatosi nel corso di 15 anni, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 55.

(9) Sui principi in termini estesi, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 63 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *Tutela dell'ambiente*, cit. p. 1 ss.

(10) C. BLUMANN, *Historique de la politique communautaire de l'environnement*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Le Droit communautaire de l'environnement. Mise en oeuvre et perspectives*, Paris, 1998, p. 25 ss. Secondo l'Autrice questa disposizione rappresenta la «première illustration explicite en droit communautaire» del principio di sussidiarietà. Nel senso della necessità del principio in considerazione dell'espansione delle competenze comunitarie, G. CATALDI, voce *Ambiente*, cit., p. 1. Ancora sul principio, R. GARABELLO, *The Treaty of Amsterdam and the Developments of European Integration in the Field of the Environment*, in T. SCOVAZZI (ed.), *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration*, Milano, 2001, p. 79 ss.

L'art. 130 S fissava il principio dell'unanimità per le decisioni del Consiglio, facendo salva la possibilità di stabilire con decisione unanime il criterio della maggioranza qualificata.

L'art. 130 T ha indicato la regola per cui i provvedimenti di protezione ambientale adottati in ambito comunitario costituiscono soltanto lo *standard* minimo obbligatorio per gli Stati membri, lasciando a questi ultimi la possibilità di adottare provvedimenti nazionali rivolti ad una protezione maggiore. Questo principio richiama l'indicazione espressa dall'art. 100A n. 3 (ora art. 95), in base al quale la Commissione si impegna a realizzare un elevato livello di protezione nelle sue proposte in materia (11).

Con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, l'ambiente è divenuto oggetto di una specifica politica comunitaria (12), individuata in termini generali nell'art. 3 lett. K) TCE. La disciplina di riferimento è variata rispetto all'Atto Unico, anche al fine di tenere conto delle novità e degli orientamenti affermatasi nel diritto internazionale (13). Difatti, vengono a far parte della disciplina, a completamento dei principi sostanziali dell'art. 130 R, il «principio precauzionale», inteso come obbligo di astensione da attività per le quali manchi la certezza scientifica in ordine all'assenza di gravi rischi per l'ambiente (14) e il principio del livello elevato di tutela in materia ambientale.

Per quanto riguarda i rapporti con gli Stati terzi, la politica ambientale si pone l'obiettivo della «promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente

---

(11) Cfr. sul rapporto tra le due disposizioni, *infra*, par. 3.

(12) Sulle novità, G. CATALDI, *Alcuni aspetti della politica ambientale comunitaria*, in AA.Vv., *Il processo di integrazione europea alla luce del Trattato di Maastricht*, Firenze, 1994, p. 39 ss.; B. NASCIMBENE, *I condizionamenti di diritto comunitario della legislazione in materia di ambiente*, in questa *Rivista*, 1995, p. 311 ss., p. 313.

(13) Nel 1992 si svolgeva a Rio de Janeiro la Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, che ha prodotto la celebre *Agenda 21* nella quale trovano riconoscimento i principi dello sviluppo sostenibile. In dottrina, tra gli altri, G.C. GARAGUSO, S. MARCHISIO (a cura di), *Rio 1992. Vertice per la terra*, Milano, 1993; F. MUNARI, *Tutela internazionale dell'ambiente*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, p. 406; E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*, Torino, 2004; G. TAMBURELLI, *Ambiente (diritto internazionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004; S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale*, cit., p. 1 ss.; A. DEL VECCHIO, A. DAL RI JUNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005.

(14) A. DOYLE, T. CARNEY, *Precaution and Prevention: Giving Effect to Article 130R without Direct Effect*, in *E.L.R.*, 1999, p. 44 ss.

a livello regionale o mondiale». La dimensione internazionale viene così enfatizzata anche per effetto della rilevanza che la politica ambientale assume nel nuovo titolo XVII relativo alla «cooperazione allo sviluppo» (15).

Il principio di sussidiarietà, originariamente previsto dall'art. 130 R par.4, viene consacrato in termini generali nell'art. 5 n. 2 (*ex art. 3 B*), scomparendo dalla parte dedicata all'ambiente. Il principio viene pertanto ad assumere rilevanza con riferimento a tutte le competenze concorrenti della Comunità (16), ma non cessa di svolgere un ruolo chiave nella materia in esame (17).

Il Trattato di Maastricht ha innovato in maniera significativa le regole procedurali nell'adozione degli atti. Ha così previsto che i programmi di azione pluriennali (*ex art. 130 S n. 3*) devono essere assunti con decisione (18), in luogo della mera Risoluzione del Consiglio, seguendo la procedura che coinvolge al massimo livello il Parlamento europeo (c.d. procedura di codecisione). Per le azioni in materia ambientale viene stabilita la procedura di cooperazione con decisione a maggioranza, salvi i casi eccezionali, in cui è richiesta l'unanimità (c.d., settori delicati, concer-

---

(15) In base all'art. 130 U, la politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo favorisce lo «sviluppo economico e sociale sostenibile dei paesi in via di sviluppo». L'art. 130 Y faceva invece riferimento al principio della collaborazione, mediante accordi, con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali.

(16) In dottrina, sul principio in generale, D. CASS, *The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, in *CMLR*, 1992, p. 1112; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 1993, p. 59 ss.; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *DUE*, 1997, p. 229; G. De BÜRCA, *The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 38 ss.; ID. *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, in *Harvard Jean Monnet* 7/99; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000; A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, 2002; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, spec. p. 307 ss.; N.W. BARBER, *The Limited Modesty of Subsidiarity*, in *ELJ*, 2005, p. 308 ss.

(17) La soppressione del riferimento esplicito al principio nella disciplina ambientale è stata oggetto di letture contrastanti. Cfr sul dibattito, V. GRADO, *Tendenze evolutive della politica comunitaria dell'ambiente in relazione al quinto programma d'azione*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, p. 1 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, in *Fordham Int. Law*, 1994, p. 846 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Competenze della Comunità europea e competenze statali nella tutela dell'ambiente*, in G. BATTAGLINI (a cura di), *Problemi della protezione internazionale dell'ambiente*, Ferrara, 1995, p. 61 ss.

(18) Nel senso di escludere in ogni caso efficacia vincolante ai programmi di azione, cfr. P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 74. A favore del carattere vincolante dei programmi adottati con decisione, L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, cit., p. 103.



nenti la materia fiscale, le misure relative all'assetto del territorio, la destinazione dei suoli, la gestione delle risorse idriche, le misure incidenti sulle scelte nazionali di politica energetica).

L'evoluzione e il perfezionamento della disciplina riflettono, come sarà ancora più evidente nei punti successivi, gli effetti e le esigenze portati dall'adesione di Stati dotati di una notevole sensibilità per le questioni ambientali, come Austria, Svezia e Finlandia (19).

Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999, ha modificato soprattutto sul piano procedurale la disciplina ambientale, contenuta ora per effetto della nuova numerazione negli artt. 174-176 (*ex* artt. 130 R-130S-130T). La procedura di cooperazione è stata sostituita da quella di codecisione ma, accanto a quest'ultima, sopravvive la procedura di voto all'unanimità per i settori c.d. sensibili (20).

L'art. 174 individua in termini ampi gli obiettivi nella salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente in sede regionale o mondiale. La Comunità ha inteso realizzare un elevato livello di tutela, impegnandosi ai sensi dell'art. 174 n. 3 a tenere conto, tra gli altri fattori, dello sviluppo socioeconomico del territorio europeo nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle singole regioni.

Tra le novità di rilievo, introdotte dal Trattato di Amsterdam e destinate ad avere implicazioni sulle tematiche ambientali, va ricordata la modifica della disciplina finalizzata a ravvicinare le legislazioni nazionali in funzione della realizzazione del mercato interno (art. 95). La disposizione richiama più volte l'am-

---

(19) Per una interessante ricostruzione del rapporto tra evoluzione della politica ambientale e adesione di nuovi Stati, vedi, K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis*, in *RECIEL*, 2004, p. 135 ss. Ancora per una lettura congiunta dei processi di integrazione e di allargamento, M. SOVEROSKI, *EC Enlargement and the Development of European Environmental Policy: Parallel Histories, Divergent Paths?*, in *RECIEL*, 2004, p. 127.

(20) Nel procedimento è stato coinvolto il Comitato delle Regioni. Tra i nuovi profili vale la pena di ricordare anche il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. In dottrina, sulle modifiche introdotte con riferimento alla politica in esame, R. GARABELLO, *Le novità del Trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, p. 151 ss.

biente come valore da proteggere al livello più elevato nell'ambito della normativa di armonizzazione (art. 95 n. 3) e come motivo di deroga che può giustificare il mantenimento o l'introduzione di disposizioni nazionali difformi rispetto alla disciplina comunitaria. L'aspetto significativo concerne soprattutto la procedura di controllo delle misure statali da parte della Commissione (21).

Questa disciplina risponde alle esigenze e alle pressioni fatte valere dagli Stati entrati nell'Unione europea nel 1995, considerati i cd «*pioneers States*». Da un lato, questi Paesi non intendono rinunciare agli *standards* ambientali che erano stati in grado di raggiungere, e dall'altro, la Comunità mira a esercitare un controllo rigoroso del rispetto dei margini di discrezionalità consentiti a livello statale (22).

Sempre tra le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam occorre menzionare il riferimento al principio dello sviluppo sostenibile contenuto nel preambolo, nell'art. 2 TUE, relativo agli obiettivi dell'Unione, e nell'art. 2 CE, vale a dire nell'elenco dei compiti assegnati alla Comunità. Quest'ultima disposizione riconosce espressamente l'obiettivo di un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo. Si tratta di una previsione in grado di generare un obbligo che coinvolge tutte le attività delle istituzioni e tutte le politiche e forme di cooperazione previste dal Trattato, ancorché relative alla Politica estera e alla Cooperazione giudiziaria in materia penale, rispettivamente riferibili al Secondo e al Terzo Pilastro dell'Unione (23).

Ancora nella parte dedicata ai principi il Trattato di Amsterdam ha inserito un nuovo art. 6 che afferma la necessità dell'integrazione delle esigenze connesse con la tutela dell'ambiente nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni

---

(21) Sull'impatto della procedura di controllo sulle misure nazionali, N. DE SADELEER, *Procedures for Derogations from the Principle of Approximation of Laws under Article 95 CE*, in *CMLR*, 2003, p. 889 ss. Sul meccanismo nello specifico, vedi *infra*, par. 7.

(22) In senso critico nei riguardi della procedura che ha finito per limitare fortemente il margine di manovra degli Stati nelle scelte utili ad accrescere gli *standards* ambientali, K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis*, cit., pp. 147-140.

(23) Cfr. sul punto, G. CATALDI, voce *Ambiente*, cit., p. 4. Sul collegamento tra diritto penale e ambiente, vedi, *infra*, par. 4. Questa apertura spiega la ragione per la quale, pur essendo la politica in materia essenzialmente della Comunità europea (in questo senso, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., pp. 53-54), in questo lavoro mi riferisco all'Unione europea, anticipando in questo modo anche l'impostazione seguita dal Trattato costituzionale (*infra* par. 2).

comunitarie «in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». L'inserimento del principio di integrazione tra le disposizioni generali, e non più semplicemente nel titolo relativo all'ambiente, consente senz'altro di qualificare il principio come criterio che deve guidare l'azione comunitaria nel complesso. Allo scopo di favorire l'applicazione pratica dell'art. 6, il Consiglio europeo del 1998 (24) ha inaugurato il c.d. Processo di Cardiff sull'integrazione delle considerazioni ambientali nelle varie politiche dell'Unione. In esecuzione del Processo di Cardiff, il Consiglio ha già adottato strategie di integrazione in nove settori specifici (trasporti, agricoltura, energia, mercato interno, sviluppo, pesca, affari generali e questioni economiche e finanziarie) (25).

All'Atto finale della Conferenza intergovernativa è allegata anche una dichiarazione sulla valutazione dell'impatto ambientale, la quale ha stabilito l'impegno della Commissione accompagnare le proposte legislative che possano influire significativamente sull'ambiente con «studi di impatto» (26). Infine il Trattato di Amsterdam ha previsto uno strumento finanziario per i progetti in materia di ambiente, denominato Fondo di coesione (art. 161 n. 2 CE).

Il Trattato di Nizza del 2001, entrato in vigore il 1 febbraio 2003 (27), ha sostanzialmente lasciato inalterato l'impianto nor-

---

(24) Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, Conclusioni della Presidenza 150/1/98 REV1. In quest'occasione la Commissione aveva presentato la Comunicazione, *Partnership di integrazione — Una strategia per integrare l'ambiente nelle politiche dell'Unione europea*, COM (1998) 333 del 27 giugno 1998; quest'ultima a sua volta era stata adottata su sollecitazione del Consiglio europeo di Lussemburgo del 12-13 dicembre 1997 (Conclusioni della Presidenza pto 56).

(25) Per una valutazione dei risultati ottenuti dal processo di Cardiff, cfr. Documento di Lavoro della Commissione, *L'integrazione delle considerazioni ambientali nelle altre politiche — Un bilancio del processo di Cardiff*, COM (2004) 394 def., del 1 giugno 2004. In dottrina sul processo, A. LENSCHOW, *New Regulatory Approaches in «Greening» EU Policies*, in *ELJ*, 2002, p. 19 ss. e ivi dottrina citata. Sul possibile collegamento tra il processo di Cardiff e il c.d. metodo aperto di coordinamento, vedi, J. SCOTT, D.M. TRUBEK, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *ELJ*, 2002, p. 1 ss., spec., p. 5. Nel senso di sottolineare che nel settore ambientale i diversi strumenti («hard» e «soft») iniziano ad essere integrati nella strategia di Lisbona sulla *governance* sociale ed economica, G. DE BÚRCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *ELR*, 2003, p. 814 ss., spec., p. 824, nota 47.

(26) Vedi inoltre, Comunicazione della Commissione in materia di valutazione d'impatto, COM (2002) 276 def. del 5 giugno 2002.

(27) A. JORDAN, J. FAIRBRASS, *European Union Environmental Policy after the Nice Summit*, *Environmental Politics*, 2001, p. 109 ss.; P. PILLITTU, *Artt. 174-176*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*,

mativo, modificando soltanto taluni profili procedurali, da cui prescindiamo in questa sede (28).

Non bisogna trascurare un'altra tappa fondamentale, raggiunta con il Trattato di Atene del 16 aprile 2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004, che ha consentito l'allargamento dell'Unione europea a 25 Stati (29). L'adesione ha determinato, con riferimento alla politica ambientale, l'estensione di obblighi e meccanismi di sorveglianza anche nei confronti dei nuovi Stati. Per comprendere pienamente la portata del processo va ricordato che l'allargamento è stato preceduto da una fase di preparazione molto complessa (strategia di pre-adesione), sostenuta da un grande impegno da parte dell'Unione, che si è realizzata attraverso alcuni strumenti strutturali e funzionali anche all'adeguamento ambientale (ISPA e SAPARD) (30). Ha comportato inoltre un controllo della Comunità sull'attività legislativa e sulle strutture amministrative destinate ad assicurare il recepimento dell'*acquis* « ambientale » (31). L'aspetto interessante è che la condizionalità nei confronti dei nuovi Stati persiste tuttora. Difatti, l'art. 38 del Trattato di adesione consente alla Commissione di utilizzare per un periodo di tre anni una clausola a salvaguardia del funzionamento del mercato interno. L'esecutivo europeo, in base alla disposizione citata, può adottare « misure appropriate » con-

---

Padova, 2001, p. 174 ss.; S. AMADEO, voce *Ambiente*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 174 ss.

(28) S. BÄR, I. VON HOMEYER, A. KLASING, *Fit for Enlargement? Environmental Policy after Nice*, in *ELR*, 2001, p. 212 ss.; P. FOIS, *Il diritto ambientale* cit., p. 59.

(29) Recentemente è stato firmato il Trattato di Lussemburgo del 25 aprile 2005 relativo all'adesione di Bulgaria e Romania all'Unione europea (in *G.U.C.E.* n. L 157 del 21 giugno 2005, p. 11 ss.). Ai sensi dell'art. 4 il Trattato entrerà in vigore il 1 gennaio 2007 se entro la data del 31 dicembre 2006 saranno depositati tutti gli strumenti di ratifica.

(30) Cfr., sullo strumento ISPA, *Regolamento 1267/1999/CE* del Consiglio, del 21 giugno 1999, che istituisce uno strumento per le politiche strutturali di preadesione, in *G.U.C.E.* n. L 161 del 26 giugno 1999, p. 73; sul programma SIPARD, *Regolamento 1268/1999/CE* del Consiglio, del 21 giugno 1999 relativo al sostegno comunitario per misure di preadesione a favore dell'agricoltura e dello sviluppo rurale da attuare nei paesi candidati dell'Europa centrale e orientale nel periodo precedente all'adesione, in *G.U.C.E.*, n. L 161 del 26 giugno 1999, p. 87.

(31) Sulla rilevanza della politica ambientale nell'ambito delle fasi che hanno caratterizzato l'ultimo allargamento dalla pre-adesione all'entrata in vigore del Trattato di Atene, K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis*, cit., p. 137 ss.; C. KOUTALAKIS, *Smoothing Eastern Enlargement through New Modes of Governance? Conceptualising the role of Independent Regulatory Agencies and Non-Hierarchical steering in Pre-accession negotiations*, 14/D01, Integrated Project Sixth Framework Programme (2002-2006), 31 dicembre 2004 (e ivi bibliografia citata); G. CORDINI, *Il diritto ambientale comparato*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale*, cit., p. 95 ss., spec., p. 157.

tro gli Stati che vengono meno agli impegni assunti durante i negoziati di adesione. Le soluzioni, individuate con una formula ampia e indefinita, potrebbero consistere nell'esclusione dei prodotti dal mercato interno o nella sospensione dello Stato responsabile dal godimento di fondi comunitari. La clausola di salvaguardia, prevista dall'art. 38, può essere utilizzata con riferimento a tutte le politiche settoriali, e quindi, anche in relazione alla politica ambientale, nella misura in cui siano in grado di pregiudicare il funzionamento del mercato interno.

In sostanza, almeno per un periodo di tre anni, la clausola costituisce uno strumento di tutela che mira ad assicurare il rispetto degli obblighi comunitari da parte dei nuovi Stati. Si può parlare a questo proposito di un mezzo di prevenzione destinato a completare i tradizionali strumenti repressivi, in particolare, la procedura per infrazione (artt. 226-228 CE), che può intervenire soltanto successivamente alla violazione comunitaria (32) con conseguenze non sempre incisive (33). Va tuttavia sottolineato che il rimedio giurisdizionale continua ad essere l'unico strumento utilizzabile nei confronti dei vecchi Stati (34), dal momento che la clausola di salvaguardia può essere fatta valere solo nei confronti dei nuovi Paesi (35).

Per concludere la descrizione dell'evoluzione della politica ambientale, nella duplice prospettiva dell'integrazione europea e

---

(32) Sul rapporto tra la clausola di salvaguardia e la fase precontenziosa prevista nella procedura per infrazione *ex art. 226 cfr.*, K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis*, cit., p. 144. In relazione al funzionamento della prima tutti gli Stati membri interessati dalle misure di salvaguardia possono esprimersi, e la Commissione è tenuta a prendere in esame le considerazioni espresse dagli Stati. Nell'ambito della procedura per infrazione, invece, come è noto, soltanto lo Stato ritenuto autore della violazione può esprimere delle osservazioni alla Commissione nella fase precontenziosa, una volta avviato il giudizio, tutti gli Stati possono intervenire davanti alla Corte.

(33) Vedi, sulla possibilità di comminare sanzioni pecuniarie nel caso di doppia condanna, finora verificatasi soltanto in due casi che riguardano la politica ambientale, *infra*, par. 11.

(34) Cfr. sul grado di attuazione della normativa comunitaria da parte degli Stati, EUROPEAN COMMISSION, *Fifth Annual Survey on the Implementation and Enforcement of Community Environmental law*, 2003; *Leading Case on EC Environmental law*.

(35) In senso critico, sulla disparità di trattamento tra nuovi e vecchi Stati, K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis*, cit. p. 149. L'Autore, nel sottolineare il carattere ingiustificato della disparità di trattamento, ha ricordato un esempio importante di violazione da parte degli Stati esistenti, dal momento che secondo la Commissione soltanto 13 dei 15 Stati non sarebbero in grado di ridurre le emissioni conformemente alle indicazioni del Protocollo di Kyoto (*Decisione 280/2004/CE*, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, relativa ad un meccanismo per monitorare le emissioni di gas a effetto serra nella Comunità e per attuare il protocollo di Kyoto in G.U.U.E. n. L 49 del 19 febbraio 2004, p. 1 ss.).

dell'allargamento, conviene ora prendere in considerazione le novità contenute nel Trattato costituzionale.

## 2. *Le novità previste dal Trattato costituzionale.*

Il Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 ha rafforzato la normativa dedicata alla tutela dell'ambiente(36). Tralasciando per il momento le ripercussioni e gli effetti delle norme contenute nella Prima Parte del Trattato relativa all'architettura istituzionale dell'Unione, è opportuno partire dalle disposizioni generali contenute nella Terza Parte dedicata alle singole politiche dell'Unione. In particolare, l'art. III-118 riconosce che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nell'attuazione delle politiche e delle azioni, anche nella logica di promuovere lo sviluppo sostenibile(37).

Nella disciplina relativa all'ambiente, la modifica di rilievo riguarda gli strumenti e le procedure di adozione. In base all'art. III-234 gli obiettivi di politica ambientale devono essere realizzati attraverso azioni stabilite con legge o legge quadro europea. La procedura prevede la consultazione del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale. Una novità significativa concerne la possibilità per il Consiglio di adottare all'unanimità, su proposta della Commissione, una decisione europea per rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria in questi casi. L'art. III-234 fa salve le ipotesi di adozione all'unanimità nei settori sensibili relativi alle disposizioni aventi natura fiscale, alle misure incidenti sull'assetto territoriale, sulla gestione quantitativa delle risorse idriche o aventi rapporto diretto o indiretto con la dispo-

---

(36) Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, approvato dalla Conferenza intergovernativa il 18 giugno 2004, è stato firmato a Roma il 29 ottobre 2004 (in *G.U.C.E.* n. C 310 del 16 dicembre 2004, p. 1 ss.). Il Progetto di Trattato (CONV 850/03, CONV 851/03), elaborato dalla Convenzione europea sul futuro dell'Unione, (istituita dalla Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001) è stato consegnato al Presidente del Consiglio europeo a Roma il 18 luglio 2003 (in *G.U.C.E.* C 169 del 18 luglio 2003, p. 1 ss.). L'interesse per le disposizioni del Trattato, nelle parti ricognitive della prassi, si giustifica a prescindere dall'entrata in vigore dello stesso. Sulle disposizioni costituzionali in tema di politica ambientale, cfr. P. BEYER, *The Draft Constitution for Europe and the Environment*, in *ELR*, 2004, p. 218 ss.; N. BRUTTI, *La politica dell'ambiente*, cit., p. 528; P. FOIS, *Il diritto ambientale* cit., p. 59.

(37) Le disposizioni contenute nella Prima Parte fanno riferimento al principio dello sviluppo sostenibile dell'Europa (art. I-3 n. 3) e della Terra (art. I-3 n. 4). Per alcune considerazioni critiche sulla Terza Parte, J. ZILLER, *La place du droit matériel dans le projet de constitution: Pourquoi une troisième partie?*, EUI Working Paper 2004/15.

nibilità delle stesse, sulla destinazione dei suoli (ad eccezione della gestione dei residui) e alle misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo.

I programmi generali di azione, che fissano gli obiettivi prioritari da raggiungere, sono stabiliti con legge adottata previa consultazione del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale. Le misure necessarie all'attuazione dei programmi sono assunte sulla base di procedure che variano a seconda dell'atto che si intende emanare (art. III-234 n. 3).

Innovazioni importanti sono state introdotte nella disciplina relativa al mercato interno, oggi contenuta nell'art. 95 CE. Ai sensi dell'art. III-130 n. 3 (38) «il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta i regolamenti o decisioni europei che definiscono gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati». Viene quindi meno il riferimento all'esigenza di assicurare, tra gli altri profili, un elevato livello di tutela dell'ambiente; la ragione della semplificazione del testo può forse spiegarsi per il fatto che i valori, quali le esigenze ambientali, di cui deve tenere conto l'Unione nel perseguire tutte le politiche settoriali, sono racchiusi nelle disposizioni generali della Parte terza (art. III-118).

Quanto al potere di deroga degli Stati, la disciplina è stata innovata completamente sia negli aspetti sostanziali, sia in quelli formali. Ai sensi dell'art. III-131 «gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato interno abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della

---

(38) Le disposizioni in esame sono contenute nella Sezione I del Trattato Costituzionale, sotto la rubrica «instaurazione e funzionamento del mercato interno». Ai sensi dell'art. III-130, la definizione di mercato interno resta invariata, esso è da intendersi come «spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali conformemente alla Costituzione».

pace e della sicurezza internazionale» (39). Si tratta essenzialmente di situazioni estreme in grado di mettere in gioco la sicurezza e l'ordine pubblico. Il potere derogatorio degli Stati viene quindi nettamente ridotto, essendo escluso il richiamo ai valori non economici, oggi espresso dall'art. 95 CE (sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori) (40), quali motivi che potrebbero legittimare l'introduzione o il mantenimento di clausole interne difformi. Evidentemente si è ritenuto che queste esigenze siano (o debbano essere) ormai tutelate in via principale, se non esclusiva, a livello di Unione e che la disciplina di armonizzazione non consenta spazi di intervento autonomo neppure sotto il controllo comunitario. Le uniche eccezioni vengono previste per quelle situazioni riferibili sostanzialmente ai settori nei quali gli Stati hanno mantenuto una competenza (41). E si può anche osservare che in un'Europa allargata l'armonizzazione è forse destinata a posizionarsi al livello più basso, senza prevedere spazi di deroghe ulteriori per evitare un eccessivo appesantimento delle procedure di controllo, restando salva la possibilità di fare ricorso in ogni caso ai meccanismi di cooperazione rafforzata (42).

L'art. III-132 ha inoltre precisato che quando delle misure, adottate ai sensi degli artt. III-131 e III-436, abbiano per effetto di alterare la concorrenza nel mercato, la Commissione esamina con lo Stato membro interessato le condizioni alle quali le «misure possano essere rese conformi alle norme sancite dalla Costituzione». La norma esprime il principio di leale cooperazione che deve informare i rapporti tra Stati e Unione europea, espresso in termini generali dall'art I-5 del Trattato costituzionale. La nuova disciplina ha mantenuto la deroga alla procedura per infrazione, già prevista dall'attuale art. 95 CE, consentendo alla Commissione o agli Stati membri di ricorrere direttamente alla Corte di

---

(39) Accanto a questa previsione sopravvive a favore degli Stati la clausola di salvaguardia generale, prevista a tutela degli interessi essenziali della sicurezza, racchiusa nell'art. III-436 (ora art. 296 CE).

(40) Cfr. *supra* par. 1.

(41) Mi riferisco al ruolo mantenuto dallo Stato in tema di Politica estera e di sicurezza comune (Titolo V, Capo II, Artt. III-294, III-308). Nello stesso tempo, evidentemente una volta soppressi i pilastri, anche nella disciplina di armonizzazione si dovrà tenere conto in maniera organica delle esigenze riferibili al settore della sicurezza.

(42) *Infra* par. 11.



giustizia ove ritengano che uno Stato faccia uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli III-131 e III-436 (43).

Resta ancora da menzionare che il Trattato costituzionale ha incorporato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, la quale riconosce il valore della tutela dell'ambiente (art. 37) (44). La consacrazione è importante dal momento che consente di superare almeno in prospettiva i limiti legati all'assenza di forza giuridica della Carta (45). L'art. II-97 del Trattato, che riproduce fedelmente l'art. 37 della Carta, pone alla base della tutela dell'ambiente il principio di integrazione, oggi racchiuso nell'art. 6 CE e il principio dell'elevato livello di tutela e dello sviluppo sostenibile (art. 174 CE) (46).

(43) L'art. III-132 riunisce le ipotesi oggi previste dall'art. 95 e dall'art. 298 CE, adottando in termini generali la formulazione contenuta in questa seconda norma. La nuova disciplina, inclusa tra le disposizioni finali, si riferisce alle ipotesi in cui lo Stato abbia dovuto adottare misure suscettibili di pregiudicare il mercato comune in situazioni di gravi agitazioni interne, in caso di guerra o di grave tensione internazionale.

(44) Cfr. Art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». L'art. II-97, come si è detto, riproduce esattamente il testo dell'art. 37 della Carta. Per un primo commento della norma della Carta, A. LUCARELLI, *Art. 37*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 258 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Carta dei diritti fondamentali UE*, Milano, 2001, spec. pp. 127-130; A. VUOLO, *La tutela dell'ambiente quale principio fondamentale*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, I, t. III, Napoli, 2002, p. 925 ss., spec. p. 958 ss.

(45) In dottrina, sulle possibili forme di rilevanza della Carta, cfr. L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 249 ss.; R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2000, p. 885 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti fondamentali: una fonte di ri-cognizione*, in *DUE*, 2001, p. 211 ss.; A. MANZELLA, *Dopo Nizza: La Carta dei diritti «proclamata»*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, pp. 244-245. Nel senso che si tratta di atto atipico che partecipa delle caratteristiche di diversi atti (accordo interistituzionale e decisione rivolta agli Stati ai sensi dell'art. 249 CE), F. POCAR *Commentario breve*, cit., p. 1178; IDEM, *Dignità e giustizia*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 85. Per una ricostruzione del problema della base giuridica della Carta come momento essenziale per l'attribuzione di effetti giuridici, M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1013-1021.

(46) Nota del Presidium alla Carta, in M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2001, p. 355 ss. Cfr. Dichiarazione sulle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, allegata all'Atto finale, con la quale la Conferenza prende atto delle Spiegazioni elaborate dal Presidium della Convenzione che aveva redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del Praesidium della Convenzione europea. Nella Dichiarazione viene precisato che le «spiegazioni» rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta.

Il Trattato costituzionale ha accolto la distinzione tra principio e diritto, e coerentemente con questa distinzione, l'art. II-97 configurerebbe un principio e non già un diritto (47), così come veniva precisato nei lavori della Convenzione (48). In base alla previsione contenuta nell'art. II-112 n. 3, «le disposizioni della Carta che contengono principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti degli Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di detti atti». La precisazione tende a sottolineare che non si tratta di una posizione giuridica direttamente azionabile (49). A ben vedere questa limitazione può spiegarsi in ragione della formulazione della disposizione, a nulla rilevando la preventiva qualificazione formale della stessa nei termini di mero principio. Questa conclusione è avvalorata da certa dottrina, la quale riconduce le posizioni identificate dalla Carta ad una categoria unitaria dei diritti, salvi i limiti riferibili direttamente al contenuto delle previsioni (50).

---

(47) Sulla connotazione non direttamente precettiva della norma ma essenzialmente programmatica, N. BRUTTI, *La politica dell'ambiente* cit., p. 528. Si riferisce invece al diritto all'ambiente come diritto «non tanto dell'individuo come tale, bensì in quanto membro della collettività, nel cui ambito si condividono interessi comuni di carattere sociale», Avv. gen. Jacobs, Conclusioni del 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, pto 67 ss.

(48) In questo senso, vedi Gruppo II della Convenzione (Integrazione della Carta/adesione CEDU), Relazione finale, CONV 354/02, 22 ottobre 2002. In ogni caso, va ricordato che i diritti riconosciuti dalla Carta, fatta eccezione per quelli riservati ai soli cittadini, si rivolgono a tutti gli individui e assumono pertanto il carattere dell'universalità. Sul punto, E. PACIOTTI, *Libertà-Solidarietà*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 98; sui diritti propri dei cittadini, L.S. ROSSI, *Uguaglianza-Cittadinanza*, *ibidem*, p. 109 ss.

(49) In questo senso, già in epoca antecedente alla Costituzione, A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne*, in *Rev. du Droit et de l'Union eur.*, 2001, p. 27 ss. L'Autore qualificava come principi anche quelli previsti dall'art. 36 («accesso ai servizi di interesse economico generale») e dall'art. 38 sulla protezione dei consumatori. A proposito della prima disposizione sia permesso il rinvio a O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 2002, p. 633 ss. Sulla difficoltà di distinguere le disposizioni della Carta che «contengono dei principi», dal momento che mancano indicazioni testuali utili a tale fine G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo — Cro-nache e battaglie*, 2004, p. 5 ss.

(50) Nel dibattito, sorto immediatamente dopo l'adozione della Carta, nel senso di insistere sul carattere indivisibile del catalogo dei diritti umani, tutti partecipi della «medesima e forte natura», S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuri-*

### 3. *La scelta della base giuridica.*

Tornando alla disciplina in vigore, gli artt. 174-176 costituiscono il quadro normativo di riferimento per la politica ambientale<sup>(51)</sup>. L'ambiente rappresenta inoltre un'esigenza avuta di mira nella disciplina di ravvicinamento delle legislazioni prevista dall'art. 95 CE, al punto che quest'ultima norma è stata qualificata come base giuridica indiretta<sup>(52)</sup>. Infine, può rappresentare anche l'obiettivo privilegiato di altre politiche. In particolare, tra queste si può menzionare la politica agricola, dei trasporti, regionale, della concorrenza, energetica, del turismo, industriale e commerciale<sup>(53)</sup>.

La pluralità di basi genera il problema della scelta in una dimensione che possiamo definire orizzontale, in quanto coinvolge le istituzioni comunitarie e l'equilibrio procedurale che tra le stesse deve essere mantenuto<sup>(54)</sup>. Non è sempre agevole l'individuazione della corretta base giuridica degli atti in materia ambientale. La Corte di giustizia ha avuto modo di soffermarsi sul problema in diverse pronunce. Dopo aver affermato nella sentenza del 29 marzo 1990<sup>(55)</sup> che le norme in tema di ambiente non costituiscono una base giuridica esclusiva, ha precisato nella celebre sentenza *Biossido di Titanio*<sup>(56)</sup> i criteri che devono gui-

---

dico, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001, p. 57, spec. p. 73 ss.

(51) Il riferimento va esteso anche agli artt. 2, 3 e 5 CE. L'ampiezza degli obiettivi sanciti dall'art. 174 dovrebbe rendere superfluo il ricorso all'art. 308. In questo senso, tra gli altri, vedi, R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit., p. 223.

(52) Cfr. *infra* par. 5 e 7.

(53) In questo senso, L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente* cit., p. 42 ss.; P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 75. In questa sede saranno prese in esame soltanto le disposizioni sull'ambiente (artt. 174-176) e l'art. 95 CE.

(54) In questo senso, J.P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, in *CMLR*, 2004, p. 381 ss. L'Autore ha osservato «The legal basis, in the form of the Treaty article on which an act is based, is one of the manifestations of the institutional balance».

(55) Corte di giustizia, 29 marzo 1990, causa C-62/88, *Grecia c. Consiglio*, in *Racc.* 1990, I, p. 1527.

(56) Corte di giustizia, 11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1991, I, p. 2857. Per alcuni commenti, P. PILLITTU, *Sulla «base giuridica» degli atti comunitari in materia ambientale*, in *Foro it.*, 1992, IV, col. 369 ss.; M., BRAVO-FERER DELGADO, *La determinación de la base jurídica en el derecho comunitario del medio ambiente*, in *Gaceta Juridica*, B-92 e B-93, marzo-aprile 1994, p. 13 e p. 5 ss.; D. GÉRADIN, *Les compétences respectives de la Communauté et des Etats membres dans le domaine de l'environnement: base juridique, subsidiarité et proportionnalité*, in J. DUTHEIL DE LA ROCHE (a cura di), *Le Droit communautaire de l'environnement*, cit., p. 38 ss.; L.S. ROSSI,

dare la scelta. In quest'occasione, il giudice ha riconosciuto che la finalità ambientale di un provvedimento non è sufficiente a giustificare il riferimento alle disposizioni specifiche, e questo può spiegarsi in virtù del principio di integrazione, che deve presiedere all'esercizio di tutte le politiche comunitarie.

Ha poi affermato che, nel caso di concorso tra l'art. 100 A (ora art. 95) e l'art. 130 S (ora 174), la preferenza debba andare alla prima perché prevede la procedura decisionale più democratica in quanto coinvolge il Parlamento europeo. E per questa ragione ha annullato la direttiva adottata sulla base della normativa ambientale. Quest'argomentazione ha perso parte della sua validità dal momento che anche per gli atti *ex art. 174* è oggi prevista la procedura di codecisione, facendo venire meno un motivo che, almeno nella valutazione del giudice comunitario nel caso *Biossido di titanio*, aveva determinato l'annullamento della direttiva (57).

In termini generali, ancora recentemente (58), la Corte di giustizia ha affermato che la scelta della base giuridica deve fondarsi su elementi che possono costituire oggetto di sindacato giurisdizionale, e tra questi figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto (59). Nell'ipotesi in cui l'atto persegua una duplice finalità e sia possibile identificare una di queste come principale o preponderante e l'altra solo accessoria, l'atto deve trovare il fondamento giuridico nella componente principale o preponderante (c.d. teoria del centro di gravità) (60). La Corte ha poi ammesso che soltanto

---

*Il « buon funzionamento » del mercato interno*, cit., p. 111 ss.; G.M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla « base giuridica » degli atti comunitari*, in *Foro it.*, IV, col. 99 ss. Ancora sull'incertezza dei criteri offerti dalla Corte, A. CAPRIA, *La formazione delle politiche comunitarie in materia di ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, p. 73 ss., spec., p. 91 ss.

(57) In questo caso il riferimento alle norme sull'ambiente in luogo delle norme sul ravvicinamento potrebbe comportare un vizio meramente formale dal momento che non risulterebbe un'irregolarità nella procedura di adozione dell'atto essendo ormai stata adottata in entrambi i casi la codecisione. In questo senso vedi, con riferimento al rapporto tra art. 95 e l'art. 133, in tema di politica commerciale comune, Corte di giustizia, 11 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen Secretary* e al., in *Racc.* 2002, I, p. 11453.

(58) Corte di giustizia, 11 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen Secretary* cit.

(59) In senso conforme, Corte di giustizia, 9 dicembre 2000, causa C-269/97, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 2000, I, p. 2257; Corte di giustizia, 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.* 2001, I, p. 779.

(60) In questo senso, già, Corte di giustizia, 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1993, I, p. 939; Corte di giustizia, 23 gennaio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.* 1999, I, p. 869; Corte di giustizia, 25 febbraio 1999, cause riunite C-164/97 e C-165/97, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in

in via eccezionale, se si accerta che l'atto persegue contemporaneamente vari obiettivi, connessi in maniera inscindibile senza che l'uno sia subordinato e indiretto rispetto all'altro, l'atto potrà avere diversi fondamenti giuridici (61).

La scelta della base giuridica (l'art. 95 invece dell'art. 174), produce conseguenze soprattutto sul piano dei meccanismi derogatori, consentiti agli Stati, e sulle relative procedure di controllo da parte della Comunità (62), che sono più stringenti nel sistema previsto dall'art. 95 rispetto a quello consentito dall'art. 174 (63). Sarebbe da domandarsi a questo riguardo se il ragionamento della Corte sulla scelta del fondamento giuridico possa essere esteso anche in relazione al sistema introdotto dal Trattato costituzionale. La modifica sostanziale della disciplina generale sull'instaurazione del mercato interno potrebbe indurre a far ritenere prevalente la normativa speciale in materia ambientale, con una conseguente e inevitabile restrizione dell'ambito di rilevanza delle disposizioni sul mercato interno (ai sensi dell'art. III-131 e ss.).

Un'ulteriore questione, riferibile alla disciplina attuale, è sorta in presenza di misure di attuazione di direttive in tema ambientale che prevedano meccanismi agevolati di adeguamento al progresso tecnico (64) e che non costituiscano quindi misure di attuazione diretta delle norme del trattato.

In particolare, in un caso (65) la Corte ha dovuto valutare la correttezza della scelta effettuata sulla base dell'art. 2 della direttiva 76/769 relativa alle restrizioni al commercio e all'uso di alcune sostanze pericolose (stagno, PCP e cadmio) (66). Questa

---

*Racc.* 1999, I, p. 1139; Corte di giustizia, 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio* cit., pto 59. Sulla teoria del «centro di gravità», in particolare, per una sintesi della prassi del Consiglio, L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, cit., p. 107 ss., p. 112.

(61) Corte di giustizia, 11 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen Secretary* cit., pto 94; Corte di giustizia, 6 dicembre 2001, Parere 2/00, *Protocollo di Cartagena alla Convenzione sulla diversità biologica*, in *Racc.* 2001, I, p. 9713, pto 23.

(62) Cfr. *infra* par. 7.

(63) In dottrina, nel senso di osservare che l'art. 174 raramente è utilizzato per adottare normative che fissano limiti, contrariamente a quanto si può riscontrare con riferimento agli atti *ex art.* 95, R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria* cit., p. 221.

(64) Si può trattare di direttive per la cui adozione è prevista la procedura cd comitologia, *infra*, par. 8.

(65) Corte di giustizia, 18 giugno 2002, causa C-314/99, *Olanda c. Commissione*, in *Racc.* 2002, I, p. 5521.

(66) Direttiva 1999/51/CE della Commissione, del 26 maggio 1999, che adegua per la quinta volta al progresso tecnico l'allegato I della direttiva del Consiglio 76/769/

norma attribuisce alla Commissione il potere di adottare le modifiche necessarie per adeguare l'allegato I al progresso tecnico. Il legislatore ha quindi voluto rendere possibili, attraverso una procedura alternativa a quella prevista dall'art. 95 CE, gli adattamenti dell'allegato I della direttiva 76/769, giustificati dalla comparsa di nuovi rischi per la salute umana e per l'ambiente, che richiedono ulteriori restrizioni dell'uso di certe sostanze e preparati pericolosi.

La Corte ha poi valutato se il ricorso alla procedura speciale fosse giustificato, e nella fattispecie, si trattava di verificare se la Commissione disponeva di elementi scientifici idonei a provare la necessità di introdurre le restrizioni dell'uso della sostanza o del preparato in questione. Sul punto il giudice comunitario ha annullato la misura controversa, non avendo l'esecutivo dimostrato di possedere informazioni scientifiche sufficientemente affidabili per consentire l'adeguamento al progresso tecnico a livello comunitario.

In conclusione va ancora precisato che il livello di normazione interna è destinato ad avere importanti ripercussioni anche nella determinazione delle competenze esterne, che saranno prese in esame successivamente (67).

#### 4. *I collegamenti con il III pilastro dell'Unione europea: la tutela attraverso il diritto penale.*

Rimanendo ancora sul tema della base giuridica, una questione interessante sorge in relazione alla disciplina penalistica della tutela dell'ambiente. La Commissione nel 2001 aveva presentato un progetto di direttiva fondato sull'art. 175 n. 1, relativo alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. La proposta configurava taluni reati ambientali e le relative sanzioni (68).

---

CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (stagno, PCP e cadmio), in *G.U.C.E.* n. L 142 del 5 giugno 1999, p. 22.

(67) Cfr. *infra*, par. 6.

(68) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, COM (2001) 139 def.

La procedura non è andata avanti per l'impossibilità di raggiungere l'accordo tra gli Stati in seno al Consiglio. Abbandonata la strada della direttiva, è stata adottata, nell'ambito del c.d. terzo pilastro sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, la Decisione quadro del 27 gennaio 2003 (69). A questo proposito mi pare opportuno sottolineare che la decisione quadro faceva riferimento alla proposta di direttiva, incorporandone in parte il contenuto e teneva conto del parere espresso dal Parlamento europeo. L'esempio citato vale a testimoniare la labilità dei confini tra le diverse basi, anche quando sono riferibili a pilastri distinti. È significativa al riguardo l'affermazione contenuta nel settimo considerando per la quale si sarebbe passati ad una decisione quadro semplicemente per ovviare alla difficoltà di raggiungere una maggioranza nella sede appropriata. La Decisione quadro rispondeva quindi ad una logica di mera opportunità, rappresentando l'unico strumento possibile per imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali per le violazioni ambientali.

La Decisione quadro è stata recentemente annullata dalla Corte di giustizia con sentenza del 13 settembre 2005 (70). Il giudice europeo, accogliendo il ricorso della Commissione, aveva ammesso che il legislatore comunitario possa adottare «provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente». In altri termini, viene riconosciuta a favore della Comunità la competenza a definire la natura penale della sanzione proprio in considerazione della rilevanza delle infrazioni alla politica ambientale. Una volta effettuata questa valutazione, viene lasciata agli Stati, «sia individualmente che in maniera coordinata attraverso la cooperazione inter-

---

(69) Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *G.U.C.E.* n. L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55. Esula dal presente lavoro la disamina del contenuto e in termini più ampi del rapporto tra Stati e Unione nella materia penale. Tra gli elementi innovativi mi limito a segnalare che la decisione configura l'ipotesi di responsabilità penale anche delle persone giuridiche. In generale, sul tema, F. COMTE, *Diritto penale ambientale e competenze comunitarie*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 677 ss.

(70) Corte di giustizia, 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, spec. pto 48 ss. Considerato il numero degli Stati (ben 11, ma tra questi non compare l'Italia) intervenuto a sostegno del Consiglio, è forse difficile ipotizzare l'adozione di una direttiva comunitaria che riproduca il testo della Decisione quadro.

governativa disciplinata dal terzo pilastro del Trattato UE», l'individuazione nello specifico della misura sanzionatoria (71).

Prescindendo dal tema relativo al delicato equilibrio dei rapporti tra Stato e Unione in materia penale, mi limito a sottolineare che in questo caso, la Corte di giustizia ha inteso riconoscere la competenza del legislatore comunitario a definire la natura delle sanzioni proprio in relazione alle violazioni dell'ambiente, ritenendo evidentemente quest'ultimo un bene giuridico meritevole della più alta protezione (72).

5. *L'esercizio della competenza in senso verticale (nei rapporti con gli Stati): rilevanza del principio di sussidiarietà.*

Veniamo ora alla qualificazione della competenza in una direzione verticale, che possiamo riferire al rapporto tra Unione e Stati membri. Il riferimento alle norme introdotte dal Trattato costituzionale, nella misura in cui esprimono definizioni ormai acquisite nel sistema vigente, può aiutare ad inquadrare la problematica. L'art. I-9 pone a fondamento della delimitazione delle competenze il principio di attribuzione (espresso anche dall'art. I-1) e richiama i principi di sussidiarietà e proporzionalità, quali criteri di esercizio delle competenze (attuale art. 5 CE) (73). L'applicazione di questi due principi è regolata da un Protocollo specifico menzionato dalla Costituzione (art. I-11).

---

(71) Avv. gen. Jacobs, Conclusioni del 26 maggio 2005 causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio spec.* pto 87 ss. L'Avvocato generale propone un ragionamento assai articolato. Prima di riconoscere la competenza della Comunità a definire la natura penale della sanzione, si è preoccupato di verificare il rispetto dei principi fondamentali in materia. In particolare, si riferisce al principio di legalità in materia penale «con la sua duplice dimensione sostanziale, di predeterminazione normativa dei comportamenti e formale, che si esprime attraverso una riserva assoluta a favore del titolare del potere legislativo» (pto 77).

(72) Il Trattato costituzionale potrebbe almeno formalmente diminuire la portata del contrasto tra le istituzioni, grazie all'abolizione dei pilastri e alla unificazione degli strumenti giuridici. In concreto, tuttavia resterebbe ferma una differenziazione sul piano della procedura di adozione degli atti. Cfr. artt. III-270-271. In generale sul rapporto tra i pilastri e sulla previsione costituzionale relativa alla loro fusione, M. WASMEIER, N. THWAITES, *The «Battle of the Pillars»: does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Laws*, in *ELR*, 2004, p. 613 ss.

(73) Sul principio di attribuzione nell'attuale sistema dall'art. 5 CE e sulle categorie di competenze, vedi, tra gli altri, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2004, p. 6 ss.; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione*, Padova, 2003, p. 73 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino 2005, p. 53 ss.



Il Trattato costituzionale ha ordinato le competenze, identificando essenzialmente tre categorie: esclusive, concorrenti e azioni di sostegno (74). Il settore di nostro interesse, l'ambiente, coerentemente con un'impostazione condivisa da tempo (75), è stato inserito espressamente nella categoria delle competenze concorrenti (art. I-14). L'Unione ha invece competenza esclusiva in materia di «conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca» (art. I-13 n. 1).

Natura concorrente ha inoltre la competenza in tema di mercato interno, anche se in questo caso gli Stati membri svolgono un ruolo diverso e concorrono nell'esercizio in maniera nettamente differente rispetto alla materia ambientale.

In base alla previsione contenuta nell'art. I-12 «quando la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore». È importante la successiva precisazione per la quale «Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla». Questa previsione, se riferita al tema ambientale, deve essere letta attentamente e può essere compresa soltanto una volta chiarita la portata che il principio di sussidiarietà è destinato ad assumere in materia, dal momento che questo principio consente di modulare il grado di concorrenza in modo diverso a seconda del settore di riferimento.

In virtù del principio di sussidiarietà, sancito nel sistema attuale all'art. 5 CE, l'Unione interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente raggiunti dagli Stati membri, a livello centrale e a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, essere meglio raggiunti dall'U-

---

(74) Sul riordino delle competenze, P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *ELR*, 2004, p. 323 ss.; A. DASHWOOD, *The Relationship*, cit., p. 357 ss.; K. LENAERTS, *The Structure of the Union according to the Constitution for Europe: the Emperor is Getting Dressed*, in *ELR*, 2004, p. 289 ss., spec., p. 309; K. LENAERTS., P. VAN NUFFEL., *La Constitution pour l'Europe et l'Union comme Entité Politique et Ordre Juridique*, in *CDE*, 2005, p. 13 ss.

(75) In questo senso recentemente, cfr. Avv. gen. Jacobs, Conclusioni del 26 maggio 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio* pto 88 (nota 85). L'Avvocato generale si riferisce anche alla previsione dell'art. I-14 del Trattato costituzionale per confermare il carattere concorrente desumibile dalla normativa vigente.

nione. Il criterio si può tradurre come il principio «del livello appropriato di azione», che deve guidare l'esercizio della competenza dell'Unione; conseguentemente, per effetto dell'applicazione del principio il rapporto tra l'ordinamento europeo e quello nazionale non potrà essere ricostruito in termini di subordinazione gerarchica (76).

La sussidiarietà riveste un ruolo fondamentale in materia, come testimonia la stessa genesi del principio, che è stato inserito per la prima volta nel trattato proprio con riferimento alla politica ambientale (77). Il giudice comunitario tende a giustificare con una certa ampiezza l'intervento a livello europeo. La Corte, chiamata a valutare attraverso il controllo della motivazione il rispetto del principio, ha precisato (78) che esso è soddisfatto se l'intervento comunitario si limita a dettare un *minimum standard* (79). L'orientamento della giurisprudenza si spiega in ragione del carattere sopranazionale degli interessi sottesi alla politica ambientale, che giustifica l'intervento comunitario in termini generali e uno spazio riservato a livello statale e locale in sede di attuazione.

Il principio esprime una funzione diversa nell'ambito della disciplina sul mercato interno (art. 95 CE), dove l'intervento statale è nettamente ridotto ed è consentito soltanto negli interstizi lasciati liberi dalla Comunità nel rispetto dei meccanismi procedurali che corredano la disciplina. In questo caso, allora si può ritenere che l'azione comunitaria tende ad essere giustificata a un

---

(76) P. PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale*, cit., p. 250 ss.

(77) Sulla genesi, *supra*, par. 1, nota 10. Sul principio riferito alla politica ambientale, P. PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale*, cit., p. 119 ss.; G. CROSS, *Subsidiarity and the Environment*, in *YEL* 1995, p. 107 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union*, cit., p. 875 ss.; C. ZILIOLI, *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto comunitario dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1995, p. 533 ss.

(78) La Corte si è accontentata anche di un riferimento implicito contenuto nei considerando, Corte di giustizia, 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.*, 2001, I, p. 7079. Con riferimento al controllo degli atti ambientali, cfr. Corte di giustizia, 14 luglio 1998, causa C-341/95, *Bettati*, in *Racc.*, 1998, I, p. 4355 ss.; Corte di giustizia, 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.* 1997, I, p. 2405 ss. In generale, sull'obbligo di motivazione e sul controllo esercitato dalla Corte di giustizia sostanzialmente attraverso la lettura dei considerando, cfr. A. PIETROBON, *Commento art. 253 CE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve* cit., p. 869.

(79) M. TRIMARCHI, *Tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Diritto privato dell'Unione europea* cit, p. 203 ss., spec., p. 214. Ancora sull'ampiezza degli obiettivi indicati dall'art. 174 n. 1, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 70.

livello di normazione più intensa in ragione della finalità di armonizzazione.

Ammissa la natura giuridica del principio (80), assoggettabile al sindacato del giudice comunitario, la rarità dei casi in cui la Corte ha riconosciuto la violazione del principio (81) ha dato luogo a un acceso dibattito sull'effettività del controllo giurisdizionale *ex post*. La questione è stata oggetto di esame nel corso dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Unione (82), la quale ha proposto un meccanismo di valutazione *ex ante*, adottato nel Protocollo sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà (83), richiamato espressamente dall'art. I-11 del Trattato costituzionale. Il Protocollo prevede una complessa procedura di controllo, che coinvolge anche i Parlamenti nazionali. In base a questa disciplina, i progetti di atti legislativi devono essere motivati con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità, e devono essere accompagnati da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi. Questi progetti sono trasmessi ai Parlamenti nazionali (84), i quali dispongono di un periodo di tre settimane per inviare ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato nel quale possono esprimere le ragioni di opposizione al progetto per contrarietà rispetto al principio di sussidiarietà. Nell'ipotesi in cui i pareri motivati sul pro-

(80) Nei primi anni di applicazione del principio, si è contestata la natura giuridica, ammettendo unicamente la natura politica. Sulla questione, P. PILLITTU, *Profili costituzionali della tutela ambientale*, cit., p. 122 ss.; ancora, G. BARMAN, *Taking Subsidiarity Seriously*, in *Columbia Law Review*, 1994, p. 94 ss.; A.G. TOTH, *Is Subsidiarity Justifiable*, in *ELR*, 1994, p. 278 ss.;

(81) In giurisprudenza, sulla violazione del principio di sussidiarietà, Corte di giustizia, 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio* cit.; e Corte di giustizia, 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, cit. In dottrina di recente nel senso di rilevare la scarsità di pronunce sul principio, P. FOIS, *Il diritto ambientale* cit., p. 71.

(82) Cfr. Relazione finale del Gruppo I «Sussidiarietà» (CONV 286/82). In senso critico sulla posizione espressa dal gruppo, cfr. in dottrina, A. TIZZANO, *La «Costituzione europea» e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *DUE*, 2003, p. 475 ss.

(83) Pur nell'incertezza dell'entrata in vigore vale la pena di illustrare i punti salienti della procedura. In dottrina, sul Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, cfr. B. DE WITTE (dir.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Firenze, European University Institute, 2003, p. 107 ss.; R. MASTROIANNI, *Fonti, sussidiarietà e iniziativa legislativa nel testo della Costituzione per l'Europa*, in *DPCE*, 2003, p. 1738 ss., spec. p. 1744 ss. Ancora sul meccanismo, S. WEATHERILL, *Better competence monitoring*, in *ELR* 2005, p. 23 ss.

(84) Ai sensi dell'art. 6 del Protocollo «spetta a ciascuno dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi».

getto di atto legislativo in ordine al mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali, il progetto deve essere riesaminato. Al termine del riesame, la Commissione, o gli altri soggetti proponenti (85), possono decidere di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo, con decisione motivata (86).

In una valutazione prospettica, la procedura potrebbe assumere una particolare rilevanza nella materia dell'ambiente. Data la molteplicità delle sedi e dei livelli anche territoriali, interessati dalla normativa e dalla conseguente esecuzione, i soggetti coinvolti potrebbero avere interesse ad assicurare l'attivazione dei meccanismi di tutela descritti.

#### 6. *La competenza esterna in materia ambientale.*

Prima di soffermarci sull'esercizio della competenza dell'Unione a livello interno e sullo spazio riservato agli Stati, è opportuno fare un cenno alla dimensione esterna.

L'art. 174 n. 4, ultimo trattino, fa riferimento alla competenza internazionale della Comunità in materia ambientale, riconoscendo che «nel quadro delle competenze rispettive, la Comunità e gli Stati membri cooperano con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti». Questa previsione lascia tuttavia ferma «la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali».

La formula appena ricordata rispecchia la soluzione affermata nella pronuncia *AETS*, riassumibile nel noto principio del parallelismo tra la competenza interna e quella esterna (87). In questo senso la Dichiarazione interpretativa n. 10, allegata all'atto finale

---

(85) La procedura di controllo vale anche nel caso in cui il progetto di atto legislativo, conformemente alle norme del Trattato costituzionale, provenga da un gruppo di Stati, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea. È forse da domandarsi se questa procedura possa essere in qualche modo anticipata anche a prescindere dall'entrata in vigore del Trattato costituzionale.

(86) Ai sensi dell'art. 8 del Protocollo, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione del principio di sussidiarietà, proposti «da uno Stato membro o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale».

(87) Corte di giustizia, 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc.*, 1971, p. 263 ss.

del Trattato di Maastricht ha precisato che il disposto dell'art. 174 n. 4 non lede i principi risultanti dalla sentenza *AETS* (88).

Le modalità della cooperazione sono disciplinate dall'art. 174, il quale, a sua volta, richiama la norma generale sulla procedura di stipulazione degli accordi internazionali (art. 300 CE) (89).

A livello giurisprudenziale merita una particolare attenzione il Parere 2/2000. In questo caso la Corte di giustizia, su richiesta della Commissione, ha dovuto verificare la correttezza della base giuridica scelta per la stipulazione del Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza (90). Nella vicenda in esame non veniva in questione la competenza della Comunità a concludere l'accordo, ma unicamente la natura della stessa. La Commissione difatti lamentava che il consenso non avrebbe dovuto fondarsi sull'art. 174, ma avrebbe dovuto basarsi sull'art. 133, relativo alla politica commerciale comune.

L'occasione ha consentito alla Corte di sviluppare alcune considerazioni di ordine generale. Innanzitutto, il giudice ha riconosciuto che la scelta della base giuridica riveste un'importanza di natura costituzionale, in ossequio al principio fondamentale delle competenze di attribuzione (91). Il ricorso ad una base giuridica errata può invalidare l'atto di stipulazione stesso e, conseguentemente, inficiare il consenso della Comunità ad essere vincolata dall'accordo. Questa situazione si può verificare quando « il Trattato non attribuisce una competenza sufficiente per ratificare

---

(88) In dottrina, sulla natura ripartita della competenza esterna in materia ambientale, vedi, A. SAGGIO, *Le basi giuridiche della politica ambientale* cit., p. 46 ss.; recentemente, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., pp. 72-73.

(89) Per un commento dell'art. 300 CE, vedi, tra gli altri, A. CALIGIURI, *Art. 300*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, e della Comunità europea* cit., p. 1327 ss. e G. VENTURINI, *Art. 300*, F. POCAR (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 869.

(90) Corte di giustizia, 6 dicembre 2001, Parere 2/00, *Protocollo di Cartagena alla Convenzione sulla diversità biologica*, cit. Con decisione del 15 maggio 2000 il Consiglio aveva autorizzato la firma del protocollo, e soltanto successivamente, in occasione della procedura di adozione della seconda decisione concernente la ratifica del Protocollo da parte della Comunità è stato richiesto il parere ex art. 300 n. 6. La Corte ha precisato l'autonomia della domanda di parere rispetto alla procedura per annullamento che avrebbe potuto essere avviata nei confronti della prima decisione o successivamente nei confronti della decisione finale.

(91) L'espressione « costituzionale » non sorprende dal momento che ha trovato ingresso nel linguaggio giurisprudenziale a partire dalla seconda metà degli anni '80, tra le altre, cfr. Corte di giustizia, 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, in *Racc.*, 1986, p. 1339; Corte di giustizia, 14 dicembre 1991, Parere 1/91, *Progetto di accordo sullo Spazio economico europeo*, in *Racc.*, 1991, I, p. 6079; Corte di giustizia, 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber*, in *Racc.*, 1993, I, p. 1093.

l'accordo nel suo complesso, il che equivale ad esaminare la ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri a stipulare l'accordo progettato con i paesi terzi, oppure quando la base giuridica adeguata dell'atto prevede una procedura legislativa diversa da quella che è stata effettivamente seguita dalle istituzioni comunitarie».

Nel caso specifico occorreva quindi individuare la disposizione del Trattato alla quale ricondurre il Protocollo. Sul punto, la Corte ha ricordato i criteri generali che devono guidare la scelta della base giuridica. In particolare ha sottolineato la natura oggettiva della valutazione, che deve fondarsi sullo scopo e sul contenuto dell'atto. Ha altresì fatto riferimento al principio della prevalenza nel caso di doppia finalità, ammettendo che soltanto in casi eccezionali l'atto possa fondarsi su una pluralità di basi giuridiche. Trattando dell'interpretazione di un accordo internazionale, il giudice comunitario ha richiamato i criteri di valutazione fissati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (92). Chiariti i principi rilevanti, la Corte ha proceduto ad una ricostruzione del contesto. Il Protocollo è stato elaborato conformemente all'art. 19 n. 3 della Convenzione sulla diversità biologica (93), nel punto in cui invita le parti a valutare l'opportunità di adottare misure, in particolare di ordine procedurale, «concernenti il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzazione secondo criteri di sicurezza di qualsiasi organismo vivente modificato, ottenuto con biotecnologia, il quale potrebbe avere effetti negativi sulla conservazione e sull'utilizzazione durevole della diversità biologica».

La stipulazione della Convenzione sulla diversità biologica, a nome della Comunità, era avvenuta sulla base dell'art. 130 S (oggi art. 174) e questa scelta non aveva sollevato alcuna contestazione. Gli obiettivi dichiarati nell'art. 1 della Convenzione,

---

(92) Cfr. art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 23 maggio 1969 «un trattato deve essere interpretato in buona fede, seguendo il senso ordinario da attribuire ai suoi termini nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo fine».

(93) La Convenzione è stata firmata il 5 giugno 1992 dalla Comunità economica europea e dagli Stati membri, nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo (UNCED), tenutasi a Rio de Janeiro, ed è stata approvata a nome della Comunità, con *Decisione 93/626/CEE* del Consiglio del 25 ottobre 1993 (in *G.U.C.E.* n L 309, del 13 dicembre 1993, p. 1). Sul Protocollo, recentemente, R. MACKENZIE, *The Cartagena Protocol after the First Meeting of the Parties*, in *RECIEL*, 2004, p. 270 ss.

vale a dire, «la conservazione della diversità biologica, l'utilizzazione durevole dei suoi elementi e la ripartizione giusta ed equa dei vantaggi derivanti dallo sfruttamento delle risorse genetiche» sono chiaramente e pacificamente riconducibili al settore della protezione dell'ambiente.

Il Protocollo deve quindi essere letto, in virtù dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nel contesto nel quale esso si inserisce geneticamente. Quanto alla finalità, l'art. 1 richiama il principio 15 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, precisando il riferimento al principio di precauzione, che costituisce un aspetto fondamentale della protezione dell'ambiente, ai sensi dell'art. 174. Ulteriori argomenti a favore della natura ambientale dello scopo vengono tratti dallo stesso titolo del Protocollo, dai suoi «considerando» quinto, sesto, settimo e ottavo, nelle parti in cui «sottolineano i rischi che la biotecnologia potrebbe comportare per la salute umana, la necessità che sia utilizzata in condizioni di sicurezza soddisfacenti per l'ambiente e la salute, nonché l'importanza fondamentale che i centri di origine e di centri di diversità genetica assumono per l'umanità».

Per quanto riguarda il contenuto, la sua ricostruzione consente di confermare la natura prevalente della protezione dell'ambiente. In questo senso depone l'art. 2, il quale stabilisce l'obbligo essenziale di prevenire o di ridurre i rischi per la diversità biologica, nello sviluppo, nella manipolazione, nel trasporto, nell'utilizzazione, nel trasferimento e nel rilascio di organismi viventi modificati (OVM). Analoga considerazione si può fondare sull'art. 4, nel punto in cui definisce il campo di applicazione, indicando che il Protocollo riguarda gli OVM «che potrebbero avere effetti negativi sulla diversità biologica, anche in considerazione dei rischi per la salute umana». E ancora, sul piano formale, al fine di consentire alle parti di adempiere al loro obbligo fondamentale, il Protocollo istituisce diverse forme di controllo fra cui la procedura di autorizzazione preventiva, che costituirebbe uno strumento tipico della politica ambientale (94).

---

(94) La Corte ha richiamato a conforto la giurisprudenza venutasi a formare in tema di procedure nella materia del trasferimento di rifiuti tra Stati membri, (Corte di giustizia, 28 giugno 1994, C-187/93, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, 1994, I, p. 2857). A mio avviso, la procedura di autorizzazione preventiva non è elemento qualificante della politica ambientale, dal momento che essa è utilizzata anche in altre politiche e, in

L'analisi della finalità e del contenuto consente di individuare la componente principale della disciplina nella protezione della diversità biologica contro gli effetti nefasti che potrebbero derivare dalle attività che implicano il trattamento degli OVM e in particolare i movimenti transfrontalieri di questi ultimi.

Il giudice ha anche respinto l'argomentazione della Commissione, la quale, pur riconoscendo la finalità ambientale, avrebbe voluto affermare la natura prevalentemente commerciale della regolamentazione, in quanto volta a disciplinare movimenti transfrontalieri e trasferimenti di OVM. Il fatto che le misure di prevenzione possano incidere sugli scambi commerciali relativi agli OVM non può valere a mettere in discussione la finalità prevalente della tutela ambientale. Ancora in questo senso la Corte ha osservato che una diversa interpretazione, la quale seguisse l'impostazione suggerita dalla Commissione, finirebbe per svuotare di gran parte della sostanza le disposizioni specifiche del Trattato concernenti la politica di protezione dell'ambiente. Infine, non potrebbero giustificare il ricorso all'art. 133 le difficoltà connesse all'approvazione e all'attuazione degli accordi misti, previsti nelle ipotesi in cui l'oggetto ricada in parte nella competenza esclusiva e in parte nella competenza propria degli Stati membri (95) o in una competenza concorrente.

Nel caso in esame la Corte ha anche precisato la portata dell'art. 175 in rapporto all'art. 174 n. 4 che, come si è detto, fa riferimento alla dimensione esterna. Quest'ultima disposizione interessa soltanto le modalità della cooperazione della Comunità, che può tradursi in accordi negoziati e conclusi conformemente all'art. 300 CE. L'art. 175, invece, costituisce la base giuridica in senso stretto per gli atti in materia ambientale. Con riferimento

---

particolare, nell'ambito della disciplina sul ravvicinamento delle legislazioni, *ex art. 95 CE* (come ad es. in tema di OGM, sul punto sia permesso il rinvio a O. PORCHIA, *La coamministrazione nell'ordinamento comunitario: il caso degli OGM*, in R. FERRARA, I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, Padova, 2003, p. 199 ss.).

(95) Sugli accordi misti, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario* cit., p. 167. In giurisprudenza, in particolare sull'obbligo di leale cooperazione che deve guidare la fase di attuazione degli accordi misti, Corte di giustizia, 15 novembre 1994, parere 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionale in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Racc.* 2001, I, p. 5267. Nella prassi, un esempio di accordo misto è il Protocollo di Kyoto, *Decisione 2002/358/CE* del Consiglio, del 25 aprile 2002, riguardante l'approvazione a nome della Comunità europea del Protocollo di Kyoto allegato alla convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e l'adempimento congiunto dei relativi impegni, in *G.U.C.E.* n. L 130 del 15 maggio 2002, p. 1 ss.



al caso di specie, dopo aver affermato che il Protocollo non si limita a fissare «modalità di cooperazione» ma stabilisce norme precise relative alle procedure di controllo in materia di movimenti transfrontalieri, di valutazione e di gestione dei rischi, il giudice comunitario ha individuato nell'art. 175 n. 1 la base giuridica adeguata per la stipulazione del protocollo medesimo (96).

La Corte ha poi liquidato in poche battute la complessa questione relativa all'ampiezza della sfera di intervento esterno che doveva ritenersi riservata all'Unione, per effetto della normazione già realizzata a livello interno (97). Il giudice ha riconosciuto che per definire l'ambito di competenza esterna in virtù del principio del parallelismo occorre preliminarmente conoscere il grado di normazione raggiunto o raggiungibile nel settore interno (98). Ha quindi constatato l'esistenza di atti di diritto derivato adottati nell'ambito comunitario in materia di biosicurezza, sottolineando tuttavia che l'armonizzazione realizzata nel settore di applicazione del protocollo è solo parziale. Sulla base di queste considerazioni la Corte ha affermato la natura ripartita della competenza a stipulare il Protocollo. La conclusione è coerente con l'impostazione giurisprudenziale, in virtù della quale se l'armonizzazione fosse stata totale, la competenza esterna sarebbe stata esclusiva (99).

Un altro caso, sempre in tema di politica ambientale, merita di essere segnalato. La questione aveva avuto origine dal ricorso presentato dalla Commissione per annullamento della decisione

---

(96) Le argomentazioni sviluppate al riguardo non appaiono esaustive e forse sono semplicemente strumentali all'obiettivo di affermare che la competenza esterna ambientale non può essere qualificata in linea di principio concorrente.

(97) Il linguaggio del giudice sul punto è ambiguo. La Corte ha voluto evitare il riferimento all'art. 174 n. 4 sulla base della considerazione che il protocollo non si limita a fissare modalità di cooperazione, come previsto da questa norma, ma stabilisce «in particolare norme precise relative alle procedure di controllo in materia di movimenti transfrontalieri, di valutazione e di gestione dei rischi, di manipolazione, di trasporto, d'imballaggio e di identificazione degli OVM».

(98) Corte di giustizia, 19 marzo 1993, Parere 2/91, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in *Racc.*, 1993, I, p. 1061 ss. In dottrina, per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria sulla competenza esterna della Comunità, vedi, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario* cit., p. 145 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, 2004, p. 66 ss.; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario*, cit., p. 338 ss.; E. CANNIZZARO (a cura di), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002; P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union*, Oxford, 2005, spec. p. 119 ss.

(99) Cfr. sul punto, S. AMADEO, voce *Ambiente*, cit., p. 878; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., p. 145 ss.

del Consiglio del 14 maggio 2001, concernente la conclusione per la Comunità europea dell'accordo con gli Stati Uniti in materia di coordinamento di programmi di etichettatura relativi ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature d'ufficio (100). L'esecutivo europeo, ancora una volta, lamentava l'utilizzo di un fondamento giuridico non corretto, essendo stata adottata la decisione sulla base dell'art. 175 n. 1 invece dell'art. 133 CE. In questo caso (101), la Corte dopo aver richiamato i noti principi in tema di scelta della base giuridica, ha attribuito all'accordo in prevalenza uno scopo commerciale, essendo volto a favorire il commercio di apparecchiature per ufficio etichettate secondo certe procedure, pur ammettendo che l'intesa nel lungo periodo è in grado di sortire anche il risultato del risparmio energetico, e quindi finalità ambientali. Inoltre non varrebbe ad inficiare la conclusione del giudice il carattere volontario della partecipazione al programma di etichettatura *Energy Star*. In questo senso, la Corte trova un argomento decisivo nella disciplina sugli ostacoli agli scambi allegato all'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (102), dalla quale risulta «chiaramente che le disposizioni concernenti le etichettature la cui osservanza è facoltativa possono costituire un ostacolo al commercio internazionale».

In questo punto il giudice ha anche sottolineato che la scelta effettuata per l'esercizio della competenza interna non può vincolare la Comunità ad adottare analoga base in sede esterna (103). E quindi, a nulla varrebbe la considerazione che atti normativi interni sarebbero stati adottati in relazione alle

---

(100) Decisione 2001/469/CE del Consiglio, del 14 maggio 2001, *concernente la conclusione per conto della Comunità europea dell'accordo tra il governo degli Stati Uniti d'America e la Comunità europea per il coordinamento di programmi di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio*, in *G.U.C.E.* n. L 172 del 26 giugno 2001, p. 1 ss.

(101) D'altra parte il ragionamento nel caso di specie non avrebbe trovato applicazione, dal momento che era stata adottata sulla base dell'art. 100 A (divenuto art. 95) la direttiva 92/75/CEE del Consiglio, del 22 settembre 1992, concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse degli apparecchi domestici, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (*G.U.C.E.*, n. L 297 del 13 ottobre 1992, p. 16).

(102) Decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in *G.U.C.E.* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 1.

(103) Corte di giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 2002, I, p. 12049.

norme in materia ambientale. Questo si spiegherebbe anche per la circostanza che l'art. 133 CE non potrebbe mai costituire il fondamento normativo delle misure aventi efficacia esclusivamente intracomunitaria. Infine, non vale a giustificare il ricorso all'art. 174 il fatto che taluni Stati membri abbiano adottato un proprio marchio ecologico; questa circostanza non sarebbe da leggere come espressione di una competenza condivisa, dal momento che le misure in questione non sono in grado di incidere sul commercio estero. In conclusione, la Corte ha disposto l'annullamento della decisione censurata per essere stata adottata esclusivamente in forza dell'art. 175 n. 1 CE, anziché sulla base dell'art. 133 CE.

Un problema può essere prospettato altresì in relazione all'esigenza di integrare la dimensione esterna della politica ambientale con le altre politiche materiali, soprattutto, nel quadro della politica estera e di sicurezza comune. La questione della coerenza, oggi particolarmente avvertita a causa della frammentazione delle discipline, viene almeno in parte presa in considerazione dal Trattato costituzionale (104). Il Titolo V, previsto nella Terza Parte, è dedicato all'azione esterna dell'Unione, intesa in maniera organica. In quest'ottica il Titolo V contiene, tra le altre, disposizioni relative alla PESC, alla politica commerciale, alla cooperazione con gli Stati terzi e alle sanzioni economiche. In particolare merita sottolineare l'inserimento della politica estera a fianco delle altre politiche materiali, per quanto, sul piano istituzionale, la prima mantenga peculiarità simili a quelle vigenti attualmente (105). Il Titolo contiene disposizioni di carattere generale, che definiscono in via unitaria il catalogo degli obiettivi per l'insieme delle azioni esterne; questo dovrebbe evitare, almeno in

---

(104) Cfr. sulla frammentazione degli strumenti, Cfr. Comunicazione, *Costruire il nostro avvenire comune-sfide e mezzi finanziari dell'Unione allargata 2007-2013*, COM (2004) 101 del 10 febbraio 2004 (pp. 6-10) e COM (2004) Def/3 del 12 marzo 2004. In quest'occasione la Commissione ha segnalato la necessità di semplificare gli strumenti di azione esterna, che ad oggi risultano più di 100. Sulla necessità di assicurare la coerenza delle azioni esterne rispetto agli obiettivi di politica estera, E. CANNIZZARO, *Differenziazione e unitarietà nell'azione esterna dell'Unione europea*, in *DUE*, 2003, p. 763 ss.; Id. *La fusione dei pilastri: Politica estera e politiche materiali nel progetto di costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1068 ss. Ancora sul riordino in tema di politica estera, M. KRAJEWSKI, *External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?*, in *CMLR*, 2005, p. 91 ss.

(105) Il nuovo titolo contiene anche disposizioni eterogenee concernenti la procedura di stipulazione di accordi, le relazioni con paesi terzi e le organizzazioni internazionali, la clausola di solidarietà.

parte, la settorializzazione presente nel sistema attuale e dovrebbe consentire il perseguimento coerente dei fini politici da parte delle politiche materiali. Tra le altre norme merita menzionare, in particolare, l'art. III-292 n. 2, in base al quale «l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali... f) al fine di contribuire alla messa a punto di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile» (106).

### 7. *Competenza normativa (artt. 174 n. 2 e 176).*

Tornando all'esercizio della competenza in una dimensione interna, conviene precisare subito che la natura concorrente si manifesta a livello legislativo con un'intensità che cambia in funzione del grado di discrezionalità lasciato allo Stato (107). A questo proposito si può osservare che l'ampiezza del margine di autonomia può essere collegata direttamente alla base giuridica adottata per perseguire gli obiettivi di politica ambientale (108). A seconda dello strumento normativo, scelto a livello europeo, varia la facoltà degli Stati di emanare norme difformi rispetto alle previsioni comunitarie (109).

Il problema può sorgere soprattutto nella fase di recepimento delle direttive in materia ambientale. Si deve tenere conto,

---

(106) Sull'obiettivo della norma, concepito in una dimensione mondiale, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., p. 59. In senso critico, nei confronti della nuova disciplina che non è in grado di offrire idonei strumenti flessibili, richiesti dal diritto internazionale, A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, J. BAST, *Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *YEL*, 2004, p. 91 ss., spec., p. 131. Sulle nuove forme verso cui muove il diritto internazionale, J. BRUNNÉE, *COPing with Consent: Lawmaking under Multilateral Environmental Agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 1 ss.

(107) H. SOMSEN, *Discretion in European Community Environmental Law: an Analysis of ECJ Case Law*, in *CMLR*, 2003, p. 1413 ss.

(108) C. DEMMKE, *Towards Effective Environmental Regulation: Innovative Approaches in Implementation and Enforcing European Environmental Law and Policy*, Jean Monnet Working Paper 5/01.

(109) R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit., pp. 229-239. L'Autore propone un'interessante riflessione sulla discrezionalità degli Stati, che può dipendere dalla diversa struttura della norma adottata a livello comunitario, distinguendo, a questo proposito, tra le norme di qualità, norme di emissione, sui procedimenti e sui prodotti, norme che impongono un divieto assoluto, norme che consentono una ponderazione di interessi.

al riguardo, che il legislatore comunitario tende a privilegiare strumenti normativi, qualificati dalla dottrina nei termini di *balancing norms*, le quali affidano agli Stati la ponderazione degli interessi in gioco (110). Un esempio è rappresentato dalla formula BAT (*best available technology*), la quale si riferisce all'obbligo dello Stato di individuare, in occasione del recepimento, la migliore tecnologia disponibile, tenendo conto della fattibilità e della possibilità (111). Un'altra procedura è racchiusa nell'espressione BATNEEC (*best available technology not entailing excessive cost*), la quale impone di utilizzare la tecnologia che non implichi costi eccessivi. Inoltre, la procedura BEP (*best environmental practice*) consente l'applicazione della migliore pratica ambientale.

Venendo nello specifico alle disposizioni del Trattato, l'art. 176 attribuisce allo Stato il potere di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Questi provvedimenti devono essere compatibili con il Trattato. La compatibilità deve riferirsi essenzialmente all'obbligo di rispettare le norme in tema di libera circolazione di persone, merci, e le altre disposizioni in tema ambientale (112). Unico limite di carattere formale è l'obbligo di notifica alla Commissione.

La norma esprime l'esigenza di un elevato livello di tutela, consentendo agli Stati l'adozione di *standards* ambientali più rigorosi, compatibilmente con le tradizioni interne. Al momento dell'inserimento della politica ambientale tra gli obiettivi dell'Unione gli Stati membri avevano elaborato esperienze diverse. La Comunità, con questa previsione, ha così inteso manifestare la volontà di non permettere un livellamento verso il basso e un regresso rispetto ai risultati già realizzati da paesi, come Danimarca, Germania e Svezia, fortemente sensibili alle esigenze ecologiche (113).

---

(110) R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit., p. 237 e ivi dottrina citata.

(111) Ad esempio la direttiva sulla prevenzione e sul controllo integrale dell'inquinamento (IPPC), impone l'uso della migliore tecnologia disponibile. Cfr. Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (direttiva IPPC) in *G.U.C.E* n. L 257 del 10 ottobre 1996, p. 26 ss.

(112) Corte di giustizia, 18 giugno 2002, causa C-314/99, *Commissione c. Olanda*, in *Racc.*, I, p. 5521.

(113) Vedi, *supra*, par. 1.

La normativa comunitaria in materia ambientale mira ad un'armonizzazione minimale (114), e questa connotazione giustifica il potere dello Stato ai sensi dell'art. 176, il cui esercizio non richiede un'espressa autorizzazione della normativa di base adottata in forza dell'art. 175 (115).

Sul piano dei requisiti sostanziali l'art. 176 si limita a prevedere l'obbligo della compatibilità con le norme previste dal Trattato e con i principi generali, in particolare, con il principio di proporzionalità; quanto alle condizioni procedurali, lo Stato ha l'obbligo di notificare la misura alla Comunità (116).

Il potere previsto dall'art. 176 è sicuramente più ampio rispetto alla disciplina prevista ancora in tema di politica ambientale nell'art. 174 n. 2 e nella normativa in tema di armonizzazione consentita dall'art. 95.

Iniziando da quest'ultima conviene ricordare che, in base all'art. 95 n. 4, lo Stato ha l'obbligo di notificare (117) alla Commissione le disposizioni nazionali preesistenti che intende conservare nonostante l'intervento di armonizzazione comunitaria (118). L'art. 95 n. 5 ha riconosciuto la facoltà di introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche, inerenti alla protezione dell'ambiente (o dell'ambiente di lavoro), giustificate da un problema specifico a detto Stato membro e sorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione. Anche in questo caso lo Stato ha l'obbligo di notificare le norme che ritiene di introdurre, precisando i motivi. Le condizioni richieste in questa ipotesi sono quindi più severe rispetto a quelle previste dal comma precedente.

---

(114) In giurisprudenza, Corte di giustizia, 22 giugno 2000, causa C-318/98, *For-nasar*, in *Racc.* 2000, I, p. 4785.

(115) Nel senso di distinguere il potere discrezionale dello Stato a seconda se si tratta di normativa di armonizzazione minimale o completa, H. SOMSEN, *Discretion in European community environmental law*, cit., p. 1426 ss. L'Autore ha sottolineato che nei casi di disciplina di armonizzazione completa la libertà degli Stati deve ritenersi ristretta nei limiti e alle condizioni previste dalla disciplina comunitaria.

(116) S. AMADEO, voce *Ambiente* cit., pp. 884-885.

(117) Sulla portata dell'obbligo di notifica previsto nella vecchia formulazione dell'art. 100 A n. 4 (ora 95 n. 4), Corte di giustizia, 17 giugno 1994, causa C-41/93, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1829 ss.; Corte di giustizia, 1 giugno 1999, causa C-319/97, *Procedimento penale a carico di Antoine Kortas*, in *Racc.*, 1999, I, p. 3142 ss. Sull'obbligo di notificare le disposizioni ambientali, ai sensi dell'attuale art. 95 n. 4 CE, analogamente a quanto stabilito dall'art. 176, P. Fois, *Il diritto ambientale*, cit., p. 87.

(118) Con riferimento all'art. 100 A n. 4 (ora art. 95 CE) si è discusso se fosse necessario il voto contrario alla misura di ravvicinamento da parte del rappresentante dello Stato interessato alla deroga. La nuova formulazione dell'articolo non prevede nulla al riguardo.

Esse difatti esprimono una particolare sensibilità verso le tematiche ambientali e i risultati scientifici e devono essere intese a risolvere problemi specifici (119). Le condizioni e i limiti del controllo comunitario sono disciplinati espressamente dall'art. 95 n. 6. Spetta alla Commissione, nel termine di sei mesi dalla notifica, prevista dai nn. 4 e 5, approvare o respingere le disposizioni nazionali, dopo aver verificato se esse costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra Stati membri e se rappresentino un ostacolo al funzionamento del mercato interno. Il Trattato prevede anche l'ipotesi del silenzio. In questo senso, nel caso di mancata decisione nel periodo indicato, le disposizioni nazionali si considerano approvate. Il termine può essere prolungato per un periodo di sei mesi al massimo, qualora si tratti di una situazione complessa e solo se non vi sia pericolo per la salute umana (120).

Nei casi in cui uno Stato sia autorizzato a mantenere o a introdurre una disposizione nazionale, la Commissione può proporre misure di adeguamento della misura di armonizzazione in modo da tenere conto delle ragioni di deroga (art. 95 n. 7). Analogamente, ai sensi del n. 8, quando uno Stato membro solleva un problema specifico di pubblica sanità in un settore armonizzato, l'esecutivo comunitario può valutare la situazione e proporre misure appropriate al Consiglio. Nell'ipotesi di uso abusivo dei poteri previsti dall'art. 95, la Commissione può portare lo Stato membro direttamente davanti alla Corte, senza necessità di emettere un parere motivato, in deroga alla procedura prevista dagli artt. 226 e 227 (art. 95 n. 9).

Venendo alla disciplina ambientale contenuta nell'art. 174 n. 2, le misure comunitarie di armonizzazione possono comportare, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che consente agli Stati di disporre, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo. La formulazione richiama la clausola di salvaguardia

---

(119) Sull'utilizzo dell'art. 95 n. 5 in materia ambientale, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., pp. 87-88.

(120) La procedura, con l'indicazione del termine, presenta analogie con la disciplina relativa al controllo degli aiuti pubblici alle imprese (art. 88 CE e Regolamento 659/99/CE del Consiglio, del 27 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in *G.U.C.E.* n. L 83 del 27 marzo 1999, p. 1), sulla procedura, O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese*, cit.

prevista dall'art. 95. In particolare, in base all'art. 95 n. 10, i provvedimenti di armonizzazione possono contenere clausole di salvaguardia a favore degli Stati membri in presenza di uno o più motivi di carattere non economico di cui all'art. 30 (121). La vicinanza tra le due disposizioni consente di attenuare le possibili divergenze portate da una scelta errata della base giuridica (122).

L'esercizio del potere di deroga ai sensi dell'art. 174 è quindi subordinato ad un'espressa autorizzazione contenuta nell'atto di armonizzazione. Sul piano delle condizioni sostanziali, la deroga deve essere necessaria per realizzare obiettivi ambientali di natura non economica. Per comprendere la portata del riferimento occorre richiamare la categoria delle esigenze imperative, la quale è stata sviluppata e precisata in tema di deroghe alle norme sulla libera circolazione di merci (123). La misura derogatoria deve avere carattere provvisorio, essa si giustifica per il tempo necessario a realizzare l'interesse pubblico prefigurato.

Una questione delicata riguarda la differenza sul piano sostanziale tra la misura adottata in base all'art. 174 e il provvedimento *ex art.* 176. Secondo un orientamento condivisibile, lo Stato può avvalersi della deroga anche per introdurre una differenziazione nella disciplina che tenga conto delle specificità locali (124) e non soltanto per adottare una misura più protettiva. Si tratta, a ben vedere, di un falso problema, dal momento che l'ampiezza della deroga ai sensi dell'art. 174 è vincolata dalla scelta espressa *a priori* nella normativa di armonizzazione.

Sul piano formale, la misura nazionale deve essere sottoposta alla forma di controllo previste dal legislatore comunitario (125).

---

(121) L'art. 95 n. 10 riproduce sostanzialmente l'art. 100 A n. 5. Sul rapporto tra questa norma e l'art. 100 n. 4 (ora art. 95 n. 4) cfr. L.S. Rossi, *Il «buon funzionamento» del mercato interno*, cit., p. 189 ss. Sull'utilizzo degli artt. 28-30 CE, in assenza di una disciplina comunitaria, cfr. P. Fois, *Il diritto ambientale*, cit., p. 88.

(122) La questione potrebbe emergere con una certa vivacità, nell'ipotesi in cui dovesse entrare in vigore il Trattato costituzionale che, come si è anticipato, ha innovato in maniera significativa la disciplina sul funzionamento del mercato interno.

(123) Cfr. *supra*, nota 4. Sulla clausola prevista dall'art. 174 n. 2, P. Fois, *Il diritto ambientale*, cit., p. 86. In giurisprudenza, sul rapporto tra i valori ambientali e la disciplina sulla libera circolazione delle merci, vedi la complessa vicenda sorta intorno al blocco dell'autostrada del Brennero, Corte di giustizia, 15 novembre 2005, causa C-320/03, *Commissione c. Austria* inedita, e i relativi provvedimenti provvisori emessi dal Presidente della Corte in data 30 luglio 2003, 2 ottobre 2003, 27 aprile 2004.

(124) S. AMADEO, voce *Ambiente*, cit., p. 878; P. PILLITU, *Art. 174*, cit., p. 665.

(125) S. AMADEO, voce *Ambiente*, cit., p. 878. L'Autore fa riferimento anche alla procedura di «comitologia», definita nella decisione 1999/468/CE del 28 giugno 1999, re-



Si può trattare di un controllo preventivo o successivo; pertanto, l'obbligo di notifica può precedere o seguire l'adozione della misura da parte delle autorità nazionali (126). La Commissione nell'ambito della procedura può adottare pareri o raccomandazioni.

#### 8. *Competenza esecutiva.*

La natura concorrente della competenza si esprime anche nella fase esecutiva in senso stretto. Ai sensi dell'art. 175 n. 4, gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale, fatta eccezione per le misure adottate direttamente dalla Comunità (127). Va tuttavia precisato che anche quando si tratta di misure comunitarie, la loro adozione avviene normalmente seguendo la procedura «comitologia» o altre procedure specifiche che prevedono la partecipazione di comitati composti da rappresentanti degli Stati, assicurando in tal modo il coinvolgimento di questi ultimi (128).

Con riguardo ai limiti del potere statale, va ancora ricordato che in base alla disciplina generale gli Stati hanno precisi obblighi di notifica delle misure legislative e amministrative alla Commissione, riservando a quest'ultima un importante ruolo di influenza e di interferenza nelle scelte tecniche operate a livello interno (129).

Ai sensi dell'art. 175 n. 5, nell'ipotesi in cui una misura adottata dalla Comunità implichi costi ritenuti sproporzionati per le pubbliche autorità di uno Stato membro, il Consiglio può stabi-

---

cante modalità per l'esercizio di competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in *G.U.C.E.* n. L 184 del 17 luglio 1999, p. 23.

(126) Cfr. a titolo esemplificativo, Direttiva 98/83/CE del Consiglio, del 3 novembre 1998, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, in *G.U.C.E.* n. L 330 del 5 dicembre 1998 p. 32, (artt. 9, 12 e 15).

(127) Questa disposizione, che esprime il « riflesso specifico della forza vincolante degli atti normativi comunitari (...) e dell'obbligo generale di cooperazione sancito dall'art. 10. », costituisce una specificità della disciplina ambientale, P. FOIS, *Il diritto ambientale*, cit., pp. 88-89.

(128) Per una ricostruzione puntuale del ruolo dei comitati nell'attuazione della politica ambientale, S. POLI, *The implementation of Community Environmental Legislation*, in A. DASHWOOD, J. SPENCER, A. WARD, C. HILLION (ed.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2000, p. 351 ss. (e ivi ampi riferimenti dottrinari). Inoltre, T. GEHRING, *Bargaining, Arguing and Functional Differentiation of Decision-making: The Role of Committees in European Environmental Process Regulation*, in C. JOERGES, E. VOS, *Eu Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Portland, 1999, p. 195 ss. Sulla procedura di comitologia (*supra* nota 125), per tutti, vedi, K. LENAERTS, A. VERHOEVEN, *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision*, in *CMLR*, 2000, p. 645 ss.

(129) Sugli obblighi procedurali degli Stati, *supra* par. 7.

lire disposizioni appropriate nella forma di deroghe temporanee (130) o di sostegno finanziario del Fondo di coesione istituito ai sensi dell'art. 161 CE (131).

In generale gli strumenti adottati dagli Stati per il finanziamento devono ispirarsi al noto principio «chi inquina paga», in conformità del quale gli operatori economici devono assumere i costi della tutela, evitando che questi siano posti a carico della collettività (132).

Gli strumenti (133) disposti dagli Stati per assicurare l'attuazione degli obiettivi di politica ambientale, che intendono ad esempio favorire il mercato dei beni e servizi considerati più ecologici, non devono creare discriminazioni tra prodotti nazionali e quelli importati (134).

Le misure di carattere fiscale, le quali possono gravare sulle emissioni, sui fruitori di servizi di smaltimento rifiuti o sui prodotti, sono viste con favore dalla Comunità, per quanto essa non sia ancora stata in grado di adottare una tassa ambientale (135).

Le tasse e gli oneri, istituiti a livello interno, devono rispettare le norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci, dei servizi e la disciplina degli aiuti pubblici a finalità ambientale (136). Gli strumenti fiscali mirano a determinare un pre-

---

(130) Es. Direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio in *G.U.C.E.* n. L 365 del 31 dicembre 1994, p. 10; \Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, in *G.U.C.E.*, n. L 327 del 22 dicembre 2000, p. 1 ss. Quest'ultima prevede un cofinanziamento comunitario per l'adempimento degli obblighi degli Stati membri in ordine alla costituzione della rete ecologica europea «Natura 2000».

(131) S. AMADEO, voce *Ambiente*, cit. pp. 174-175. Sugli strumenti utilizzabili, P. PILLITTU, *Art. 175*, cit. p. 669.

(132) Sul principio, cfr. Rapporto *Environment for Europe*. Il principio deve essere osservato anche nell'ambito delle misure di deroga, Cfr. in questo senso, Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in *G.U.C.E.* n. L 206 del 22 luglio 1992, p. 7.

(133) In dottrina sugli strumenti di finanziamento, B. BÀNDI, *Financial Instruments in Environmental Protection*, in G. WINTER (ed.), *European Environmental Law*, cit., p. 201 ss.

(134) Cfr. per un caso di discriminazione, Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa 302/86, *Bottiglie danesi*, cit. In questo caso la Corte di giustizia ha considerato discriminatorio il sistema danese che imponeva agli importatori di birra e di altre bevande soltanto contenitori riutilizzabili. In dottrina, su questo punto, R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit., p. 240.

(135) È tuttora pendente la proposta relativa all'istituzione di una tassa sulle fonti di anidride carbonica. Sull'importanza delle misure fiscali come valido strumento per affrontare i problemi ambientali, vedi Comunicazione *La politica fiscale dell'Unione europea* COM (2001) 260, pto 3.1.2.

lievo differenziato a favore dei prodotti simili ecologici. Secondo la giurisprudenza sono simili i prodotti che hanno caratteristiche analoghe e che tendono a soddisfare le medesime esigenze dei consumatori (137). La Corte ha comunque stabilito che condizioni ambientali difformi possono giustificare una differente tassazione senza generare discriminazioni (138).

In breve, la portata e l'idoneità degli strumenti statali di incentivo possono essere compresi soltanto in una visione complessa che tenga conto dei meccanismi tradizionali di controllo e delle nuove forme di autoregolamentazione promosse dalle imprese (139). In questo senso è necessario leggere in una logica di complementarità gli interventi economici rispetto alle forme di regolamentazione statali che si sviluppano a vari livelli (140).

#### 9. *Le implicazioni sul livello organizzativo (l'Agenzia europea per l'ambiente).*

La sussidiarietà ha una sua proiezione anche sull'assetto organizzativo. Negli ultimi anni si è assistito a un fiorire di agenzie a livello europeo e nazionale con compiti, missioni e nature profondamente diversi, tali da rendere difficile un tentativo di inqua-

---

(136) Cfr. *Tasse e imposte ambientali nel mercato unico*, COM (97) 9 def., Comunicazione della Commissione, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente*, in *G.U.C.E* n. C 37 del 3 febbraio 2001, p. 3. In giurisprudenza recentemente, sulla comunicazione, Tribunale di primo grado, 18 novembre 2004, causa T-176/01, *Ferriere Nord SpA sostenuta da Repubblica Italiana c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

(137) In giurisprudenza, cfr. Corte di giustizia, 26 giugno 1991, causa C-152/89, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, 1991, I, p. 3141 ss.

(138) Nel senso di rilevare che in concreto la Corte difficilmente considera giustificata la diversa tassazione, R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit. p. 240, a conforto, vedi la giurisprudenza in tema di trasporti, Corte di giustizia, 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries contro Corpo dei piloti del Porto di Genova*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1763; Corte di giustizia, 19 maggio 1992, causa C-195/90, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1992, I, p. 3141 ss.

(139) Per una lettura articolata degli strumenti, cfr. B. BÁNDI, *Financial Instruments in Environmental*, cit., p. 216. Sul ruolo delle imprese «self-regulatory» *infra*, par. 10.

(140) B. BÁNDI, *Financial Instruments in Environmental*, cit. p. 216 «market instrument need introduction by state regulation and also requires the assistance of state enforcement. Summarizing the State should set the environmental objectives; arrange the first distribution of prices and tasks, based upon the quality objectives; regulate the framework of both market instruments and their relationship to other existing devices; serve a source of public information; monitor the environmental conditions and also control the fair use of market instruments; influence the market through its own resources; punish derogation from environmental standards».

drammento (141). Esse rispondono a pluralità di esigenze, dalla necessità di ridurre il lavoro e di «decentralizzare» i compiti regolatori della Commissione all'esigenza di risolvere problemi tecnici in contesti separati dalla politica.

Il test sulla sussidiarietà, applicato al sistema organizzativo, risulta soddisfatto nella misura in cui trattandosi di settori non di competenza esclusiva, le questioni non possono essere realizzate a livello nazionale e l'obiettivo può essere meglio attuato da un'azione comunitaria attraverso la creazione di agenzie (142).

In questo panorama, nei primi anni '90, (143) è stata creata in base all'art. 130 S (ora art. 175) l'Agenzia europea dell'ambiente (144), con sede a Copenaghen (145). Il compito dell'Agenzia (146) è «di promuovere lo sviluppo sostenibile e contribuire ad un miglioramento significativo e misurabile dell'ambiente in

---

(141) Per alcune proposte di inquadramento delle agenzie, cfr. di recente, E. CHITI, *Decentralisation and Integration into the Community Administrations: a New Perspective on European Agencies*, in *ELJ* 2004, p. 402. D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies at EU and National levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, Jean Monnet Working Paper 2004/1; J. ZILLER, *L'autorité administrative dans l'Union européenne*, EUI Working Paper 2004/14. Vedi, inoltre, COMMISSIONE, *Libro Bianco, Inquadramento delle agenzie europee di regolazione*, COM (2002) 718. Per la disciplina delle agenzie esecutive, Regolamento 58/2003/CE del Consiglio, del 19 dicembre 2002, *che definisce lo statuto delle agenzie esecutive incaricate dello svolgimento di alcuni compiti relativi alla gestione dei programmi comunitari*, in *G.U.C.E.* n. L 11 del 16 gennaio 2003, p. 1 ss.

(142) In questo senso, D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies*, cit., p. 39. In generale, sull'organizzazione amministrativa comunitaria dell'ambiente, A. BONOMO, *Europa e ambiente: profili pubblicistici*, in F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, cit., p. 101 ss., spec., p. 134 ss.

(143) D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies*, cit., p. 37. L'Agenzia per l'ambiente può essere collocata nella seconda ondata del fenomeno di «*agencification*», verificatosi nei primi anni '90 e caratterizzato in termini quantitativi dal sorgere di numerose agenzie, tutte collegate sul piano «qualitativo» a una determinata politica comunitaria.

(144) Regolamento 1210/90/CEE del Consiglio, del 7 maggio 1990, *sull'istituzione dell'Agenzia europea dell'ambiente e della rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale*, in *G.U.C.E.*, n. L 120 dell'11 maggio 1990, p. 1 ss., modificato da Regolamento 933/1999/CE del 29 aprile 1999, in *G.U.C.E.* n. L 117 del 5 maggio 1999, p. 1 ss. e infine dal Regolamento 1641/2003/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2003, in *G.U.C.E.* n. L. 245 del 29 settembre 2003, p. 1 ss.

(145) L'Agenzia è divenuta operativa soltanto nel 1994, dopo la decisione sulla sede. La scelta della sede (a Copenaghen) esprime l'esigenza di decentralizzazione territoriale delle agenzie rispetto alla città di Bruxelles, ormai intesa come base il quartiere generale della burocrazia («*Brussels-based bureaucracy*»). In questo senso si esprimono, D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies*, cit. p. 42. La sede delle agenzie è stabilita in base all'art. 289 CE di intesa tra i governi degli Stati membri.

(146) Sull'Agenzia europea dell'ambiente, in dottrina, P.G.G. DAVIES, *The European Environment Agency*, in *YEL* 1994, p. 313; D.A. WESTBROOK, *Environmental Policy in the European Community Observation on the European Environment Agency*, in *Harvard Environmental Law Review*, 1991, p. 257.

Europa, «fornendo informazioni tempestive, mirate, pertinenti e attendibili ai responsabili delle politiche e all'opinione pubblica» (147). Ad essa spetta sostanzialmente il compito di coordinare le strutture esistenti, nazionali e comunitarie, deputate alla raccolta, all'elaborazione e all'analisi dei dati ambientali. Il mandato è definito in maniera ampia, prevedendo un intervento in quasi tutte le fasi del ciclo decisionale e con riguardo a tutti gli aspetti del processo di gestione delle informazioni. L'Agenzia esprime essenzialmente il suo ruolo attraverso l'identificazione dei problemi, il monitoraggio, la comunicazione dei dati e la relativa valutazione. Non esercita invece un ruolo effettivo nella elaborazione e nell'attuazione delle politiche; la definizione delle scelte strategiche e la relativa responsabilità spettano infatti in via principale alla Commissione, con la quale l'Agenzia può al massimo cooperare.

L'Agenzia ha un consiglio di amministrazione, composto da un rappresentante per ciascun Stato membro, da due rappresentanti della Commissione e da due membri designati dal Parlamento europeo tra le personalità particolarmente qualificate nel settore della protezione dell'ambiente. È diretta da un direttore esecutivo nominato dal consiglio di amministrazione, su proposta della Commissione. Il Consiglio di amministrazione e il direttore esecutivo sono assistiti da un comitato scientifico incaricato di emettere un parere nei casi previsti dal regolamento e sulle questioni scientifiche relative alle attività dell'Agenzia che gli vengano sottoposte.

Essa rappresenta l'ente di coordinamento della Rete europea di informazione e osservazione in materia ambientale (EIONET), costituita dai c.d. punti focali, centri di riferimento nazionali, punti di contatto principali e centri tematici europei individuati dagli Stati membri (e non) (148). Per la natura dei compiti, in

---

(147) Cfr. per un quadro di sintesi dell'attività svolta dall'Agenzia, Relazione della Commissione al Consiglio, *Valutazione dell'Agenzia europea dell'ambiente (AEA)*, COM (2003) 800 del 22 dicembre 2003. La relazione mette in luce che il principale utilizzatore delle informazioni dell'Agenzia è la Commissione, alla quale spetta gestire il rischio.

(148) Partecipano alla Rete anche Stati non membri (Islanda, Liechtenstein, Norvegia, Turchia) o non ancora formalmente membri (Bulgaria, Romania). Per questa ragione rappresenta la prima agenzia comunitaria paneuropea. E avendo incluso ancora prima dell'adesione i nuovi Stati, è stata considerata come «un utile precursore delle attività intraprese in campo ambientale in vista dell'allargamento del 2004». Vedi in questo

base alla classificazione proposta in dottrina e sostanzialmente condivisa dalla Commissione, l'Agenzia per l'ambiente può essere fatta rientrare nella categoria delle agenzie di «informazione» (149).

A livello interno, gli Stati hanno adottato forme organizzative complesse. Per quanto riguarda l'Italia, l'organizzazione è strutturata in una dimensione centrale e, soprattutto grazie alla riforma del titolo V della Costituzione, anche a livello locale (150). Sul punto bisogna ricordare che l'Unione favorisce e valorizza la dimensione sub-statale nell'attuazione e nella gestione della politica ambientale (151), attraverso la proposizione di formule flessibili adatte ad un sistema multilivello. In questa logica si possono ricordare i c.d. contratti tripartiti su obiettivi che la Commissione, gli Stati membri e le comunità territoriali possono concludere, in via sperimentale, proprio nel settore ambientale (152).

---

senso, Relazione della Commissione al Consiglio, *Valutazione dell'Agenzia europea dell'ambiente (AEA)* cit., p. 23. In dottrina, sulla rete, K.H. LADEUR, *New European Agencies — The European Environment Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administration*, EUI-RSCC Working Paper 96/50.

(149) Sulla funzione informativa dell'Agenzia, vedi, G. MAJONE, *The New European Agencies: Regulation by Information*, in *JEPP* 1997, p. 262. Sulla qualificazione, tra gli altri, R. DEHOUSSE, *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, Jean Monnet Working Paper 2/02, p. 9; D. GERADIN, N. PETIT, *The Development of Agencies* cit. p. 42. La stessa Commissione, nella Relazione sulla *Valutazione dell'Agenzia europea dell'ambiente*, sembra qualificare l'Agenzia per l'ambiente come agenzia di informazione.

(150) In Italia, è stata istituita anche un'agenzia per l'ambiente, in risposta ad un'esigenza organizzativa imposta dal diritto europeo. Per una puntuale descrizione dell'assetto in materia ambientale venutosi a creare dopo la riforma del titolo V della Costituzione, vedi, R. FERRARA, *L'organizzazione amministrativa dell'ambiente: i soggetti istituzionali*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2003, p. 73 ss. Sugli effetti dell'Unione europea a livello organizzativo interno vedi, tra gli altri, E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in questa *Rivista*, 2004, p. 1135 (e ivi bibliografia citata); C. FRANCHINI, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, *ibidem*, p. 1179 ss.

(151) Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (direttiva IPPC) in *G.U.C.E* n. L 257 del 10 ottobre 1996, p. 26 ss. In dottrina, sulle misure flessibili che caratterizzano la materia, cfr. J. SCOTT, *Flexibility, «Proceduralization», and Environmental Governance in the EU*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT, *Constitutional Change in the EU from uniformity to flexibility?*, Portland, 2001, p. 259 ss., spec. p. 267

(152) La flessibilità dello strumento risponde a uno degli obiettivi della politica ambientale che «mira a un elevato livello di protezione tenendo conto della diversità delle situazioni esistenti nelle singole regioni della Comunità». La Commissione ha fatto cenno ai contratti tripartiti nel *Libro bianco sulla governance*, 25 luglio 2001, COM (2001) 429. Successivamente, COMMISSIONE, *Comunicazione relativa ai contratti e alle convenzioni tripartite di obiettivi*, 11 dicembre 2002, COM (2002) 709. In dottrina, per un primo commento, N. BASSI, *I contratti e le convenzioni tripartite di obiettivi tra Comunità*,

Proprio in ragione dell'intreccio di forme e interessi eterogenei, l'ambiente può essere visto come un laboratorio interessante, nel quale vanno sperimentandosi figure nuove che passano attraverso il coinvolgimento di molteplici soggetti istituzionali, europei e nazionali, centrali e locali, per arrivare a toccare direttamente la dimensione dei privati.

10. *Ruolo dei privati e delle imprese nella « gestione » della politica ambientale.*

Le imprese sono innanzitutto destinatarie dei diritti a vario contenuto riconosciuti dal Trattato o dalle norme di diritto derivato. La posizione dei privati viene in qualche modo amplificata anche grazie ai c.d. effetti triangolari o indiretti, che sono stati attribuiti in alcuni casi alle direttive in tema ambientale (153). Oltre a queste posizioni, che in realtà non sono originali e peculiari della disciplina in esame, le imprese sono chiamate a partecipare all'elaborazione e all'attuazione della politica ambientale, attraverso attività convenzionali, di informazione e organizzative in senso lato (154).

La prima forma di partecipazione, basata essenzialmente sul consenso, si esprime negli accordi ambientali, negli organismi di standardizzazione (155) e nei codici di condotta (156). Con riferi-

---

*Stati membri e autorità regionali e locali: un tentativo di inquadramento sistematico*, in questa *Rivista*, 2003, p. 493 ss.; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 119 ss. In data 15 ottobre 2004, La Regione Lombardia, la Commissione europea e il governo italiano hanno sottoscritto la prima Convenzione tripartita (in [www.ricerchetrasporti.com](http://www.ricerchetrasporti.com)). Ai sensi dell'art. 3 «La convenzione tripartita è intesa a perfezionare, attraverso una migliore governance, l'attuazione delle politiche adottate dall'UE nei settori dell'ambiente, dei trasporti e dell'energia. Il fine è il miglioramento dell'attuazione della legislazione comunitaria; lo strumento è la *governance*.»

(153) In dottrina sull'efficacia indiretta, S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 201 ss.; con riferimento alle direttive in tema di ambiente, cfr. G. GLINSKI, P. ROTT, *Waste Incineration-Legal Protection in European Environmental Law*, in *JEL*, 2000, p. 129, spec. p. 148 ss.

(154) Per una puntuale analisi degli strumenti di autoregolazione, in dottrina, E. REHBINDER, *Self-Regulation by Industry*, in G. WINTER (ed.), *European Environmental Law*, cit., p. 239.

(155) Per una valutazione di insieme del ruolo dei comitati e degli organismi di standardizzazione nella politica ambientale, cfr. S. POLI, *The Implementation of Community Environmental Legislation*, cit., p. 381. Nell'impostazione dell'autore, i secondi dovrebbero avere un ruolo nella fase di adozione delle legislazioni tecniche, invece, i primi dovrebbero rivestire una maggiore importanza nella determinazione degli elementi tecnici di dettaglio; questi ultimi offrirebbero maggiori garanzie rispetto agli organismi privati.

(156) E. REHBINDER, *Self-Regulation by Industry*, cit., p. 256. L'Autore riporta

mento alla categoria delle intese, la dottrina ha riconosciuto che gli accordi ambientali possono stabilire sul piano formale obiettivi di politica ambientale, quali la riduzione delle emissioni, oppure comportare l'adozione di misure di attuazione di norme e di regole, anche nell'ottica di risolvere conflitti lasciati aperti dalla disciplina normativa (157). Gli accordi ambientali, così definiti, pertanto possono essere riconosciuti come momenti fondamentali destinati ad inserirsi nell'ambito delle procedure istituzionali, assolvendo ad una importante funzione di prevenzione.

L'attività di informazione si realizza nelle forme previste dalla disciplina comunitaria, ad esempio nell'ambito dei sistemi di controllo gestiti da organismi privati indipendenti (*ecoaudit*) (158) oppure nelle procedure che consentono di ottenere un marchio di qualità ecologico (*ecolabelling*) (159). Sul lato attivo, deve ancora essere ricordato che i privati godono del diritto di accesso all'informazione (160), che riveste una particolare rilevanza nel settore in esame.

---

l'esempio della Carta per lo Sviluppo sostenibile (ICC Business). La questione dei codici di condotta si collega al tema della responsabilità sociale delle imprese (*infra* nota 164).

(157) Per una classificazione delle varie categorie di accordi ambientali, E. REHBINDER, *Self-Regulation by Industry*, cit., p. 248. Vedi inoltre, nello specifico sugli accordi volontari, B. GEBERS, *The Diversity of Environmental Agreements, Co-operative Environmental Governance*, Dordrecht, 1998, p. 93 ss.; S. POLI, *Gli accordi volontari di programma nel diritto comunitario: un nuovo strumento per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, p. 391 ss.; R. GIUFFRIDA, *Evoluzione della politica ambientale comunitaria*, cit., p. 240. sul rapporto tra questi strumenti e la *soft law*, L. SENDEN, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, in *EJCL*, 2005, in <http://www.ejcl.org/91/art.91-3.html>. Questi strumenti, non inclusi nella categoria della *soft law*, sono definiti «forms of interaction between Community processes and private actors», così, E. BEST, *Alternative regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*, in *Epascope* 2003, p. 1 ss., spec., p. 3. Tra i documenti, cfr., Comunicazione della Commissione, del 27 novembre 1996, *sugli accordi in materia di ambiente* COM (96) 561 def.; successivamente Comunicazione della Commissione, *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano d'azione «Semplificare e migliorare la regolamentazione»*, COM (2002) 412 def.

(158) Regolamento 1836/93/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1993, sull'adesione volontaria delle imprese del settore industriale a un sistema comunitario di ecogestione e audit, in *G.U.C.E.* n. L 168 del 10 luglio 1993 p. 1 ss.

(159) Cfr. Regolamento 880/92/CEE del Consiglio, del 23 marzo 1992, concernente un sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, in *G.U.C.E.* n. L 99 dell'11-04-1992, p. 1 ss.

(160) Cfr. a livello normativo, sul diritto di accesso, oltre all'art. 255 CE e all'art. II-102 Trattato costituzionale, Decisione del 21 marzo 1997, relativa all'accesso del pubblico ai documenti dell'Agenzia europea dell'ambiente, in *G.U.C.E.* n. C 282 del 18 settembre 1997, p. 5 ss.; Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE, in *G.U.C.E.* n. L 41 del 14 febbraio 2003, p. 26 ss. Quest'ultima adatta le norme comunitarie in materia agli obblighi derivanti dalla partecipazione della Comunità alla Convenzione di Arhus, alla quale ha formalmente aderito soltanto recen-



Per quanto riguarda l'assetto organizzativo, le imprese sono tenute a dotarsi di strutture responsabili per la protezione ambientale. Rimanendo sul piano degli obblighi, conviene ricordare che in materia si stanno sperimentando forme di responsabilità che in altri campi faticano ad affermarsi. E così i privati vengono riconosciuti quali responsabili per i danni ambientali, per effetto di una disciplina retta dal diritto comunitario (161). Addirittura le imprese potrebbero essere considerate «responsabili» sul piano penale (162), sulla base di una previsione espressa a livello europeo.

Infine non si può trascurare una categoria di responsabilità *sui generis*. Mi riferisco alla responsabilità sociale delle imprese (163), formula con la quale si vuole intendere l'impegno volontario assunto dagli operatori economici a contribuire di propria iniziativa a migliorare la società e a rendere più pulito l'ambiente. Quest'ultimo rappresenta uno dei pilastri, insieme alle preoccupazioni sociali, sul quale le imprese sono invitate a concentrare il massimo sforzo su base spontanea nello svolgimento delle consuete attività commerciali (164). Lo schema sugger-

---

temente con Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *G.U.C.E.* n. L 124 del 17 maggio 2005, p. 1 ss. In giurisprudenza, sulla portata dei termini per l'esercizio del diritto di accesso e sugli obblighi di motivazione della amministrazione nazionale, vedi, Corte di giustizia, 21 aprile 2005, causa C-186/04, *Pierre Housieaux e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. In dottrina, R. MACRORY, S. TURNER, *Participatory Rights, Transboundary Environmental Governance and EC law*, in *CMLR* 2002, p. 489 ss.; J. EBBESSON J., *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, New York-The Hague-London, 2002; L. KRÄMER, *Access to environmental Information in an Open European Society — Directive 2003/4*, in *European Legal Studies. Research Papers in Law*, 2003, p. 2 ss.; R. CARANTA, *Interessi in cerca di soggetto: posizioni giuridiche e ambiente*, in R. FERRARA, I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati*, cit., p. 332 ss., spec., p. 363 ss.; N. BRUTTI, *Il diritto all'informazione ambientale*, Torino, 2005.

(161) Commissione, *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, COM (2000) 66 def.; Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in *G.U.C.E.* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss. Sulla responsabilità per danni all'ambiente, vedi, per tutti, il contributo di M.P. GIRACCA, *Il danno ambientale*, e il diritto comunitario, in R. FERRARA (a cura di), *Tutela dell'Ambiente*, cit.

(162) *Supra*, par. 4, nota 69.

(163) COMMISSIONE, *Libro verde, Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001) 366. In dottrina, per un primo commento, F. SCIAUDONE, *Iniziative comunitarie in tema di responsabilità sociale delle imprese: prime riflessioni*, in *DPCE* 2003, p. 1419 ss.

(164) Nel *Libro verde, Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* (pto 2.1.4.) la Commissione ha affermato che «una riduzione del consumo delle risorse o delle emissioni inquinanti e dei rifiuti può comportare una diminuzione

rito dovrebbe servire a condizionare pesantemente la condotta dei soggetti economici, soprattutto quando sono chiamati ad operare fuori dal continente europeo e, in generale, negli Stati con scarse tradizioni ecologiche.

Non è la sede per approfondire la portata degli elementi fin qui rappresentati. In una formulazione sintetica mi limito ad osservare che essi riflettono l'esigenza di sperimentare iniziative e strategie in grado di svilupparsi fuori dai percorsi classici normativi e nell'ottica di assicurare l'effettiva attuazione dei principi riconosciuti a livello costituzionale.

#### 11. *Considerazioni conclusive.*

Il quadro descritto consente di sviluppare alcune considerazioni conclusive intorno alle categorie e ai principi (165), tradizionali e innovativi, che sono stati individuati nelle varie direzioni prese in esame.

Nella dimensione verticale, il rapporto tra Stati e Unione è improntato a una logica di flessibilità che si traduce essenzialmente nella discrezionalità lasciata agli Stati, la quale a sua volta varia a seconda della base giuridica adottata per realizzare le esigenze ambientali e delle procedure di bilanciamento racchiuse nelle strutture normative privilegiate in materia (*BAT, BATNEEC e BEP*) (166).

Va tuttavia ricordato che, normalmente, il potere discrezionale è controbilanciato da importanti oneri procedurali che gravano sugli Stati nei confronti dell'Unione. I vincoli appaiono particolarmente marcati nella disciplina adottata sulla base dell'art. 95. A questo riguardo, vale forse la pena di osservare che il Trattato costituzionale pare mutare i termini del discorso nella misura

---

delle ripercussioni sull'ambiente. Tale strategia può recare vantaggi all'impresa riducendo la sua fattura energetica e le spese di eliminazione dei rifiuti abbassando le spese di materie prime e di misure contro l'inquinamento». A questo riguardo la Commissione ricorda l'esperienza della Politica integrata dei Prodotti (PIP), quale buon esempio di approccio che autorizza una collaborazione tra pubblici poteri e imprese. Per questa ragione, la Commissione considera la politica integrata dei prodotti (PIP) come un quadro solido di riferimento per la promozione della responsabilità sociale delle imprese. Sulla politica integrata, vedi, recentemente, R. MALCOLM, *Integrated Product Policy — a New Regulatory Paradigm for a Consumer Society?*, in *ELR*, 2005, p. 134 ss.

(165) A. LENSCHOW, *New Regulatory Approaches in «Greening» Eu Policies*, cit., p. 19 ss.

(166) Cfr. *supra*, par. 7. Sulle varie forme nelle quali si può esprimere la flessibilità in materia, J. SCOTT, *Flexibility, «Proceduralization» and Environmental Governance in the EU*, cit. p. 266.

in cui, per quanto è stato esposto in precedenza, tende a ridurre gli spazi di intervento discrezionale consentiti agli Stati nelle ipotesi di disciplina europea di armonizzazione, lasciando così intravedere il rischio di soluzioni che tendono verso una tutela minima al costo di una minore flessibilità.

Ancora con riferimento al rapporto tra Stati e Unione, la necessità di coniugare l'allargamento con le esigenze del progresso ambientale e, nello stesso tempo, l'interesse ad attenuare il rischio di un livellamento verso il basso della normativa di armonizzazione (167), potrebbero indurre a valorizzare in materia lo strumento della cooperazione rafforzata (168). Questo meccanismo consente a un gruppo di Stati, almeno otto, di instaurare forme di cooperazione, le quali non siano condivise da tutti i membri, per realizzare, nel quadro istituzionale previsto dai Trattati, obiettivi dell'Unione non altrimenti raggiungibili, sempre se essi non siano riferibili ad una competenza esclusiva dell'Unione (169). Nello spirito di consentire un ampio utilizzo della cooperazione rafforzata, successivamente all'allargamento, il Trattato di Nizza ha modificato la disciplina in uno dei punti che avrebbe potuto costituire un limite, eliminando il diritto di veto. Un'altra modifica introdotta a Nizza prevede che gli Stati partecipanti e la Commissione debbano cercare di favorire la più ampia partecipazione degli Stati (170). Le misure adottate a titolo di cooperazione rafforzata non vengono a far parte dell'*acquis communautaire* e la precisazione è importante, in quanto esime i nuovi Stati dall'obbligo di recepirle.

Il meccanismo descritto potrebbe consentire la realizzazione di un'Europa ambientale a più velocità, diversificando ancora i livelli che la dottrina ha già individuato in relazione al margine di

---

(167) In questo senso, cfr. K. INGLIS, *Enlargement and the Environment Acquis* cit., pp. 147-140: «Accession has limited the possibility for qualitative improvements in their environments and serves to keep the status quo at the lowest common denominator at Community level».

(168) M. SOVEROSKI, *EC Enlargement and the Development of European Environmental Policy: Parallel histories, Divergent Paths?*, cit., p. 133 ss.

(169) Artt. 43-45 UE e artt. 11-11A CE. In dottrina sulla cooperazione rafforzata, vedi, tra gli altri, G. GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, in *CMLR* 1998, p. 869 ss.; A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in A. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, p. 49 ss.

(170) Interessante è la questione sollevata al riguardo da M. SOVEROSKI, *EC Enlargement and the Development of European Environmental Policy: Parallel histories, Divergent Paths?*, cit., p. 133, «the encouragement required be deemed to include financial assistance or other support for participation?».

flessibilità offerto dalle disposizioni del Trattato volte all'armonizzazione (artt. 175-176)(171).

Passando a considerare la dimensione orizzontale, la gestione della politica ambientale si ispira a una logica di stretta cooperazione e di intensa partecipazione da parte dei vari protagonisti pubblici e privati, quali le agenzie, gli enti territoriali e le imprese(172). In forma diversa, tutti i soggetti indicati sono chiamati a contribuire all'attuazione della normativa e a svolgere un ruolo di raccolta e di diffusione delle informazioni(173).

Su questo punto il dibattito è vivace; la dottrina ha prospettato la necessità di affiancare al classico sistema di controllo, basato sui tradizionali apparati legislativi ed esecutivo, un modello a rete nella forma del «*network management*»(174). Questa forma di controllo interattivo consentirebbe di coniugare sinergicamente gli interessi economici con quelli ambientali e di coinvolgere diversi gruppi(175), riuscendo così a superare la tradizionale distinzione tra elaborazione e attuazione della politica. La partecipazione di attori non istituzionali dovrebbe interessare soltanto

---

(171) La prima velocità sarebbe data dagli *standards* europei (art. 175), l'altra sarebbe raggiunta attraverso le misure interne più rigorose (art. 176, *supra*, par. 2). In questi termini si esprime, M. SOVEROSKI, *EC Enlargement and the Development of European Environmental Policy: Parallel histories, Divergent Paths?*, cit., p. 133. Sulle espressioni di flessibilità che possono manifestarsi anche nei settori centrali del mercato interno, vedi, G. DE BÚRCA, *Differentiation within the Core: The Case of the Common Market*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT, *Constitutional Change in the EU from Uniformity to Flexibility?*, cit., p. 133 ss.

(172) J. SCOTT, *Flexibility, «Proceduralization», and Environmental Governance in the EU* cit., pp. 270-271. Tra gli strumenti della flessibilità va anche ricordato il c.d. metodo aperto di coordinamento, il cui utilizzo è auspicato ampiamente nel settore ambientale. Cfr. in dottrina, A. KRAMER, A. KLASSING, I. HOMEYER, *The EU Open Method of Co-ordination: Risks & Chances for Environmental policy*; D.M. TRUBEK., L.G. TRUBEK, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *ELJ*, 2005, p. 343 ss.

(173) Sulle forme di flessibilità, E. PHILIPPART, M. SIE DHIAN HO, *From Uniformity to Flexibility. The Management of Diversity and its Impact on the EU System of Governance*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT, *Constitutional Change in the EU from Uniformity to Flexibility?*, cit., p. 299 ss. (e ivi bibliografia citata). Con specifico riferimento all'ambiente, K.H. LADEUR, *Flexibility and «Co-operative law»: The Co-ordination of European Member States» laws — the Example of Environmental Law*, *ibidem*, p. 280 ss., spec., p. 282.

(174) In questi termini cfr. P. GLASBERGEN, *From Regulatory Control to Network Management*, in G. WINTER (ed.), *European Environmental Law*, cit., p. 185 ss., spec. p. 198 ss. Sul modello del «*network*», la dottrina è ormai abbondante, si rinvia per tutti a S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, p. 21 (e ivi bibliografia citata).

(175) P. GLASBERGEN, *From Regulatory Control to Network Management*, cit., p. 199. L'Autore ha inoltre considerato che l'approccio «is process-oriented. Policy making is viewed as a goal-seeking process. The actors involved in such process bring their disparate interests to the table».

i soggetti che siano effettivamente in grado di contribuire al processo (176). A questo proposito sono condivisibili le preoccupazioni espresse in dottrina nel senso che le nuove forme di *governance* (177) non devono, in ogni caso, offuscare l'identificazione di un «*master of procedure*» e, quindi, di una sede politicamente responsabile (178). Da qui l'importanza di stabilire una corretta relazione tra le forme classiche e il sistema di *network management* (179).

In questo panorama, l'istituzione giudiziaria è destinata a mantenere un ruolo di congiuntura tra «vecchie» e «nuove» forme di controllo, essendo in grado di esprimersi a tutti i livelli e in tutte le direzioni.

Nei confronti degli Stati, la Corte di Lussemburgo può esercitare un controllo significativo. Per comprenderne la portata è sufficiente richiamare la giurisprudenza sulla sussidiarietà ma soprattutto lo sforzo realizzato in sede di procedura per infrazione (180). Non è un caso, difatti, che proprio in tema di ambiente siano state pronunciate le prime sentenze di condanna al pagamento di una somma pecuniaria ai sensi dell'art. 228 CE, per omessa esecuzione di una precedente sentenza (181).

---

(176) P. GLASBERGEN, *From Regulatory Control to network management*, cit., p. 199 «all parties have to abide by outcomes. Their commitment to the selected approach is formalized in covenants».

(177) Sulla nozione di *governance europea*, cfr. *Libro bianco sulla governance*, 25 luglio 2001 COM (2001) 429; e successivamente, COMMISSIONE, *Relazione sulla Governance europea*, 11 dicembre 2002, COM (2002) 705; COMMISSIONE, *Comunicazione. Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, 11 dicembre 2002 COM (2002) 704 (per alcuni commenti del libro bianco, cfr. gli atti del *Symposium: Mountain or Molehill? A critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper, 6/01); PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sul Libro bianco della Commissione. La governance europea*, A5-0399/2001; COMMISSIONE, *Dialogo con le associazioni degli enti territoriali sull'elaborazione delle politiche dell'Unione europea*, 19 dicembre 2003, COM (2003) 811. Ancora, recentemente, COMMISSIONE, *Report on European Governance (2003-2004)*, SEC (2004) 115.

(178) In questi termini, cfr. A. LENSCHOW, *New Regulatory Approaches in «Greening» Eu Policies*, cit., pp. 34-35. Sulla *governance ambientale*, di recente, vedi, M.A. HELDEWEG, *Towards Good Environmental Governance in Europe*, in *ELR*, 2005, p. 2 ss.

(179) P. GLASBERGEN, *From Regulatory Control to Network Management*, cit., p. 200.

(180) Cfr. *Leading Case of European Court of Justice, EC Environmental Law*; COMMISSION, *Fifth Annual Survey on the Implementation and Enforcement of Community Environmental Law 2003*, Bruxelles, 2004.

(181) Corte di giustizia, 4 luglio 2000, causa C-387/97, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, 2000, I, p. 5047 e Corte di giustizia, 25 novembre 2003, causa C-278/01, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, 2003, I, p. 14141 ss. Nella prima vicenda, l'inadempimento ac-

In senso orizzontale la tendenza a incidere sui rapporti tra singoli si manifesta in un altro dato giurisprudenziale importante. Con riferimento alla normativa in tema ambientale, la Corte ha ammesso l'amplificazione dell'efficacia delle direttive, consentendo a queste ultime la produzione di effetti indiretti che oltrepassino di fatto il limite della verticalità (182). In conclusione va ancora enfatizzato il ruolo che il giudice comunitario è in grado di assumere come giudice dei diritti in relazione alla tutela del valore ambientale, al di là della distinzione tra diritto o principio, in una prospettiva di integrazione piena che, superando la dimensione statale, arrivi a qualificare il contenuto della posizione dei singoli.

Infine, non va ignorato che un efficace sistema giudiziario può assolvere anche ad un'importante funzione di «deterrente», finendo in questo modo per completare — e non contraddire — il quadro degli strumenti tradizionali e alternativi, descritti nelle pagine precedenti, destinati a soddisfare quell'esigenza di prevenzione che nella materia in esame deve ritenersi prevalente.

---

certato con la sentenza riguardava il mancato recepimento delle direttive sui rifiuti (75/442/CEE e 78/319/CEE); nella seconda si trattava della direttiva sulla qualità delle acque di balneazione (direttiva 76/160/CEE). In dottrina sulla procedura per infrazione e, in particolare, nell'ipotesi di doppia condanna, vedi, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 285 ss. (e bibliografia citata).

(182) In giurisprudenza, da ultimo, Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, in *Racc.*, 2004, I, p. 723 (Conclusioni dell'Avvocato generale Léger, 25 settembre 2003). Il caso era sorto intorno agli effetti della direttiva VIA. Sui riferimenti dottrinari, vedi, *supra*, nota 153.



NICOLA BASSI

**I SERVIZI PUBBLICI COMUNITARI: LA LORO RECENTE COMPARSA, I LORO PRIMI SVILUPPI(1)**

SOMMARIO: 1. I diversi modelli dell'amministrazione comunitaria fra tradizione e innovazione. — 2. Servizi pubblici, principio di sussidiarietà e ruolo delle istituzioni comunitarie. — 3. Verso un'ulteriore trasformazione del modello amministrativo comunitario: il programma Galileo e il dominio Internet di primo livello .eu. — 4. Il programma Galileo: le caratteristiche del servizio. — 5. *Segue*: il problema della disponibilità delle frequenze satellitari. — 6. *Segue*: l'organizzazione del servizio. — 7. Il dominio di primo livello .eu: il governo mondiale di Internet. — 8. *Segue*: l'intervento della Comunità. — 9. Considerazioni di sintesi sul programma Galileo e sul dominio Internet di primo livello .eu. — 10. La diffusione del nuovo modello fra conferme e (apparenti) eccezioni: il servizio europeo di telepedaggio, i Registri ambientali, l'evoluzione della rete EURES e il lancio del programma IDACB. — 11. Per concludere.

1. *I diversi modelli dell'amministrazione comunitaria fra tradizione e innovazione.*

Il sistema istituzionale comunitario è soggetto a un processo di evoluzione in continuo divenire ed è sostanzialmente impossibile, in un dato momento storico, affermare con sicurezza quale sia il modello dominante: il discorso vale di per sé per l'intera struttura europea (basti pensare ai rapporti di forza, sempre mutevoli, fra il Parlamento, il Consiglio e la Commissione), ma certamente assume una particolare pregnanza quando si tratta delle relazioni intercorrenti fra la Comunità e

---

(1) Si avverte sin d'ora il lettore che le tematiche trattate in questo scritto coinvolgono in massima parte questioni di portata internazionale, sulle quali la letteratura specialistica è, a livello mondiale, pressoché sterminata: per cercare di contenere in dimensioni accettabili l'apparato delle note e per facilitare altresì il reperimento, per chi ne fosse interessato, della bibliografia richiamata, si è quindi preferito limitare i riferimenti, salve talune eccezioni, ai soli contributi in lingua italiana. Quando si è reputato indispensabile citare scritti in lingua straniera si è cercato nei limiti del possibile, sempre nell'ottica di agevolarne la ricerca, di privilegiare quelli reperibili in Internet.



gli Stati membri, specialmente sotto il profilo dei nessi fra i loro apparati amministrativi e le modalità di esercizio delle rispettive competenze (2).

L'argomento è molto conosciuto e anche in tempi recenti è stato oggetto di studi monografici approfonditi (3): sembra quindi sufficiente richiamarne solo alcuni aspetti, nella misura in cui possano tornare utili al tema che si vuole affrontare in questa sede.

Il modello tradizionale dei rapporti fra istituzioni comunitarie e poteri statali, storicamente affermatosi con maggiore frequenza, è quello della c.d. amministrazione indiretta, incentrato sul principio per cui sono gli apparati nazionali a dover agire, dovendosi limitare gli organismi europei a impartire loro le regole e i criteri da osservare (4). In questo modello, naturalmente, si avverte fortissima la propensione degli Stati membri a conservare nelle proprie mani, il più intatto possibile, il cuore della loro sovranità, la funzione esecutiva: qui, dunque, a un apparato europeo scarso quanto a dimensioni e debole quanto a poteri corrispondono tante amministrazioni nazionali, la cui consistenza quantitativa e la cui capacità decisionale, anche se attenuate rispetto al passato, permettono comunque agli Stati membri di mantenere saldamente il controllo della fase attuativa delle indicazioni operative di provenienza comunitaria.

Questo schema organizzativo, pur essendo tuttora forse il più diffuso, si è venuto con il tempo evolvendo nella direzione

---

(2) In argomento appare doveroso il rinvio all'affresco offerto da S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2002, p. 291 ss. Dello stesso Autore si ricorda anche *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 35 ss. Di rilievo è anche l'apporto di G. VILELLA, *L'Administration supranationale dans son contexte économique. Le cas européen*, Bologna, Clueb, 1998.

(3) Si vedano, soprattutto, E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, nonché F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004. Si legga anche C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 651 ss. Fra gli scritti manualistici obbligatoria naturalmente è la citazione di M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 133 ss. (dello stesso Autore si veda anche *Forms of European Administrative Action*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2004, n. 68, p. 37 ss.), nonché di E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997.

(4) Espressione principale di questo modello è la direttiva, che, almeno teoricamente, deve limitarsi a indicare agli Stati membri l'obiettivo da raggiungere, «salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» (art. 249 del Trattato CE; la direttiva viene denominata legge quadro nell'art. I-33 del Trattato costituzionale).

della c.d. coamministrazione(5). In tale secondo modello, pur nelle diversità delle sue applicazioni concrete, il momento del concreto esercizio del potere amministrativo finalizzato all'esecuzione delle politiche comunitarie non è più prerogativa esclusiva delle amministrazioni nazionali, perché alle istituzioni europee viene assegnato un qualche ruolo nel procedimento (si può trattare, a seconda dei casi, del potere di assumere decisioni prepedeutiche all'adozione successiva, da parte dell'organo statale, dell'atto conclusivo; della titolarità di una funzione di controllo sulle determinazioni formulate a livello nazionale, da esplicarsi attraverso una loro approvazione, esplicita o tacita; della necessità che l'organo comunitario e quello nazionale raggiungano un accordo formale sulla misura provvedimento da adottare; ecc.).

Per quanto basato su precedenti che risalgono alle origini dell'esperienza comunitaria (ci si riferisce alla competenza della Commissione sugli aiuti di Stato, sulle intese restrittive della concorrenza e sugli abusi di posizione dominante(6)), poi, è sempre più frequente nella normativa europea il ricorso a un terzo modello, quello dell'amministrazione diretta(7). Anche in questo caso le varianti sono innumerevoli (soprattutto sotto il profilo organizzativo: si considerino il ruolo crescente delle Agenzie e la diversa composizione dei loro organi di vertice(8)): vi è tuttavia un elemento comune, costituito dal fatto che il provvedimento finale di attuazione delle previsioni normative europee, come tale capace di produrre immediati effetti verso i terzi, è assunto dall'organo comunitario come espressione di una competenza propria e

---

(5) In argomento si legga C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, Cedam, 1992.

(6) I poteri della Commissione in materia di concorrenza sono ora organicamente disciplinati dal regolamento CE n. 1 del 2003; a quelli in tema di aiuti di Stato è dedicato invece il regolamento CE n. 659 del 1999.

(7) E esso trova un momento di manifestazione assai significativo nel governo della moneta e nei poteri al riguardo spettanti alla Banca centrale europea (per la quale si rinvia ad A. MALATESTA, *La Banca centrale europea. Gli aspetti istituzionali della banca centrale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003) in forza degli artt. 105 ss. del Trattato CE (si vedano ora l'art. I-30 e gli artt. III-185 ss. del Trattato costituzionale).

Un altro esempio importante è rappresentato dalla disciplina sull'immissione in commercio dei farmaci: per la maggior parte dei medicinali, la competenza al rilascio dell'autorizzazione spetta alle autorità nazionali; per alcuni tipi di prodotti farmaceutici, tuttavia, vige un regime diverso (dettato dal regolamento CE n. 726 del 2004), incentrato su un'autorizzazione, valida per l'intero territorio comunitario, rilasciata direttamente dalla Commissione (art. 10).

(8) Il tema è stato recentemente trattato da E. CHITI, *Le Agenzie europee. Unità e decentramento nelle Amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002.

le amministrazioni nazionali, nei casi in cui ne sia previsto l'intervento, si vedono relegate in un ruolo secondario, di semplice ausilio collaborativo alla formazione di decisioni oramai fuoriuscite dalle loro attribuzioni.

2. *Servizi pubblici, principio di sussidiarietà e ruolo delle istituzioni comunitarie.*

I modelli possibili ed esistenti, come si è visto, sono tanti e, come si è parimenti osservato, essi tendono a coesistere e a sovrapporsi (alcune strutture, peraltro, come per esempio i comitati, sono comuni a tutti i modelli (9)), dando vita a un tessuto organizzativo non sempre facilmente decifrabile.

Quel che ad ogni modo sembra rappresentare un profilo di relativa omogeneità in tutte le ipotesi che si sono esaminate è che si tratta sempre di meccanismi organizzativi posti al servizio di funzioni amministrative di regolazione in senso lato (o di ordine, se si preferisce (10)): funzioni, quindi, destinate a esprimersi in provvedimenti di natura autoritativa, operanti nel mondo del diritto e quindi necessitanti per definizione di una successiva attività di esecuzione pratica (da parte degli Stati membri, dei loro apparati burocratici o direttamente dei soggetti privati destinatari: sono distinzioni che qui non rilevano) al fine di apportare le modifiche concrete da essi delineate.

È invece mancata, almeno fino a tempi recenti, un'amministrazione comunitaria di prestazione, volta cioè (secondo uno dei paradigmi istituzionali dotati di maggiore forza caratterizzante, anche dal punto di vista evocativo, dello Stato sociale del XX secolo) a erogare prestazioni materiali finalizzate a corrispondere a bisogni della collettività considerati meritevoli di trovare comunque soddisfacimento, anche, se del caso, attraverso un intervento diretto dell'apparato pubblico: proprio nel settore dei servizi pubblici (11),

---

(9) Dei comitati si è occupato da ultimo M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, Giuffrè, 2005.

(10) Per la distinzione fra funzioni di ordine e funzioni di benessere ci si attiene alla ripartizione cui è improntato S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Tomo I. Le funzioni di ordine. Le funzioni del benessere*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2003.

(11) Sembra opportuno precisare, a scanso di equivoci, che per servizio pubblico s'intende in questa sede un'attività che, indipendentemente dal fatto che sia svolta direttamente da una pubblica amministrazione oppure da un soggetto terzo dietro incarico e

del resto, è tuttora molto forte, forse più che altrove, la logica della sussidiarietà (12). L'idea di fondo, in buona sostanza, è che i servizi pubblici, in quanto funzionali all'appagamento dei bisogni (qualificati come) essenziali dei cittadini, non possano che essere organizzati a livello di singoli Stati membri (13), i quali, per un verso, si ritengono essere i poteri pubblici più prossimi agli utenti, e quindi

---

sotto la supervisione della prima, sia diretta all'erogazione di prestazioni materiali destinate alla collettività e finalizzate ad appagare i suoi bisogni ritenuti dall'ordinamento meritevoli di soddisfacimento: la nozione assunta a premessa dell'intero ragionamento condotto, quindi, coincide per molti versi con quella comunitaria di servizio di interesse generale, mentre si discosta da quella organica propria della tradizione francese (secondo cui è servizio pubblico ogni attività, imputabile a un apparato amministrativo, che sia preordinata al perseguimento di un interesse pubblico, si concretizzi essa in atti ovvero in prestazioni).

Un'interessante e completa panoramica sulle definizioni di servizio pubblico presenti in molti ordinamenti di Stati membri della Comunità è reperibile in F. MODERNE e G. MARCOU, a cura di, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européen*, Parigi, L'Harmattan, 2001.

Con più specifico (ancorché non esclusivo) riferimento all'ordinamento italiano si vedano, fra i più recenti: N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, Monduzzi, 2001, p. 923 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2003; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 95 ss.; G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, relazione al Convegno *Dieci anni di riforme amministrative* tenutosi a Roma il 27 maggio 2004, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, n. 7, p. 804 ss.; A. MASSERA, a cura di, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Edizioni Plus, 2004; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 327 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006.

(12) Del principio di sussidiarietà si sono occupati, fra gli altri: M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative della integrazione europea*, in questa *Rivista*, 1992, p. 1175 ss.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'articolo 3 B del Trattato sull'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 1993, p. 375 ss.; P. CARRETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 7 ss.; J. SCHWARZE, *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of federal States*, in questa *Rivista*, 1995, p. 713 ss.; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.; Centre for economic polity research, *La distribuzione dei poteri nell'Unione Europea. Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 1995; J.M. AREILZA CARVAJAL, *El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 45, 1995, p. 53 ss.; D.U. GALETTA e D. KROEGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di «necessarietà» ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in questa *Rivista*, 1998, p. 905 ss.; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 1998; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

(13) Intesi naturalmente in senso lato: la nozione comprende dunque anche la articolazioni territoriali competenti in virtù delle regole nazionali di ripartizione delle attribuzioni.

meglio in grado di interpretarne le domande, e, per l'altro, intendono difendere con grande gelosia il controllo sulle dimensioni quantitative e qualitative dei bilanci pubblici, snodo particolarmente importante in un ambito (come appunto quello dei servizi pubblici) in cui la consistenza dell'offerta dipende in primo luogo dall'entità delle risorse finanziarie messe a disposizione.

Un riflesso di tale impostazione è distintamente percepibile nello stesso Trattato CE, laddove, quando è affrontato direttamente l'argomento (art. 16(14)), le formulazioni utilizzate non sarebbero potute essere più prudenti («in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale ..., la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti»)(15). Non dissimile è la cautela che contraddistingue sul punto la Carta di Nizza(16), che non è andata più in là della vaga affermazione (art. 36) secondo cui «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

È agevole desumere, dal modo con cui le due clausole sono state scritte(17), la volontà degli Stati di non spingersi troppo oltre nel riconoscimento di un ruolo comunitario realmente sostan-

---

(14) Commentato da A. LANG in F. POCAR, (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 133. Le diverse interpretazioni dell'art. 16 del Trattato Ce comparse nella letteratura specialistica sono riportate in M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza*, cit.

L'art. 16 del Trattato CE deve essere naturalmente letto in combinazione con il successivo art. 86, ove è sancito che anche le imprese cui siano affidati servizi di interesse economico generale devono rispettare le ordinarie regole di concorrenza, salvo che una deroga si renda necessaria al fine di consentire loro di dare seguito in misura adeguata alla missione assegnata, e che le Commissione può al riguardo indirizzare agli Stati membri le direttive e decisioni ritenute opportune.

(15) Sulla portata dell'art. 16 del Trattato CE si avrà comunque modo di parlare ancora al termine di questo scritto.

(16) Si prescinde in questa sede, per quanto riguarda specificamente la Carta di Nizza, dal problema della sua effettiva natura giuridica.

(17) Le due previsioni sono state riprodotte, quasi alla lettera, negli artt. II-96 e III-122 del Trattato costituzionale: merita di essere evidenziato che l'ultima disposizione ribadisce l'appannaggio esclusivo degli Stati per quel che riguarda la fornitura, l'esecuzione e il finanziamento dei servizi, limitando la competenza dell'Unione alla fissazione dei principi e delle condizioni, segnatamente economiche e finanziarie, regolanti la loro erogazione.

zioso nelle decisioni politiche di base (diverse, beninteso, da quelle dirette a smantellare i monopoli pubblici e a estendere la sfera di applicazione delle regole di concorrenza) concernenti i servizi pubblici: non casuale sembra quindi il silenzio delle disposizioni sull'eventualità che sia direttamente la Comunità a farsi carico dell'organizzazione di servizi pubblici di carattere sovranazionale.

Un maggiore coraggio, peraltro, non ha animato neppure la Commissione nella stesura degli ormai numerosi documenti che hanno trattato di questioni in qualche modo legate ai servizi pubblici e che, a ben vedere, non sono mai riusciti a distaccarsi completamente dal retroterra, rappresentato dalla disciplina sulla promozione e sulla tutela della concorrenza fra le imprese operanti nel settore dei servizi di interesse economico generale (art. 86 del Trattato Ce), che costituisce come è noto il presupposto della competenza comunitaria nella materia (18).

Due dei più rilevanti fra questi documenti (si allude al Libro verde e al Libro bianco sui servizi di interesse generale (19)) sono anzi interamente, e verrebbe da aggiungere intimamente, coerenti al postulato che si è descritto, rimarcando a più riprese la responsabilità primaria degli Stati membri nella scelta di quali servizi pubblici assicurare e con quali caratteristiche, contestualmente limitando la funzione della Comunità a una regolazione esterna, di matrice pro-concorrenziale, delle condizioni di loro erogazione (20).

È presumibilmente da ricondurre alla medesima spiegazione il fatto che le istituzioni comunitarie siano giunte solo in tempi

---

(18) Sulle implicazioni derivanti da questa premessa si legga F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 39 ss.

(19) Il primo reca la data del 21 maggio 2003 e il codice identificativo COM(2003)270; il secondo è del 12 maggio 2004 ed è contraddistinto dal codice COM(2004)374. Il loro contenuto è stato commentato da G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, relazione al Convegno *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni* tenutosi a Firenze il 28 gennaio 2005, pubblicato in Internet all'indirizzo [www.iisa.it](http://www.iisa.it).

(20) Appare sintomatico il fatto che anche i più attenti contributi manualistici, ove pure qualche spazio è dedicato agli interventi comunitari nell'ambito delle funzioni di prestazione, finiscano poi per limitarne l'impatto alla sottoposizione dei servizi pubblici gestiti a livello nazionale alle regole europee di concorrenza (così, per esempio, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 243 ss.).

Sulla regolazione delle attività economiche si veda A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000. Sulla funzione pro-concorrenziale della regolazione in taluni settori di pubblica utilità si legge invece E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale*, cit.

recenti alla definizione di una nozione essenziale per il funzionamento dei servizi pubblici, quale quella di concessione: ed è altamente significativo che, in quella circostanza (ci si riferisce alla comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (21)), gli argomenti utilizzati siano rimasti ancorati a una visione puramente economica del fenomeno (la differenza fra appalti e concessioni è stata in definitiva identificata nell'incidenza del rischio di impresa, che nel primo caso grava sulla stazione appaltante, nel secondo sull'erogatore del servizio (22)), trascurando invece pressoché completamente i suoi risvolti di natura più prettamente sociale.

Con questo, si badi, non si vuole certo affermare che non vi siano esempi, anche importanti, di operazioni amministrative, poste in essere dalle istituzioni comunitarie, connotate da un intento non meramente regolatorio: è sufficiente, in questo senso, il riferimento ai finanziamenti erogati a carico dei fondi strutturali (23) allo scopo di promuovere la coesione economica e sociale fra le diverse aree regionali europee (24).

Senonché questi interventi si sono in definitiva quasi sempre mantenuti entro i confini di una relazione finanziaria fra la Comunità, da una parte, e gli enti pubblici o privati promotori di iniziative considerate di interesse europeo, dall'altra, senza pertanto acquisire una fisionomia più spiccatamente orientata nella direzione di una presenza operativa non mediata delle istituzioni comunitarie nella realtà sociale.

Un'impostazione di questo tipo, d'altro canto, è stata seguita anche nei settori in cui più forte dovrebbe avvertirsi l'esigenza di un'assunzione di responsabilità in prima persona da parte della Comunità, a causa della rilevanza oggettivamente sovranazionale degli interessi perseguiti e dell'importanza decisiva degli interventi da realizzare rispetto alle priorità (che le stesse istituzioni europee hanno contribuito a individuare) in tema di sviluppo economico: è il caso, soprattutto, delle grandi infrastrutture a rete, ove, ancora una volta, il ruolo della Comunità è principalmente circo-

---

(21) Pubblicata sulla *G.U.C.E.* n. C 121 del 29 aprile 2000.

(22) La nozione è stata poi accolta nelle direttive sugli appalti pubblici n. 17 (art. 1, comma 3, lett *b*) e n. 18 (art. 1, comma 4) del 2004.

(23) La cui disciplina è dettata dal regolamento CE n. 1260 del 1999.

(24) Artt. 158 ss. del Trattato CE (artt. III-220 ss. del Trattato costituzionale).

scritto al concorso finanziario all'esecuzione di opere e azioni realizzate a cura degli Stati membri (25).

Hanno trovato spazio in questo particolare settore, è vero, anche iniziative comunitarie di spessore almeno apparentemente maggiore, volte in particolare a favorire la cooperazione fra i gestori delle reti nazionali al fine di promuoverne l'interoperabilità.

Ciò si è verificato, per esempio, nell'ambito del coordinamento dei sistemi ferroviari nazionali (sia ad alta velocità, sia convenzionali (26)) in vista della creazione progressiva di un sistema ferroviario unico transeuropeo, attraverso, da un lato, l'introduzione di regole preordinate ad armonizzare le condizioni tecniche di costruzione e conduzione delle reti e del materiale rotabile e, dall'altro, l'istituzione di un organismo comune (l'Agenzia ferroviaria europea, operante sotto l'egida della Commissione (27)) investita del compito di elaborare in materia *standards* minimi omogenei, da approvare poi da parte della stessa Commissione (28).

Non molto dissimili sono anche i criteri in conformità ai quali si è proceduto all'istituzione del c.d. «cielo unico euro-

---

(25) Il finanziamento comunitario degli interventi degli Stati membri nel settore delle reti infrastrutturali è disciplinato dal regolamento CE n. 2236 del 1995, che prevede l'approvazione in sede europea di un elenco di interventi prioritari, cui può essere concesso il contributo economico della Comunità.

Gli «orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti» sono stati approvati con decisione CE n. 1692 del 1996, successivamente più volte emendata. La realizzazione delle opere ivi ipotizzate, però, rimane di competenza degli Stati membri, anche quando si tratti di infrastrutture di dimensioni sovranazionali. Può essere citato in questo senso il caso del famoso (e, per taluni, famigerato) «Corridoio 5»: di esso farà parte anche il collegamento ferroviario Torino-Lione, la cui progettazione e realizzazione sono state regolate dal trattato italo-francese di Torino del 29 gennaio 2001 (la cui ratifica italiana è stata autorizzata con legge n. 228 del 2002).

(26) Direttiva CE n. 48 del 1996 per il sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità e direttiva CE n. 16 del 2001 per quello convenzionale. Norme in tema di cooperazione fra i gestori delle reti ferroviarie nazionali sono dettate anche dalla direttiva CE n. 14 del 2001: gli artt. 4 e 15, in particolare, prescrivono ai gestori delle reti ferroviarie nazionali di prestarsi vicendevole collaborazione (eventualmente anche attraverso la predisposizione di organizzazioni comuni) allo scopo di assicurare un proficuo utilizzo delle infrastrutture di rispettiva competenza.

(27) L'Agenzia è stata istituita con il regolamento CE n. 881 del 2004. Le funzioni dell'Agenzia erano prima assolte da un *organismo comune rappresentativo* (si trattava, in concreto, dell'Associazione europea per l'interoperabilità ferroviaria, AIEF), costituito da rappresentanti dei gestori delle infrastrutture, delle imprese ferroviarie e delle industrie ferroviarie (art. 2, lett. h, direttiva CE n. 48 del 1996; art. 2, lett. h, direttiva CE n. 16 del 2001).

(28) Si tratta delle *specifiche tecniche di interoperabilità*, STI (artt. 5 ss., direttiva CE n. 48 del 1996; artt. 5 ss., direttiva CE n. 16 del 2001), nonché degli *obiettivi comuni di sicurezza*, CST, e dei *metodi comuni di sicurezza*, CSM (artt. 6 ss., direttiva CE n. 49 del 2004).



peo» (29): è sì prevista la creazione di una «rete europea di gestione del traffico aereo», caratterizzata da una piena interoperabilità di tutti i suoi componenti; il raggiungimento dell'obiettivo, tuttavia, è anche in questo caso affidato all'adozione di regole tecniche uniformi (cui poi dovranno conformarsi i gestori) (30), non alla predisposizione di una struttura organizzativa unitaria e centralizzata, incaricata di erogare servizi a favore dei potenziali utenti (31).

Si è quindi pur sempre al cospetto, come è facile accorgersi, di misure organizzative (sfocianti comunque in disposizioni provvedimentali) collaterali a interventi e attività che seguitano a restare, per quel che concerne gli aspetti operativi, sotto l'immediata responsabilità degli Stati membri e dei rispettivi apparati (32).

Non si vuole neppure negare che gli Stati membri abbiano progressivamente acquisito la consapevolezza dell'impossibilità di

---

(29) Il «cielo unico europeo» è disciplinato da quattro regolamenti: il regolamento CE n. 549 del 2004 («regolamento quadro»); il regolamento CE n. 550 del 2004 («regolamento sulla fornitura dei servizi»); il regolamento CE n. 551 del 2004 («regolamento sullo spazio aereo»); il regolamento CE n. 552 del 2004 («regolamento sull'interoperabilità»).

(30) Queste misure sono dettagliatamente descritte, al pari delle procedure per la loro adozione, dal regolamento CE n. 552 del 2004 («regolamento sull'interoperabilità»).

(31) Anzi, il regime del «cielo unico europeo» stabilisce espressamente che tutti i servizi strumentali al traffico aereo (i servizi di navigazione aerea: servizi di traffico aereo; servizi di comunicazione, navigazione e sorveglianza; servizi meteorologici per la navigazione aerea; servizi di informazione aeronautica) siano erogati da soggetti designati dagli Stati membri e operanti sotto la loro responsabilità: regolamento CE n. 550 del 2004 («regolamento sulla fornitura dei servizi»).

(32) L'esigenza di garantire l'interconnessione fra le reti è stata avvertita naturalmente anche nel settore delle telecomunicazioni: in questo caso il legislatore europeo ha optato per un modello di coordinamento ancor più leggero di quelli descritti nel testo per i trasporti ferroviari e aerei, imperniato su una regolazione comunitaria minima (dedicata, essenzialmente, alla codificazione di una serie di principi) e sulla successiva sottoscrizione di accordi fra gli operatori interessati (si vedano, in particolare, la direttiva CE n. 33 del 1997 e la direttiva CE n. 19 del 2002). Solo in via residuale è previsto il potere della Commissione di imporre il rispetto di determinate regole tecniche interoperabilità (art. 17, direttiva CE n. 21 del 2002). Si è qui peraltro reso necessario anche intervenire nell'ambito dell'assegnazione delle frequenze per i servizi di telecomunicazione senza fili: del tema, però, ci si occuperà più oltre nel testo.

Lo schema applicato per i trasporti ferroviari e per il «cielo unico europeo» è stato in parte replicato nella disciplina dettata dalla direttiva CE n. 52 del 2004 in materia di interoperabilità dei sistemi di telepedaggio stradale nella Comunità. La direttiva ha fissato l'obiettivo da raggiungere (consentire la creazione di un sistema di riscossione dei pedaggi stradali unico in tutta la Comunità) e ha indicato alcune misure da adottare per il suo perseguimento (omogeneizzazione tecnologica dei sistemi di telepedaggio operanti negli Stati membri), ma ha poi lasciato all'autonomia dei singoli operatori nazionali, pur sotto il controllo della Commissione, il compito di dar vita concretamente, mediante accordi contrattuali, al servizio europeo di telepedaggio. Anche di questo argomento, comunque, si tratterà ancora nel prosieguo del testo.

perseguire in modo compiuto e realmente sostenibile l'obiettivo fondamentale dell'unificazione dei mercati europei senza contestualmente assumere talune iniziative comuni a livello sovranazionale, tese ad associare alle misure di apertura delle economie nazionali interventi di mitigazione dei relativi impatti sociali.

Non può però essere passato sotto silenzio il fatto che, pur ipotizzando una serie di attribuzioni delle istituzioni europee in campo sociale, il Trattato CE ne circoscrive immediatamente l'incisività, preordinandole più che altro all'accompagnamento delle scelte assunte a livello nazionale, senza possibilità di sostituirsi alle stesse (33): ed è sintomatico che, anche nel caso in cui più appariscente è apparso in questo ambito l'impegno diretto della Comunità (si allude alla rete EURES, *EUROpean Employment Services*, incaricata di promuovere una più veloce circolazione delle offerte lavorative fra gli Stati membri), le istituzioni europee hanno in realtà a lungo, e fino a una manciata di anni fa, accuratamente limitato i propri spazi di manovra al semplice coordinamento delle operazioni svolte dagli uffici e dalle agenzie nazionali di collocamento, cui era stato in definitiva mantenuto il compito di procedere materialmente alla raccolta delle domande e delle richieste di assunzione e di provvedere poi alla loro divulgazione presso gli interessati (la situazione è recentemente in parte mutata, come si avrà modo di segnalare in seguito) (34).

Certamente non difettano, e anzi sono sempre più numerose, come in parte si è già accennato, le ipotesi in cui il legislatore euro-

---

(33) Se è vero, in particolare, che le istituzioni comunitarie sono autorizzate dal Trattato CE a farsi carico anche di iniziative di carattere positivo per la promozione e la tutela dei diritti sociali, lo spettro delle misure praticabili è davvero ridotto, posto che esse possono principalmente sostenere e completare l'azione degli Stati membri (art. 137), avvalendosi di strumenti cooperativi privi però di efficacia vincolante (l'organizzazione di iniziative finalizzate a favorire la circolazione delle migliori prassi o le consultazioni organizzate dalla Commissione ai sensi dell'art. 140); residuale è invece la possibilità di imporre agli Stati membri *standards* minimi cui obbligatoriamente uniformarsi (si vedano ora gli artt. III-209 ss. del Trattato costituzionale).

(34) Il coordinamento comunitario nel settore dei servizi di collocamento è previsto dalla parte II del regolamento CEE n. 1612 del 1968. L'istituzione della rete EURES è stata contemplata dalla decisione CEE della Commissione n. 569 del 1993, successivamente sostituita dalla decisione CE della Commissione n. 8 del 2003; il coordinamento è affidato a un apposito ufficio della Commissione (l'Ufficio europeo di coordinamento EURES; art. 21 del regolamento CEE n. 1612 del 1968); della rete fanno parte gli uffici nazionali di collocamento, nonché gli altri soggetti cui gli Stati membri abbiano delegato l'esercizio di funzioni in materia. La rete EURES ha preso il posto del Sistema europeo di diffusione delle offerte e delle domande di lavoro i regime di compensazione — SEDOC, creato e regolato da due decisioni della Commissione dell'8 dicembre 1972 e del 14 dicembre 1972.

peo si pone espressamente il problema di assicurare, a favore degli utenti e più in generale degli interessi collettivi, determinati *standards* qualitativi nell'erogazione dei servizi pubblici: non può tuttavia essere sottaciuta la decisiva circostanza che, anche in questi casi, l'obiettivo viene perseguito non attraverso la creazione di strutture operative deputate a fornire le prestazioni reputate indispensabili, bensì, più semplicemente, permettendo o imponendo agli Stati membri di esigere dai gestori, da essi stessi designati, di conformare concretamente la propria attività ai requisiti minimi stabiliti in termini generali dall'ordinamento comunitario (35).

3. *Verso un'ulteriore trasformazione del modello amministrativo comunitario: il programma Galileo e il dominio Internet di primo livello .eu.*

Le coordinate ricostruttive generali, per così dire ufficiali, che l'ordinamento comunitario affida alla lettura dell'interprete e che si sono delineate nei due paragrafi che precedono, dunque, segnalano in maniera piuttosto chiara l'esistenza di una duplice limitazione nei confronti del dispiegarsi dell'azione amministrativa comunitaria: questa è tuttora confinata prevalentemente nell'ambito della regolazione; la sua possibilità di incidere concretamente sui livelli di benessere diffusi nella società rinviene un argine assai pronunciato nella riserva di competenza di cui gli Stati membri continuano a reputarsi investiti nell'organizzazione e nell'erogazione dei servizi pubblici.

Di questi dati, naturalmente, l'interprete non può non tenere conto; non può però neppure limitarsi a registrarli, sebbene con

---

(35) Oltre ai casi, già trattati, della gestione delle infrastrutture ferroviarie e del «cielo unico europeo», emblematica in questo senso è la disciplina attualmente vigente per i servizi nei settori energetici (per i quali si rimanda a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale*, cit.): l'art. 3 della direttiva CE n. 54 del 2003 (per il mercato dell'energia elettrica) e l'art. 3 della direttiva CE n. 55 del 2003 (per il mercato del gas naturale) ipotizzano una serie di misure (fra cui l'imposizione di obblighi di servizio pubblico) a tutela degli interessi degli utenti e di altre fondamentali esigenze della collettività, rimandando però la loro effettiva adozione a decisioni degli Stati membri. Alla medesima impostazione si è poi rifatta la direttiva CE n. 89 del 2005 in tema di misure per la sicurezza dell'approvvigionamento di elettricità e per gli investimenti nelle infrastrutture. Simile è la logica che ha ispirato il regime sul servizio universale nel mercato delle comunicazioni elettroniche dettato dagli art. 3 ss. della direttiva CE n. 22 del 2002 e quello sui servizi postali di cui agli artt. 3 ss. della direttiva CE n. 67 del 1997. Si vedano anche l'art. 4 del regolamento CEE n. 2408 del 1992 sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, nonché gli artt. 14 ss. del regolamento CEE n. 1191 del 1969 (modificati dal regolamento CEE n. 1893 del 1991) sui servizi di trasporto ferroviario.

spirito critico: deve al contrario sforzarsi di verificare se alle enunciazioni ufficiali corrisponda una realtà davvero conforme o se invece nella dinamica istituzionale effettiva non si agitano spinte evolutive non ortodosse rispetto alle premesse.

Chi scrive reputa che gli esempi del programma Galileo e del dominio Internet di primo livello *.eu*, al cui esame la parte centrale di questo contributo è dedicata, possano fornire spunti ricostruttivi di una qualche utilità in tale ottica, in quanto essi segnalano, come si confida di dimostrare nelle pagine che seguono, che il processo dinamico di continua trasformazione, evocato in apertura, ha probabilmente raggiunto un'ulteriore tappa del suo incessante sviluppo e che oramai non è più impossibile parlare di servizi pubblici comunitari nel senso più autentico del termine.

#### 4. *Il programma Galileo: le caratteristiche del servizio.*

Il programma Galileo persegue l'ambizioso obiettivo di dotare l'Unione europea di un sistema autonomo di radionavigazione satellitare (36), alternativo a quelli attualmente già operanti (lo statunitense *Global Positioning System*, GPS, e il russo *Global Navigation Satellite System*, GLONASS): il nuovo sistema, inoltre, è il primo a essere elaborato e realizzato per finalità esclusivamente civili (gli altri due, infatti, sono nati originariamente per

---

(36) La crescente importanza dei servizi di radionavigazione satellitare è stata percepita da tempo dall'ONU, che vi ha dedicato — attraverso l'attività del Comitato per gli usi pacifici dello spazio extra-atmosferico — numerose iniziative di studio e approfondimento. Si vedano in particolare i seguenti documenti predisposti dal predetto Comitato: n. A/AC.105/771 del 6 dicembre 2001 (intitolato *United Nations/United States of America Workshop on the Use of Global Navigation Satellite System*); n. A/AC.105/795 del 28 novembre 2002 (intitolato *United Nations/United States of America Third Regional Workshop on the Use and Applications of Global Navigation Satellite System*); n. A/AC.105/846 del 30 marzo 2005 (intitolato *Report on the United Nations/United States of America International Meeting on the Use and the Applications of Global Navigation Satellite System*).

È bene peraltro tenere presente che, secondo la Commissione europea, esistono quattro differenti mercati dei servizi satellitari: i servizi di comunicazione, i servizi di navigazione (cui sono riconducibili quelli destinati a essere assicurati per il tramite del programma Galileo), i servizi di osservazione e, infine, i servizi aventi uno scopo strettamente scientifico. La Commissione è del parere che i primi diano vita a un mercato aperto strutturato su basi commerciali e che debbano perciò essere tenuti distinti dagli ultimi due, caratterizzati invece dalla presenza quale unico cliente della committenza pubblica (si veda al riguardo l'importante decisione della Commissione del 21 marzo 2000, che ha dichiarato compatibile con il mercato comune l'operazione di concentrazione MMS/DASA/Astrium): detta decisione non si è pronunciata invece sui servizi di navigazione, in quanto ritenuti all'epoca non ancora sufficientemente sviluppati.

scopi militari, scopi che seguitano a rappresentare la loro principale missione, e solo successivamente sono stati adattati a servire esigenze di diverso tipo).

Galileo, una volta divenuto operativo, fornirà una molteplicità di servizi, fra loro differenziati in termini sia di destinatari, sia di condizioni economiche di erogazione.

È previsto, anzitutto, un «servizio aperto», rivolto alla generalità degli utenti (che ne potranno fruire a titolo gratuito), consistente essenzialmente nella emissione di segnali per permettere, attraverso un ricevitore nella disponibilità del cliente, la localizzazione geografica precisa del ricevente e la determinazione esatta dell'ora corrente (37).

Le medesime prestazioni, caratterizzate però da una precisione e un'affidabilità maggiori, verranno poi erogate nell'ambito di un «servizio commerciale» (a pagamento), dedicato ad applicazioni professionali su larga scala.

È quindi contemplato un «servizio vitale» (anch'esso a pagamento), riservato essenzialmente alle attività di trasporto in cui la tempestività e l'accuratezza delle informazioni siano essenziali per salvaguardare la sicurezza per i passeggeri (basti pensare, al riguardo, alla navigazione aerea e marittima (38)).

Si ipotizza, ancora, un «servizio di ricerca e salvataggio», che nelle intenzioni dovrebbe porsi come ausilio ai già esistenti sistemi di allerta e monitoraggio nei settori della cooperazione internazionale in tema di aiuti umanitari e di assistenza in caso di calamità (39).

Verrà, infine, garantito un «servizio governativo», caratterizzato da un elevatissimo livello di sicurezza nelle trasmissioni e riservato alle autorità governative degli Stati membri che deside-

---

(37) La sincronizzazione di rete è fondamentale, fra le altre cose, per la buona riuscita di numerose categorie di ricerche scientifiche che si svolgano contemporaneamente in diversi luoghi.

(38) In argomento si rimanda a F. STIPO, *Disciplina del sistema globale di navigazione satellitare (Gnss)*, in *Giur. merito*, 1997, p. 67 ss.

(39) L'uso di sistemi satellitari nel settore delle calamità naturali, oltre a essere da tempo all'attenzione degli esperti, ha già conosciuto alcune importanti applicazioni pratiche e sono in corso ricerche e sperimentazioni volte a estenderne l'efficacia. Utili informazioni in proposito sono, anche in questo caso, contenute in due documenti ufficiali del Comitato per gli usi pacifici dello spazio extra-atmosferico dell'ONU: n. A/AC.105/758 del 21 dicembre 2000 (intitolato *Implementation of an Integrated, Space-based Global Natural Disaster Management System*) e n. A/AC.105/837 del 23 maggio 2005 (intitolato *United Nations International Workshop on the Use of Space Technology for Disaster Management*).

rino utilizzarlo (a pagamento), e di cui si preveniva l'impiego in diversi settori ad alta sensibilità, come per esempio quelli in cui siano coinvolte questioni riguardanti la sicurezza nazionale, la protezione civile, la lotta contro l'immigrazione clandestina, ecc.

Il funzionamento di Galileo presuppone naturalmente il lancio in orbita di satelliti (se ne prevedono, attualmente, circa una trentina)<sup>(40)</sup>, che saranno controllati per mezzo di una serie di stazioni a terra.

##### 5. Segue: il problema della disponibilità delle frequenze satellitari.

Il principale problema che le autorità comunitarie hanno dovuto affrontare durante la fase di elaborazione del programma, a parte naturalmente quello legato al suo finanziamento di cui si parlerà in seguito, ha riguardato la disponibilità delle frequenze satellitari necessarie per l'erogazione del «servizio governativo»<sup>(41)</sup>.

In breve, per tale servizio si è fin dall'inizio deciso di avvalersi di una banda che è già parzialmente occupata dalle forze armate statunitensi per la trasmissione del c.d. codice M del GPS.

---

(40) Il sistema sarà basato, in larga parte, su satelliti posizionati in orbita a media quota e potrà essere completato da satelliti collocati invece in orbita geostazionaria.

È bene tenere presente che le orbite satellitari si distinguono in geostazionarie ed ellittiche: nelle prime il satellite (GSO) ruota a un'altezza di circa 36.000 chilometri sulla linea equatoriale, alla stessa velocità e nella stessa direzione della rotazione terrestre, sicché rimane stazionario rispetto a un punto di riferimento collocato sulla linea medesima; nelle seconde invece il satellite si sposta continuamente rispetto a un punto di riferimento situato sul globo (le orbite ellittiche si suddividono a loro volta in basse e medie). L'orbita geostazionaria presenta il notevole vantaggio di consentire la copertura di vaste porzioni del pianeta con un numero assai limitato di satelliti (per le orbite ellittiche, invece, la fornitura della medesima copertura richiede la creazione di una costellazione sinergica di satelliti). I GSO però hanno anche il difetto di essere posizionati a un'elevata distanza dalla Terra, sì da rendere più difficile e costoso il loro lancio in orbita: essi inoltre, ruotando attorno alle linea equatoriale, non sono in grado di coprire tutti i Paesi.

Occorre anche ricordare che le telecomunicazioni satellitari possono distinguersi in «da punto a punto» o «di distribuzione», a seconda che esse siano destinate unicamente a collegare due stazioni riceventi fisse sulla Terra (le prime) ovvero siano suscettibili di raggiungere una pluralità indeterminata di riceventi (le seconde).

Sulle implicazioni giuridiche dei satelliti adibiti a servizi di telecomunicazione si veda U. LEANZA, *Telecomunicazioni spaziali*, in *Enc. dir.*, II agg., Milano, Giuffrè, 1998, p. 989 ss.

(41) Chi fosse interessato ad approfondire le implicazioni più squisitamente tecniche della questione delle frequenze satellitari necessarie per il programma Galileo può utilmente consultare il numero monografico di *International Journal of Satellite Communications*, 2000, vol. 18, n. 4-5, e in particolare i seguenti articoli ivi contenuti: J. WOLFRUM e H. TRAUTENBERG, *Galileo — a technical concept for the European satellite navigation system* (p. 243 ss.); R. SCHWEIKERT, T. WOERZ, R. DE GAUDENZI, A. STEINGASS e A. DAMMAN, *On signal structures for GNSS-2* (p. 271 ss.); P. NORRIDGE, M. O'DONNELL e R. SHAWYER, *Signal design analysis technique for Galileo* (p. 293 ss.).

La sovrapposizione dei segnali, in realtà, non è di per sé idonea a generare interferenze pregiudizievoli a danno delle comunicazioni militari americane: gli Stati Uniti, tuttavia, hanno per lungo tempo preteso di inibire all'Unione europea l'uso della banda, ritenendo che i sistemi di radionavigazione satellitare potrebbero prestarsi a operazioni ostili per la loro sicurezza nazionale e volendo, di conseguenza, riservarsi la possibilità in ogni momento di oscurare tutti i segnali satellitari diversi dai loro, ivi inclusi quelli del «servizio governativo» di Galileo (operazione però impraticabile, per ragioni tecniche, nel caso di compresenza sulla stessa banda dei segnali del codice M e di Galileo) (42).

La *querelle* ha avuto notevoli ripercussioni internazionali, i cui presupposti ed esiti finali meritano qualche cenno.

La ripartizione delle radiofrequenze è soggetta a un processo di coordinamento tecnico a livello mondiale, affidato alle competenze di un'apposita organizzazione intergovernativa (l'Unione internazionale delle telecomunicazioni, UIT (43)), operante come agenzia specializzata delle Nazioni Unite (44).

Uno dei compiti principali dell'UIT è di distribuire le frequenze radioelettriche astrattamente disponibili fra le diverse possibili funzioni e fra gli Stati aderenti (45). Nella maggior parte dei

---

(42) I termini della questione si trovano riassunti nelle comunicazioni della Commissione del 24 settembre 2002 COM(2002)518 e del 18 febbraio 2004 COM(2004)112.

(43) L'UIT è ora regolata dal trattato di Ginevra del 22 dicembre 1992 (la cui ratifica italiana è stata autorizzata dalla legge n. 61 del 1996): il trattato si compone in realtà di due strumenti, la «Costituzione dell'Unione internazionale delle comunicazioni» (di seguito: Costituzione) e la «Convenzione dell'Unione internazionale delle comunicazioni» (di seguito: Convenzione). In precedenza, invece, il funzionamento dell'UIT era disciplinato, dapprima, dalla Convenzione internazionale delle telecomunicazioni adottata a Malaga-Torremolinos il 25 ottobre 1973 e, poi, dalla omonima Convenzione di Nairobi del 6 novembre 1982 (per le ratifiche italiane si vedano le leggi n. 790 del 1977 e n. 149 del 1986). L'UIT fu in realtà creata con la Convenzione di Madrid del 9 dicembre 1932 e in essa confluirono le preesistenti Unione telegrafica internazionale e Unione radiotelegrafica internazionale. L'UIT acquisì lo *status* di agenzia specializzata della Nazioni Unite con la Convenzione di Atlantic City del 2 ottobre 1947.

(44) Per una visione riassuntiva del regime internazionale in tema di utilizzo e gestione dello spettro radio si può consultare l'*e-Learning* di J. URE, *Spectrum Management*, versione 26 aprile 2003, *Paper del Telecommunication Research Project*, in Internet all'indirizzo [www.trp.hku.hk](http://www.trp.hku.hk).

(45) L'UIT, in particolare, «provvede ad assegnare le bande di frequenza dello spettro radioelettrico» e «ad effettuare la ripartizione delle frequenze radioelettriche», assicurando, attraverso il Settore delle radiocomunicazioni (a sua volta composto da una pluralità di organi, fra cui la Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni e il Comitato del Regolamento delle radiocomunicazioni), «l'utilizzazione razionale, equa, efficace ed economica dello spettro delle frequenze radioelettriche con ogni servizio di radiocomunicazione» (artt. 1 e 12 della Costituzione UIT). Secondo l'annesso 1005 alla Conven-

casi, e fatte salve alcune eccezioni, l'UIT in sostanza dapprima suddivide per macrodestinazioni funzionali (servizi radiofonici, telefonici, satellitari, ecc.(46)) lo spettro complessivo delle frequenze utilizzabili; all'interno della macrodestinazioni così individuate, poi, l'UIT procede alla ripartizione delle bande di frequenza fra gli Stati aderenti, riuniti a tal fine in tre regioni convenzionali (47).

La concreta assegnazione delle frequenze, invece, è tuttora di competenza dei singoli Stati (48), che vi provvedono (nel rispetto

---

zione dell'UIT, peraltro, «le onde radioelettriche sono onde elettromagnetiche la cui frequenza è convenzionalmente inferiore a 3000 GHz e che si propagano nello spazio senza guida artificiale»: solo alle frequenze così definite si applicano i poteri regolatori dell'UIT (per le frequenze superiori a 3000 GHz, invece, l'UIT può procedere solo a studi e alla formulazione di proposte: art. 11 della Convenzione UIT).

La disciplina delle radiocomunicazioni è dettata dal relativo Regolamento, previsto dall'art. 4 della Costituzione UIT. Occorre anche ricordare che, secondo le enunciazioni contenute nell'art. 44 della Costituzione UIT, «i Membri si sforzano di limitare il numero delle frequenze e l'estensione dello spettro utilizzato al minimo indispensabile per garantire in maniera soddisfacente il funzionamento dei servizi necessari e «i Membri tengono conto del fatto che le frequenze e le orbite dei satelliti geostazionari sono risorse naturali limitate che debbono essere utilizzate in maniera razionale, efficace ed economica ... al fine di consentire ai vari Paesi, o gruppi di Paesi, un equo accesso a quest'orbita e a queste frequenze».

Gli sviluppi più recenti del regime internazionale in materia sono descritti in V. RODRIGUEZ SERRANO, *Trading With Space Resources: the Forces of Privatization and Commercialization applied to Satellite Telecommunications Through ITU and WTO*, Montreal, Institute of Air and Space Law, 1999 e in S. OSPINA, *International Satellite Telecommunications: Regulations by States or by Private Parties*, in *Air and Space Law*, 2000, vol. 25, n. 6, p. 273 ss. Si vedano anche U. LEANZA, *Telecomunicazioni spaziali*, cit., F. LYALL, *Communications Regulations: The Role of the International Telecommunication Union*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 1997, n. 3, in Internet all'indirizzo [www2.warwick.ac.uk](http://www2.warwick.ac.uk) e R.S. JAKHU, *International Regulatory Aspects of Radio Spectrum Management (Implications for Developing Countries like India)*, atti del secondo *Workshop* annuale tenutosi presso l'*Indian Institute of Management*, 2000, p. 82 ss., in Internet all'indirizzo [www.mcgill.ca](http://www.mcgill.ca).

(46) Le categorie principali sono sei: *Fixed service* (FS), *Broadcasting service* (BS), *Mobil service* (MS), *Amateur service* (AS), *Technical and Scientific service* e *Inter-satellite service* (ISS). Ciascuna categoria conosce poi ulteriori suddivisioni interne: nell'ambito del FS, per esempio, sono inclusi i collegamenti fra stazioni terrestri determinate e quelli fra stazioni terrestri e satelliti (*Fixed satellite service*, FSS); il BS comprende l'emissione da stazioni terrestri di segnali destinati alla generalità del pubblico (le bande UHF e VHF, utilizzate per la trasmissione di segnali televisivi in tecnica analogica e che in parte verranno impiegate anche in tecnica digitale, sono riconducibili a questa sottocategoria; la modulazione di frequenza, FM, per le trasmissioni radiofoniche analogiche opera nella banda VHF) e l'analogia emissione operata però da satelliti (*Broadcasting satellite service*, BSS).

(47) La regione 1 include l'Europa, l'Africa, il Medio oriente, i Paesi dell'ex URSS e la Mongolia; la regione 2 comprende le Americhe; la regione 3 raduna i restanti Stati di Asia e Oceania. Per ogni regione opera una conferenza regionale delle radiofrequenze (art. 9 della Convenzione UIT), e talvolta capita che siano tali conferenze a procedere alla stesura di piani di ripartizione delle frequenze fra gli Stati facenti parte della regione. Per esempio, in attesa delle decisioni che si prevede siano prese alla conferenza europea del 2006, per la regione 1 si applica il piano di ripartizione delle radiofrequenze VHF/UHF per i *broadcasting services* deliberato a Stoccolma nel 1961.

(48) Il Preambolo alla Costituzione UIT riconosce infatti «a ciascuno Stato il diritto sovrano di regolamentare le sue telecomunicazioni».



delle pertinenti disposizioni elaborate dall'UIT) mediante determinazioni delle proprie autorità interne (49): ogni assegnazione deve essere comunicata all'UIT che, riscontratane la regolarità, la registra nel *Master International Frequency Register* (50).

È in ogni caso possibile che gruppi di Stati diano vita, al di là delle conferenze regionali organizzate dall'UIT, a sistemi di coordinamento tecnico per la reciproca ripartizione delle frequenze che risultino di loro complessiva titolarità sulla base delle decisioni assunte dall'UIT stessa: gli Stati europei hanno proceduto in tal senso, istituendo la Conferenza europea delle amministrazioni delle poste e delle telecomunicazioni (CEPT) (51); è poi intervenuta anche la Comunità che, attraverso la decisione CE n. 676 del 2002 (la cui efficacia è ovviamente limitata agli Stati membri), ha introdotto un «quadro normativo per la politica in materia di spettro radio» (52) (fra i suoi scopi sono testualmente

---

Coerentemente a tale impostazione è previsto che solo gli Stati siano membri a pieno titolo dell'UIT. La partecipazione ai lavori è peraltro aperta anche ad altri soggetti, collocati tuttavia in una posizione istituzionale inferiore: la Comunità, per esempio, partecipa all'UIT come membro settoriale (categoria delle organizzazioni internazionali regionali), attraverso delegazioni senza diritto di voto.

(49) Il che trova conferma, nell'ordinamento europeo, nell'art. 5 della direttiva CE n. 20 del 2002; si vedano, per l'Italia, gli artt. 14 e da 27 a 30 del d.lgs. n. 259 del 2003, l'art. 12 della legge n. 112 del 2004 e gli artt. 15 e 42 del d.lgs. n. 177 del 2005 (il tema è trattato da O. GRANDINETTI, *Il riparto delle attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero nella gestione delle radiofrequenze*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)).

(50) La registrazione è operazione condotta periodicamente dal Direttore dell'Ufficio delle radiocomunicazioni dell'UIT (art. 12 della Convenzione UIT).

(51) La CEPT, creata con l'accordo di Montreux del 26 giugno 1959 (recepito in Italia con d.P.R. n. 774 del 1960), è costituita attualmente dalle amministrazioni nazionali competenti in materia di poste e telecomunicazioni di 46 Stati europei. Uno dei compiti istituzionali della CEPT è «*promoting further European harmonisation, inter alia of the radio spectrum, with an emphasis on practical cooperation between European countries to help realise Europe-wide regulatory harmonisation*» (art. 4 dell'*Arrangement* costitutivo, come emendato nel 2001).

Con risoluzione del 19 novembre 1992, peraltro, il Consiglio aveva invitato la Commissione e gli Stati membri a uniformarsi alle decisioni della CEPT in tema di ripartizione delle radiofrequenze.

(52) La decisione CE n. 676 del 2002 rappresenta l'esito ultimo di un lungo processo, politico e amministrativo, volto all'introduzione di criteri di coordinamento fra le azioni degli Stati membri in materia di gestione dello spettro radioelettrico. I passaggi più significativi di tale evoluzione sono costituiti dalla raccomandazione CEE n. 549 del 1984, dalla risoluzione del Consiglio del 28 giugno 1990 (ivi si trova affermato, fra le altre cose, che «il coordinamento delle radiofrequenze deve rispettare il principio della distinzione degli obblighi normativi e funzionali» e che, «conformemente a questo principio, l'attribuzione delle radiofrequenze deve pertanto rimanere di competenza delle autorità [nazionali] responsabili della gestione delle bande di frequenza») e dalla già menzionata risoluzione del Consiglio del 19 novembre 1992.

enumerati (53) anche quelli di «assicurare il coordinamento efficace degli interessi della Comunità nei negoziati internazionali quando l'uso dello spettro radio incide sulle politiche comunitarie» e di «definire un approccio metodologico generale che assicuri condizioni armonizzate per la disponibilità e l'uso dello spettro radio nella Comunità» (54).

Un regime peculiare, peraltro, vale per le frequenze satellitari (55), rispetto alle quali l'UIT è titolare, in linea di massima, di poteri meno incisivi (56).

In questo settore, in pratica, l'UIT procede sì, come avviene di regola per tutte le frequenze, a una preliminare individuazione delle bande da riservare alle diverse tipologie di servizi satellitari; per una consistente parte di queste frequenze (57), però, l'UIT non si spinge fino alla loro preventiva assegnazione a Stati o gruppi di Stati, bensì si limita solo a provvedere alla loro regi-

---

(53) Art. 1, decisione CE n. 676 del 2002. Può essere interessante notare che la decisione prevede che la Commissione di avvalga, per la elaborazione dei provvedimenti di sua competenza, dell'ausilio tecnico della CEPT (art. 4). I primi risultati derivanti dall'applicazione della decisione sono descritti nelle due comunicazioni della Commissione COM(2004)507 e COM(2005)411.

(54) Coerente a questa sistemazione normativa è l'art. 8 della direttiva CE n. 20 del 2002 (cui corrisponde in Italia l'art. 30 del d.lgs. n. 259 del 2003), che stabilisce che, ove «l'uso delle frequenze radio sia stato armonizzato, le condizioni e le procedure di accesso siano state concordate, e gli operatori cui assegnare le frequenze radio siano stati selezionati ai sensi degli accordi internazionali e delle disposizioni comunitarie», l'assegnazione dei diritti di uso da parte delle autorità nazionali competenti deve avvenire in conformità a tali accordi e a tali disposizioni.

(55) Il tema delle telecomunicazioni spaziali mediante satelliti è affrontato, in termini generali, da U. LEANZA, *Telecomunicazioni spaziali*, cit., con ampio spazio dedicato al problema delle frequenze e della collocazione orbitale dei satelliti.

(56) Art. 1, par. 10, della Costituzione UIT. Si veda anche la *Resolution* n. 86 adottata dalla Conferenza dei plenipotenziari dell'UIT tenutasi a Marrakesh nel 2002.

L'UIT, peraltro, ha ormai avvertito la pressante esigenza di introdurre per le frequenze satellitari, attraverso un'opportuna modifica del quadro normativo esistente, un sistema di coordinamento delle loro assegnazioni più incisivo di quello attualmente vigente: in questo senso si è pronunciato il punto 4.3.1. del Piano strategico 2004-2007 allegato alla *Resolution* n. 71 adottata dalla Conferenza dei plenipotenziari dell'UIT tenutasi a Marrakesh nel 2002.

(57) Il sistema della pianificazione preventiva da parte dell'UIT delle assegnazioni delle frequenze satellitari sta progressivamente diffondendosi, nonostante notevoli resistenze, e persegue lo scopo di assicurare un equo accesso alla risorsa anche a quegli Stati che non abbiano ancora sviluppato la tecnologia necessaria: a partire dal 1988, per esempio, vige la regola in virtù della quale a ogni Stato è riservata almeno una posizione orbitale geostazionaria con le relative frequenze. Si legga sul punto V. RODRIGUEZ SERRANO, *Trading With Space Resources*, cit., p. 66 ss. Un esempio concreto di pianificazione preventiva è descritto da P. HOVSTAD e L. SUNG, *The Region 1 & 3 Broadcasting-Satellite Service Plan after WRC-03*, in *International Journal of Satellite Communications and Networking*, 2005, vol. 23, n. 2, p. 91 ss. Un altro esempio pratico dei problemi legati alle procedure di pianificazione, ai loro effetti e ai loro possibili sviluppi è offerto da P. DUMONT, *The regulatory status of the Ka-band*, in *International Journal of Satellite Communications*, 1999, vol. 17, n. 2-3, p. 197 ss.

strazione a posteriori (secondo il criterio «*first come, first served*») a favore del soggetto (di regola, ancora una volta, uno Stato (58)) che per primo ne preventivi l'impiego.

Al registrante, tuttavia, non è attribuito un diritto esclusivo di uso, su scala planetaria, delle frequenze satellitari registrate: gli viene riconosciuto, in realtà, una sorta di titolo preferenziale (condizionato, d'altra parte, all'effettiva occupazione delle frequenze entro un certo lasso temporale dal momento della registrazione (59)) che di per sé non lo abilita in termini assoluti a impedire che altri Stati (ovvero organizzazioni di Stati) ne condividano l'utilizzo: la condivisione è possibile, purché non provochi interferenze a discapito delle frequenze del primo registrante.

Quando dunque esistano richieste concorrenti in ordine alla fruizione della medesima frequenza satellitare (60), e sempre che

(58) Non è esclusa la possibilità che della registrazione benefici un'organizzazione internazionale al posto degli Stati a questa aderenti: il che, come presto si vedrà, è avvenuto proprio per il programma Galileo.

(59) La regola mira a impedire il fenomeno dei «*satellites on papers*», il rischio cioè di registrazioni puramente speculative (appunto solo sulla carta), finalizzate all'accaparramento di frequenze non destinate a un effettivo impiego da parte del registrante, il quale intende solo rivendere il titolo al miglior offerente.

(60) L'erogazione di servizi attraverso le frequenze satellitari, d'altra parte, implica prima di tutto che dei satelliti siano lanciati in orbita e ivi stazionino: il che apre un'ulteriore questione, quella della disciplina giuridica dell'occupazione materiale delle orbite satellitari. Anche in questo caso opera un sistema di regolamentazione assai flessibile, basato in particolare, per quanto qui interessa, su tre trattati internazionali, cui aderiscono oramai numerosissimi Stati, fra cui anche l'Italia.

Il primo è il Trattato sui principi che governano le attività degli Stati nell'esplorazione e nell'uso dello spazio extra-atmosferico, aperto per le firme il 27 gennaio 1967 (la ratifica italiana è stata autorizzata dalla legge n. 87 del 1970). Il Trattato prevede che lo spazio extra-atmosferico, di per sé non soggetto a nessuna forma di sovranità nazionale (art. II), sia liberamente esplorabile e utilizzabile da parte degli Stati, senza discriminazioni, su una base di parità e secondo criteri di reciproca collaborazione e di reciproca assistenza, nel rispetto comunque degli interessi delle altre parti (artt. I, III e IX). I vincoli derivanti dal Trattato a carico degli Stati aderenti devono da questi essere osservati anche quando agiscano non singolarmente, bensì come membri di organizzazioni intergovernative (art. XIII).

Il secondo strumento internazionale è la Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali, stipulata il 29 marzo 1972 (per la ratifica italiana si veda la legge 426 del 1976): ivi è sancito il principio in forza del quale lo Stato cui sia riconducibile il lancio nello spazio è responsabile in termini oggettivi per i danni provocati sulla superficie terrestre o nei confronti di un aeromobile in volo (art. II); la responsabilità richiede invece la sussistenza di un profilo di colpa se il pregiudizio è arrecato a un altro oggetto spaziale (art. III).

Vi è, infine, la Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico, sottoscritta il 14 gennaio 1975 in attuazione dei principi fissati nel Trattato del 1967. La Convenzione (la cui ratifica italiana è stata autorizzata con legge n. 153 del 2005) stabilisce che ogni Stato debba istituire un apposito registro su cui inscrivere tutti i lanci effettuati da esso stesso o per suo conto (art. II): tali dati devono poi essere comunicati al Segretario generale delle Nazioni Unite per essere trascritti in un ulteriore registro, liberamente consultabile (art. III).

ovviamente si tratti di un caso in cui non esista una preventiva pianificazione internazionale delle assegnazioni (la condizione ricorre per le frequenze utilizzate dal GPS e, in prospettiva, dal programma Galileo), è giocoforza cercare per le parti interessate di pervenire a una soluzione bonaria reciprocamente soddisfacente, in conformità a un'apposita procedura di coordinamento da svolgersi in seno all'UIT (61).

Non pochi erano, in realtà, i problemi tecnici di coordinamento sollevati dal programma Galileo, ma per la maggior parte di questi è stato possibile trovare senza soverchie difficoltà una risposta reputata congrua dalle parti (62): più arduo da comporre, invece, si è rivelato il contrasto concernente le frequenze necessarie per il «servizio governativo» di Galileo.

---

Come si vede, la disciplina sugli impieghi dello spazio (e, quindi, anche delle orbite satellitari) è ancora meno stringente di quella dettata per l'uso di una consistente parte delle frequenze satellitari (si consideri in proposito che, con riferimento all'occupazione delle orbite, all'UIT compete solo di provvedere alla registrazione «di ogni posizione orbitale associata sull'orbita dei satelliti geostazionari»: art. 1 della Costituzione UIT): le orbite di per sé non possono costituire oggetto di diritti in senso stretto a favore di nessuno e sono enunciati solo generici doveri di cooperazione, di presa in considerazione degli interessi altrui e di informazione reciproca fra gli Stati interessati al suo sfruttamento. Una disciplina più precisa è dettata solo per il caso di incidenti provocati dai satelliti, come da qualsiasi altro oggetto lanciato nello spazio.

Su alcuni aspetti del trattamento che il diritto internazionale riserva allo spazio cosmico si vedano: E. BACK IMPALLOMENE, *Spazio aereo e spazio extra-atmosferico*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 258 ss.; F. FRANCONI e F. POCAR, *Il regime internazionale dello spazio*, Milano, Giuffrè, 1993; W.P. HEERE, *Problems of Jurisdiction in Air and Outer Space*, in *Air and Space Law*, 1999, vol. 24, n. 2, p. 70 ss.; F. STIPO, *La definizione del concetto giuridico dello spazio cosmico*, in *Giur. merito*, 2000, p. 1118 ss.; F. DURANTE, *Diritto spaziale*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, Giuffrè, 2002, p. 345 ss.; S. HOBE, *Current and Future Developments of Space Law*, relazione tenuta all'*United Nations/Brazil Workshop on Space Law* dal titolo *Disseminating and Developing International and National Space Law: the Latin America and Caribbean Perspective*, svoltosi a Rio de Janeiro dal 22 al 25 novembre 2004, United Nations Publications, 2005, p. 2 ss. (pubblicata anche in *Revista da SBDA. Direito Aeronáutico e Espacial*, 2005, n. 88, in Internet all'indirizzo [www.sbda.org.br](http://www.sbda.org.br)).

(61) Descritta dall'art. 9 del Regolamento delle radiocomunicazioni: essa è suddivisa in tre fasi, rispettivamente della notificazione dell'intenzione di usare determinate frequenze satellitari, del coordinamento fra gli Stati interessati e infine della registrazione. Sono previste diverse modalità procedurali preordinate ad agevolare il perfezionamento di un'intesa amichevole, fra cui quella finalizzata all'adozione di apposite «raccomandazioni» da parte del Comitato del Regolamento per le radiocomunicazioni (art. 14 della Costituzione UIT; art. 10 della Convenzione UIT).

(62) Accordi di coordinamento erano già stati perfezionati, in effetti, in occasione della Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni di Istanbul del 2000, anche se rimanevano ancora aperte questioni di non secondaria importanza.

Per una ricostruzione delle trattative imbastite in seno all'UIT e del ruolo ivi svolto dalla Comunità si possono leggere le comunicazioni della Commissione SEC(1998)839, COM(2000)86, COM(2000)811, COM(2003)183, COM(2003)707, COM(2004)507, COM(2005)400 e COM(2005)461.

Dopo alcuni tentativi infruttuosi, finalmente nel 2003 (in occasione della Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni di Ginevra (63)) è stato definito un compromesso fra l'Unione europea e gli Stati Uniti, ruotante attorno al principio del «coordinamento multilaterale imparziale» (cercando di riassumere, si sono convenuti, per un verso, accorgimenti tecnico-operativi per evitare interferenze e, per l'altro, criteri di gestione delle sovrapposizioni ispirate alla logica dell'interoperabilità fra i vari servizi e della predeterminazione concordata, fra le parti interessate, delle ipotesi di oscuramento dei segnali satellitari): il compromesso si è poi tradotto in apposito accordo internazionale, sottoscritto il 28 giugno 2004, nel quale, fra le altre cose, i contraenti hanno provveduto a spartirsi vicendevolmente le frequenze satellitari necessarie per i rispettivi servizi (64).

#### 6. Segue: l'organizzazione del servizio.

Parallelamente alla negoziazione internazionale di cui si è parlato nel paragrafo che precede, le istituzioni comunitarie hanno proceduto altresì a dar vita alle strutture organizzative chiamate a guidare la progressiva attuazione del programma.

---

(63) La Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni (art. 13 della Costituzione UIT; art. 7 della Convenzione UIT) si riunisce periodicamente e rappresenta l'organo decisionale di vertice dell'UIT nella materia.

(64) L'accordo è stato sottoscritto, sul lato europeo, tanto dalla Comunità quanto dai singoli Stati membri (si tratta, quindi, di un c.d. «accordo misto»): ciò è dipeso dal fatto che, come in parte si è già accennato, sul piano internazionale (e anche nell'ambito del sistema dell'UIT) le frequenze sono considerate parte integrante dei «diritti di sovranità» degli Stati, sicché ogni atto di loro disposizione implica una corrispondente manifestazione di volontà da parte degli Stati interessati. La regola vale, in linea di principio, anche nei rapporti interni fra gli Stati membri della Comunità: vi sono i margini interpretativi per ritenere che oggi la situazione sia mutata, tenendo conto che le frequenze satellitari necessarie per il funzionamento del programma Galileo sono state assegnate all'Autorità di vigilanza europea GNSS dall'art. 2 del regolamento CE n. 1321 del 2004 e che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la capacità degli Stati membri di concludere validi accordi internazionali è destinata a venire meno, a favore di una competenza tendenzialmente esclusiva della Comunità, allorquando la Comunità stessa sia intervenuta, con un proprio atto normativo, a regolare in maniera sufficientemente approfondita una determinata materia, ancorché questa, secondo il Trattato CE, non sia di per sé una materia ricadente nelle sue attribuzioni esclusive (si veda, fra le più recenti, Corte di giustizia, sentenza 5 novembre 2002, in causa C-476/98, in *Racc.*, 2002, 9855; il caso è stato commentato, fra gli altri, da R. GREAVES, *The Community's External Competence: Air Transport Services*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, p. 499 ss.; sul tema delle competenze esterne della Comunità si veda, fra i tanti, L. DANIELE, (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001).

Occorre in via preliminare ricordare come l'elaborazione e l'implementazione dell'iniziativa siano state suddivise in diverse fasi successive: un momento di individuazione preventiva degli obiettivi da perseguire e di valutazione della fattibilità tecnico-economica complessiva dell'operazione; una successiva attività dedicata allo sviluppo della progettazione dei satelliti e delle infrastrutture terrestri e alla convalida delle opzioni individuate in precedenza; lo spiegamento, comprendente la costruzione e il lancio in orbita dei satelliti e il completamento delle stazioni a terra; la gestione operativa commerciale.

La prima fase è stata oggetto, dapprima, di un accordo tripartito fra la Comunità, l'Agenzia spaziale europea (ESA) (65) e l'Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione europea (Eurocontrol) (66), concluso il 18 giugno 1998: l'accordo istituiva un meccanismo di cooperazione, anche finanziaria, fra le

---

(65) L'ESA è stata istituita con il trattato di Parigi del 30 maggio 1975, cui attualmente aderiscono 17 Stati (cioè Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svizzera e Gran Bretagna; Ungheria e Repubblica Ceca partecipano ad alcuni specifici progetti dell'Agenzia), con lo scopo di «assicurare e sviluppare, a fini esclusivamente pacifici, la cooperazione fra Stati europei nel campo della ricerca e della tecnologia spaziali e delle loro applicazioni spaziali, in vista della loro utilizzazioni a scopi scientifici e per sistemi spaziali operativi di applicazioni» (art. II). L'ESA è legata da un rapporto di collaborazione con la Comunità europea, disciplinato dall'accordo del 25 novembre 2003, approvato con decisione Ce n. 578 del 2004. Il Trattato costituzionale prevede espressamente, per la prima volta, una competenza europea in materia spaziale (art. III-254). Il funzionamento dell'Agenzia è descritto da E. MORELLI, *Agenzia spaziale europea (ESA)*, in *Enc. dir.*, I agg., Milano, Giuffrè, 1997, p. 69 ss.

La cooperazione europea in campo spaziale, comunque, non è iniziata con l'ESA. Già con il trattato di Parigi del 14 giugno 1962 era stata creata l'Organizzazione europea di ricerche spaziali, affiancata dall'Organizzazione europea per la messa a punto e la costruzione di vettori di oggetti spaziali, istituita con il trattato di Londra del 29 marzo 1962 (di entrambe l'ESA rappresenta l'eredità istituzionale). Singole sperimentazioni ed applicazioni spaziali, inoltre, avevano costituito oggetto di ulteriori, separati accordi internazionali fra Stati europei (come, per esempio, il trattato di Neully-sur-Seine del 12 aprile 1973 su un programma europeo di satelliti telecomunicazionali e il trattato di Neully-sur-Seine del 21 settembre 1973 sul programma relativo al vettore spaziale ARIANE; sugli aspetti di maggiore attualità del programma ARIANE si vedano C. BAUDIN, *A Brief History of the Ariane Programme and its Evolving Legal Infrastructure*, in *Air and Space Law*, 1999, vol. 24, n. 2, p. 62 ss. e N.A. Horsley, *The Arianspace Monopoly, EU Competition Law, and the Structure of Future European Launch Markets*, in *Air and Space Law*, 2005, vol. 30, n. 2, p. 87 ss.).

L'ESA a sua volta non limita il proprio raggio d'azione alla sola Europa: l'Agenzia, per esempio, partecipa (assieme alle agenzie spaziali degli Stati Uniti, della Russia e del Canada e al governo del Giappone) al programma di cooperazione per la stazione spaziale civile internazionale, regolato dal trattato di Washington del 29 gennaio 1998 (la cui ratifica italiana è stata autorizzata con legge n. 418 del 2000; si consultino in argomento: R. SATTLERT, *US Commercial Activities aboard the International Space Station*, in *Air and Space Law*, 2003, vol. 28, n. 2, p. 66 ss. e A. FARAND, *Commercialization of International Space Station Utilization: The European Partner's Viewpoint*, in *Air and Space Law*, 2003, vol. 28, n. 2, p. 83 ss.).

(66) Si tratta di un ente internazionale creato in forza del trattato di Bruxelles del

parti (da attivare nel quadro delle attività conoscitive e di sviluppo del sistema di navigazione satellitare EGNOS, l'antesignano del programma Galileo (67)) e, in particolare, attribuiva alla Comunità il compito di individuare, avvalendosi dei dati così ottenuti, le esigenze dei potenziali utenti del servizio e di contribuire, su queste basi, alla migliore definizione dei suoi concreti contenuti prestazionali.

Il completamento della fase di preparazione è stato successivamente affidato a un'impresa comune (denominata «Galileo»), istituita ai sensi dell'art. 171 del Trattato CE, e partecipata, in misura largamente maggioritaria, dalla Comunità, nonché, in posizione di socio di minoranza, dall'ESA.

L'impresa comune è stata incaricata, anzitutto, di portare a termine gli studi preliminari concernenti lo sviluppo del programma e di curare il lancio in orbita di una prima serie di satelliti: dello svolgimento materiale di tali prestazioni è stata poi chiamata a occuparsi l'ESA, in forza di una convenzione stipulata con l'impresa comune (68).

Nel mandato conferito all'impresa comune era incluso anche il compito di negoziare «mediante un processo di bandi di gara competitivi con il settore privato, un accordo globale per il finanziamento delle fasi di spiegamento e operativa che definisca le responsabilità, i ruoli e i rischi da ripartire tra il settore pubblico e quello privato» (69).

La procedura di selezione è stata poi effettivamente avviata dalla Commissione per conto dell'impresa comune con la pubblicazione di un invito, rivolto alle aziende del settore, a manifestare

---

13 dicembre 1960 (successivamente più volte modificato), di cui erano originariamente parte solo alcuni Stati membri (accanto, peraltro, anche a Stati non membri). Aderiscono oggi a Eurocontrol i seguenti Stati: Albania, Austria, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Monaco, Olanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Serbia e Montenegro, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Gran Bretagna.

(67) EGNOS si avvale del GPS, che come si è anticipato opera sotto il controllo del governo statunitense ed è posto principalmente al servizio delle sue esigenze militari: il che naturalmente implica un livello elevato di vulnerabilità dell'offerta di EGNOS, poiché di per sé nulla impedisce al governo statunitense, in qualsiasi momento, di interdire l'utilizzo della rete satellitare del GPS; questa, in fondo, è stata una delle ragioni fondamentali che ha spinto la Comunità a lanciare il programma Galileo.

(68) Secondo quanto stabilito dall'art. 3 del relativo statuto, approvato con regolamento CE n. 876 del 2002.

(69) Art. 2 dello statuto.

interesse per l'aggiudicazione della commessa, testualmente qualificata «concessione» (70). A questa prima sollecitazione del mercato ha fatto quindi seguito l'avvio formale della gara, con la pubblicazione di un apposito «bando di concessione» per l'affidamento della gestione delle «fasi di sviluppo e operativa del programma Galileo» (71).

Il bando, più nei dettagli, ha articolato la selezione in due segmenti: il primo dedicato alla qualificazione dei soggetti economici (imprese o consorzi di imprese) intenzionati a partecipare; il secondo propedeutico alla scelta finale del concessionario, da compiere secondo il modello della «negoiazione competitiva» e basato un capitolato d'oneri predisposto dalla stazione appaltante recante i requisiti minimi da soddisfare (in pratica, il bando prevede che, in questa fase della procedura, ciascun candidato presenti una proposta definitiva dell'insieme delle prestazioni offerte e che, successivamente, si proceda a trattative a oltranza finalizzate a un ulteriore miglioramento dell'offerta iniziale). Il bando precisa altresì che l'aggiudicazione avverrà conformemente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che il relativo giudizio si atterrà a due parametri principali: l'entità dei contributi finanziari richiesti dal candidato alla Comunità e all'ESA (il programma Galileo deve in misura preponderante autoalimentarsi attraverso gli introiti derivanti dalla vendita dei servizi ai clienti); la qualità della proposta contrattuale (72).

Da ultimo, la struttura organizzativa pubblica deputata alla regolazione del programma Galileo è stata nuovamente modificata.

Con il regolamento CE n. 1321 del 2004, infatti, è stata creata la «Autorità di vigilanza europea GNSS», cui è stata riservata la qualifica di ente concedente rispetto al futuro aggiudicatario della gara. In tale veste essa: a) dovrà concludere con il concessionario, subentrando all'impresa comune, un apposito contratto e dovrà quindi vigilare sulla sua corretta esecuzione,

---

(70) Invito pubblicato sulla *G.U.C.E* del 22 marzo 2003.

(71) Il bando è stato pubblicato sulla *G.U.C.E* del 17 ottobre 2003.

(72) La procedura di gara, nel momento in cui si scrive, non si è ancora conclusa. È da poco stata avviata concretamente la fase di convalida: il 28 dicembre 2005 è stato lanciato in orbita il primo satellite, Giove-A, cui dovranno fare seguito altri tre; dopo il completamento della fase di convalida potrà iniziare quella successiva, di completamento della rete di satelliti e di erogazione commerciale dei servizi.



adottando tutte le misure ritenute opportune per garantire «la continuità dei servizi»; *b*) assumerà la titolarità delle frequenze satellitari (73) il cui uso dovrà essere attribuito al concessionario (analogamente ci si dovrà comportare per quel che concerne la disponibilità di tutte le altre infrastrutture materiali e immateriali strumentali all'attuazione del programma, destinate a divenire di proprietà dell'Autorità stessa, anche se realizzate dall'impresa comune o, dopo la stipulazione del contratto, dal vincitore della gara); *c*) provvederà a rilasciare, direttamente o indirettamente, tutte le certificazioni tecniche necessarie per il buon funzionamento del sistema (74).

Contestualmente si è anche definito in termini formali il quadro regolamentare entro cui dovrà essere salvaguardata la sicurezza degli Stati membri e dell'Unione europea: l'azione comune Pesc n. 552 del 2004 delinea al riguardo una competenza del Consiglio per l'adozione, all'unanimità, di tutte le decisioni operative che si rivelassero necessarie «in caso di minaccia ... derivante dal funzionamento o dall'utilizzazione del sistema» (75), attribuendo nello stesso tempo all'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune il potere di assumere, qualora ricorrano condizioni di emergenza, tutte le misure provvisorie di salvaguardia reputate indispensabili (76).

#### 7. *Il dominio di primo livello .eu: il governo mondiale di Internet.*

La piena comprensione della struttura, e prima ancora del senso stesso, dell'iniziativa comunitaria sul dominio di primo livello *.eu* presuppone l'acquisizione di alcune informazioni preliminari sul modo di funzionamento di Internet e sugli strumenti preordinati alla sua regolazione.

---

(73) Deve essere in proposito sottolineato che le frequenze satellitari necessarie per il funzionamento del programma Galileo sono state registrate presso l'UIT da alcuni Stati membri (e sono dunque questi ultimi a risultarne titolari di fronte alla stessa UIT): in forza dell'art. 2 del regolamento CE n. 1321 del 2004, però, queste frequenze, sul piano interno comunitario, sono state attribuite all'Autorità, alla quale è stato altresì assegnato il compito di coordinare l'azione degli Stati membri con riferimento alle iniziative da assumere in sede internazionale per la salvaguardia dei benefici derivanti dalla registrazione.

(74) Art. 2, regolamento CE n. 1321 del 2004.

(75) Art. 2, azione comune Pesc n. 552 del 2004.

(76) Art. 3, azione comune Pesc n. 552 del 2004.

Bisogna anzitutto ricordare che a ogni computer collegato alla rete Internet (77) è associato un codice numerico di identificazione (l'indirizzo di *Internet protocol*, IP, una sorta, se si vuole, di numero telefonico applicato a Internet (78)).

Gli utenti sono agevolati nella navigazione e nella ricerca dei siti da un sistema di nomi di dominio (*Full Qualified Domain Name*, FQDN), introdotto nel corso degli anni '80 del secolo scorso e la cui funzione consiste (grazie all'apporto di un particolare *database* chiamato *Domain Name System*, DNS) nel convertire il codice numerico in un codice a lettere, come tale più facilmente memorizzabile, e nel consentire l'immediato collegamento con il *server* su cui è caricato il sito cercato (79).

Il funzionamento dell'IP e del DNS è basato su una serie di dati, quelli che in definitiva permettono il convogliamento delle domande formulate dagli utenti, contenuti in tredici computer, detti *root servers* (80), i quali in questo modo costituiscono il perno fondamentale attorno cui ruota l'intero sistema Internet (81).

---

(77) È d'altra parte risaputo che la rete Internet è, a sua volta, una «rete di reti»: Internet, in altre parole, è un sistema che, grazie all'utilizzo di particolari protocolli di trasmissione, permette il collegamento fra migliaia di reti differenti e, di riflesso, fra i computer collegati a queste ultime.

(78) L'IP, in particolare, permette la canalizzazione, e quindi l'invio e la ricezione, dei dati trasmessi attraverso la rete; esso opera in combinazione con un altro protocollo, il *Transmission Control Protocol*, TCP, che invece serve alla gestione dei pacchetti dei dati: di qui l'uso di riferirsi a questi due protocolli congiuntamente, attraverso l'acronimo TCP/IP.

(79) Il funzionamento del meccanismo è ben illustrato da G. PASCUZZI, *Da IANA a ICANN: un nuovo regime per l'attribuzione dei nomi di dominio su Internet*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 415 ss.

(80) Dieci sono negli Stati Uniti, uno a Londra, uno a Stoccolma e uno a Tokyo. In particolare, vi è un *root server* che funge da «matrice» (ed è contrassegnato dalla lettera A), gli altri dodici ne sono, in sostanza, altrettanti duplicati.

(81) In pratica avviene questo: nel momento in cui l'utente chiede di collegarsi a un determinato sito Internet, la rete esamina anzitutto il dominio di primo livello sotto cui è registrato il sito cercato. A ogni dominio di primo livello sono associati *databases* (gestiti da operatori denominati «*TLD registries*»), in cui sono memorizzati tutti i siti registrati sotto il medesimo dominio: la richiesta di accesso al sito viene quindi convogliata verso il *database* per poi essere smistata, all'interno (virtualmente parlando) del dominio, verso il sito stesso.

Il punto essenziale è il modo con cui la domanda di accesso viene convogliata verso il *database*, e conseguentemente il *TLD registry*, giusti: qui si inserisce la funzione fondamentale dei *root servers*, che contengono tutti i medesimi dati, vale a dire gli indirizzi IP di tutti i *TLD registries*; e sono questi dati che, attraverso una serie di operazioni informatiche intermedie la cui descrizione può essere qui tralasciata, consentono di abbinare a ogni domanda di accesso a un sito il collegamento effettivo con il sito medesimo.

I nomi di dominio (82), a loro volta, sono formati da più parti (poste in un rapporto gerarchico) e ognuna di esse assolve un ruolo diverso, e progressivamente più circoscritto, ai fini dell'identificazione del sito. Il primo livello (*Top Level Domain*, TLD), in questo quadro, funge da primo criterio di selezione (anche se corrisponde alle lettere finali del nome di dominio, quelle collocate dopo l'ultimo punto sulla destra) ed è connotato dal maggior tasso di genericità: in sostanza, esso individua intere categorie di siti, al cui interno sono rintracciabili gruppi via via più limitati (la cui identificazione avviene tramite i domini di secondo livello (83) — *Second Level Domain*, SLD — che, a loro volta, possono essere ulteriormente suddivisi in sottodomini).

Esistono due tipi di domini di primo livello, a seconda che il criterio di accorpamento dei siti sia quello della natura dell'organizzazione di appartenenza (domini di organizzazione o generici; *generic Top Level Domain*, gTLD) o quello dell'area geografica di riferimento (domini geografici; *country code Top Level Domain*, ccTLD). Esempi di domini generici sono quelli contraddistinti da suffissi del tipo *.com*, *.net* e *.org*; suffissi come *.it*, *.fr*, *.de* e ora *.eu*, viceversa, designano i domini geografici di primo livello.

---

(82) La disciplina giuridica dei nomi di dominio coinvolge numerosi profili fra loro diversissimi, inclusi quelli relativi alla tutela dei segni distintivi di carattere commerciale (come, per esempio, i marchi: si veda in questo senso il recente codice della proprietà industriale, approvato con d.lgs. n. 30 del 2005). In questa sede, per ovvie ragioni di spazio, ci si occuperà esclusivamente dell'aspetto legato al governo del sistema attraverso cui i nomi di dominio vengono assegnati. Sul tema del rapporto fra nomi di dominio e segni distintivi, comunque, si vedano: L. PEYRON, *Nomi a dominio — domain name — e proprietà industriale: un tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 697 ss.; E. TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra « domain grabbing », « linking », « framing » e « meta-tag »*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 168 ss.; C. GALLI, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. MARINI, *Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*, in *Dir. comm. intern.*, 2001, p. 3 ss.; A. MAGNANI, *Nomi di dominio, regole di assegnazione e principi per la risoluzione dei conflitti*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 88 ss.; E. TOSI, « *Domain grabbing* », « *linking* », « *framing* » e utilizzo illecito di « *meta-tag* » nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online « *vecchie* » e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale », in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 371 ss.; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei « nomi a dominio »*, Milano, Giuffrè, 2002; P. SAMMARCO, *Nome, nome a dominio e marchio per la stessa denominazione: una coesistenza difficile*, in *Riv. inf. e informatica*, 2003, p. 848 ss.

(83) Per esempio, nel sito *www.unimib.it*, il suffisso *.it* individua il dominio di primo livello geografico, la stringa *unimib* quello di secondo livello: è quindi il dominio di secondo livello quello che più immediatamente consente l'identificazione del sito cercato; il dominio di primo livello è nondimeno essenziale perché, come si è detto, assicura il corretto instradamento informatico della domanda dell'utente.

La struttura organizzativa che a livello globale presiede al governo di Internet, come è noto, si è formata attraverso progressive stratificazioni (84), che in realtà non hanno mai conosciuto una esplicita formalizzazione ufficiale per il tramite di qualche atto normativo, trattato internazionale o altro strumento giuridico di analogia portata, ma hanno finito per imporsi grazie alla forza irresistibile dei fatti (85).

Sono state in particolare esigenze prettamente tecniche, unitamente alla necessità di evitare superflue e antifunzionali sovrapposizioni, a imporre l'esistenza di un meccanismo accentrato di coordinamento di alcuni elementi essenziali per l'uso condiviso della rete (il discorso vale, evidentemente, per l'attribuzione degli indirizzi IP e per il DNS; quest'ultimo non potrebbe dispiegare tutte le sue potenzialità se non esistesse un criterio unico e uniforme a presidio dell'assegnazione dei nomi di dominio: si tratta della c.d. «*universal resolvability*» (86)). In questo scenario è stato sostanzialmente inevitabile privilegiare chi, per primo (si tratta in sostanza, come qui di seguito si evidenzierà, del governo federale statunitense), avesse sviluppato l'architettura complessiva del sistema (acquisendo in questo modo la titolarità dei relativi diritti

---

(84) Cui è corrisposta una regolazione giuridica ispirata prevalentemente alla logica della c.d. *soft law*: si veda in proposito l'ampio contributo di L. MARINI, *Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*, cit.

(85) Per una visione d'insieme sullo sviluppo di Internet e delle sue forme di governo, oltre agli innumerevoli scritti reperibili nei più diversi siti presenti in rete (un interessante esempio di autoreferenzialità storica), si rimanda a S. NESPOR e A.L. DE CESARIS, *Internet e la legge*, 2ª ed., Milano, 2001, Hoepli, p. 3 ss. Si legga anche P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino, 2000, UTET, p. 354 ss.

L'evoluzione del sistema di *governance* di Internet, d'altro canto, si trova descritto, oltre che in innumerevoli contributi specialistici, anche in importanti documenti ufficiali: particolarmente rilevante, anche perché dedicato alla contestuale illustrazione della strategia comunitaria in materia, è la comunicazione della Commissione COM(2000)202 del 11 aprile 2000, intitolata *L'organizzazione e la gestione di Internet — Aspetti di politica internazionale ed europea 1998-2000*.

(86) La necessità di un sistema di supervisione almeno parzialmente accentrato è dovuta a ciò, che i dati presenti nei *root servers*, funzionali all'instradamento delle domande di accesso ai siti formulate dagli utenti, devono essere corretti, chiari e inequivoci, quindi, in sostanza, unici e unitariamente gestiti: in mancanza di regole unitarie per l'attribuzione dei nomi di dominio, infatti, diverrebbe impossibile smistare le domande di accesso verso il sito realmente cercato dall'utente (se esistessero, all'interno di Internet, siti diversi con lo stesso nome, la funzionalità di Internet ne verrebbe, come è ovvio, irrimediabilmente compromessa). Per questi motivi si parla, in proposito, anche di *authoritative root servers*.

di proprietà intellettuale) e le modalità di regolazione del suo sviluppo (87).

Attualmente il vertice di questa struttura è occupata da un'associazione *not-for-profit* di diritto statunitense, insediata in California e denominata *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN): essa è guidata da un organo collegiale, assistito da una pluralità di comitati di cui fanno parte i rappresentanti di una molteplicità di soggetti pubblici e privati in vario modo e a diverso titolo coinvolti nell'utilizzo della rete.

L'ICANN è in realtà l'esito ultimo di una lunga evoluzione che prese avvio nel 1969 con il lancio, sotto l'impulso decisivo anche se non esclusivo del Dipartimento della difesa statunitense, del *network ARPAnet* (88). A fianco di questo, poi, si svilupparono nel tempo anche altri sistemi di connessione a rete, tutti beneficianti di importanti sovvenzioni governative, fra cui una particolare menzione merita il *NSFnet*, creato dalla *National Science Foundation* (NSF; si tratta di un ente pubblico federale statunitense, istituito nel 1950) con lo scopo di fornire ai poli universitari un meccanismo di collegamento alternativo, più economico e più veloce rispetto ad *ARPAnet*.

Il Dipartimento della difesa, peraltro, seguì a curare direttamente lo sviluppo delle tecnologie associate a quella che con il tempo sarebbe divenuta la rete Internet e degli strumenti atti a garantirne un corretto funzionamento: e fu in questo contesto che, fra le altre cose, il Dipartimento, per un verso, assunse definitivamente il TCP/IP come proprio protocollo ufficiale e, per l'altro, riconobbe alla *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), istituita presso la *University of Southern California*

---

(87) Si è in presenza, in definitiva, di un monopolio funzionale, non naturale: qualunque operatore, volendo, può dotarsi di proprie reti autonome, governandole nel modo ritenuto più opportuno attraverso propri *root servers*; tuttavia, se vuole massimizzare l'efficienza del proprio sistema di collegamento, permettendogli di dialogare con altri sistemi e di incrementare in questo modo la sua funzionalità, questo operatore deve inevitabilmente accettare di utilizzare Internet, rispettandone le regole di funzionamento.

Esistono anche organizzazioni che stanno tentando di lanciare sistemi condivisi di registrazione dei nomi di dominio completamente alternativi a quelli descritti nel testo, dotati dunque di propri *root servers* e di propri criteri di instradamento delle domande di accesso ai siti (un esempio per tutti: *new.net*): allo stato è però difficile stimare quale possa essere il successo concreto di simili iniziative.

(88) Frutto dell'attività di sperimentazione effettuata dalla *Advanced Research Projects Agency* (ARPA; poi *Defence Advanced Research Projects Agency*, DARPA) del Pentagono, in combinazione con tre istituti universitari (la UCLA, la UCSB e l'Università dello Utah) e uno di ricerca (il *Stanford Research Institute*).

(USC), poteri di coordinamento nell'allocazione degli indirizzi telematici e dei nomi di dominio (89).

Con il tempo, tuttavia, il crescente successo dell'iniziativa della NSF convinse il Pentagono ad abbandonare *ARPAnet*, che venne in pratica, nel corso del 1989, assorbita in *NSFnet* (90): questa, d'altro canto, si era nel frattempo dotata, grazie ancora una volta a consistenti aiuti economici pubblici, di sempre più perfezionate ed efficienti dorsali fisiche di connessione di estensione nazionale, alle quali potevano collegarsi reti di dimensioni regionali. Nel 1991, poi, una legge del Congresso diede vita al *National Research and Education Network* (NREN), con il mandato di realizzare reti ad alta velocità di collegamento fra le università e i centri di ricerca statunitensi, ma la cui fruizione fosse possibile anche per scopi commerciali; nel 1992 anche la NSF fu autorizzata per legge a consentire l'impiego della sua rete per finalità commerciali (91).

Successivamente, dopo l'invenzione (grazie all'apporto del Cern di Ginevra) del sistema informatico da cui poi scaturì il *World Wide Web* (WWW) e parallelamente a un esponenziale in-

---

(89) Come effetto del *Teranode Network Technology Contract*, concluso fra l'ARPA e l'USC. Le funzioni di IANA furono successivamente confermate da NSF, quando *NSFnet* sostituì *ARPAnet*.

In realtà, conformemente allo spirito che ha sempre animato lo sviluppo di Internet, anche la IANA nacque e si affermò come struttura informale: la sua esistenza e il suo ruolo furono formalizzati, peraltro in maniera non del tutto compiuta, solo successivamente.

(90) Il Pentagono, in realtà decise di scorporare il *network* in due parti: il primo, *milnet*, riservato a usi militari e di cui continuò a mantenere il controllo; il secondo, *ARPAnet*, poi *Internet*, viceversa aperto a utenti non militari.

(91) Prima, infatti, la rete era riservata (per decisione della stessa NSF) a usi prettamente istituzionali, di comunicazione, fra gli organismi pubblici competenti, di informazioni scientifiche o militari: è appena il caso di notare che è stato proprio l'utilizzo in forma commerciale di Internet a decretarne il successo planetario.

Sempre nel 1992, e sempre in seguito all'apertura della rete a impieghi per finalità commerciali, NSF appaltò a una Società statunitense, la *Network Solutions Inc.*, il servizio di registrazione dei nomi di dominio per i domini di primo livello generici: ne derivò un autentico monopolio smantellato solo nel 1999, una volta divenuta operativa l'ICANN. In particolare, in forza di un accordo, approvato il 4 novembre 1999, fra l'ICANN e la *Network Solutions Inc.*, quest'ultima mantenne l'esclusiva per la registrazione di nomi di dominio solo per i domini di primo livello di organizzazione *.com*, *.net*, e *.org*. Ora l'esclusiva è venuta meno e l'ICANN aggiudica periodicamente le gestioni dei diversi domini di primo livello di organizzazione attraverso procedure selettive aperte e non discriminatorie.

Dei più delicati problemi concernenti la gestione dei domini di primo livello generici nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso si occupano K.K. YEE, *location.location: a Snapshot of Internet Addresses as Evolving Property*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 1997, n. 1 e A. ORANGE, *Developments in the Domain Name System: for Better or for Worse?*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 1999, n. 3, entrambi in Internet all'indirizzo [www2.warwick.ac.uk](http://www2.warwick.ac.uk).

cremento delle reti e dei nodi di accesso sorti per iniziativa autonoma dei più svariati operatori, la presidenza Clinton, siamo nel 1997 (92), individuò nel Dipartimento per il commercio l'agenzia governativa incaricata (in sostituzione della NSF) di assicurare una più ampia diffusione di Internet (93) e dei servizi connessi e di procedere a tal fine a una profonda ristrutturazione delle sue forme di regolamentazione.

Il Dipartimento per il commercio, a sua volta, decise nel 1998 (94) l'istituzione di un nuovo, apposito organismo (l'ICANN, appunto), che ereditò le funzioni della IANA (95) (incluse quelle relative alla titolarità dei diritti di proprietà intellettuale sull'architettura di Internet) (96) e cui quindi oggi spetta, su scala planetaria, la prerogativa di assicurare il complessivo governo del sistema (perseguito «*the ... public purposes of ... promoting the global public interest*» (97)) attraverso la regolazione di profili cruciali per l'accesso alla rete, vale a dire la supervisione dei *root servers* (98) e, con ciò, l'assegnazione degli indirizzi IP e dei nomi di dominio di primo livello (99), oltre che il coordinamento dell'uso e dello sviluppo dei protocolli Internet (100).

---

(92) Attraverso il documento intitolato *Framework for Global Electronic Commerce* del 1 luglio 1997.

(93) La prima definizione ufficiale di Internet risale al 1995 e fu formulata dal *Federal Networking Council* (FNC) statunitense in questi termini: «il *Federal Networking Council* (FNC) concorda che il seguente codice rifletta la definizione di Internet. Internet fa riferimento al sistema di informazione globale che i) è collegato in modo logico mediante un unico spazio di indirizzi globale basato sull'*Internet Protocol* (IP) o le sue seguenti estensioni/variazioni; ii) è in grado di supportare comunicazioni utilizzando il sistema *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP) o le sue seguenti estensioni/variazioni, e/o altri protocolli IP-compatibili; e (iii) fornisce, usa o rende accessibili, sia pubblicamente che privatamente, servizi di alto livello connessi alle comunicazioni ed alle infrastrutture collegate qui descritte».

(94) La decisione è racchiusa nello *Statement of Policy* intitolato *Management of Internet Names and Addresses* del 5 giugno 1998.

(95) Sul passaggio delle funzioni fra i due organismi si legga ancora G. PASCUZZI, *Da IANA a ICANN*, cit.

(96) I poteri della IANA nel settore dei nomi di dominio sono stati trasferiti all'ICANN mediante un accordo, stipulato fra la stessa ICANN e l'USC (che prima gestiva la IANA) nel dicembre del 1998.

(97) Così l'art. 3 dell'atto costitutivo di ICANN del 21 novembre 1998.

(98) La supervisione sui *root servers* è stata affidata dal Dipartimento per il commercio all'ICANN mediante un *Cooperative Research and Development Agreement* stipulato nel 1999: in virtù dell'accordo, le modifiche da apportare ai *root servers* devono essere preventivamente autorizzate dal Dipartimento.

(99) In termini generali, i rapporti fra l'ICANN e il Dipartimento per il commercio sono regolati da un *Memorandum of Understanding* sottoscritto il 25 novembre 1998 e successivamente più volte emendato.

(100) Giova ricordare in proposito che i protocolli Internet (come, per esempio, il protocollo TCP/IP) sono, come rimarcato anche dalla menzionata comunicazione della

È importante peraltro notare che l'ICANN è stata concepita e opera come una sorta di concessionaria del Dipartimento per il commercio (101), e quindi del governo statunitense (102) (cui, non a caso, deve inviare periodiche relazioni sull'attività svolta (103)) e che alla comunità dei soggetti a vario titolo interessati al funzionamento di Internet (Governi, fornitori di servizi, utenti, ecc.) sono assicurate forme di partecipazione qualificata ai processi decisionali della stessa ICANN (104).

La concreta cura dei due elementi basilari per l'accesso alla rete Internet, l'assegnazione degli indirizzi IP e la gestione dei domini di primo livello (105), d'altro canto, è da tempo improntata

---

Commissione COM(2000)202 (pag. 11), «le norme e le convenzioni che consentono alle diverse entità su Internet di lavorare assieme per trasportare i dati tra le macchine e presentare i dati nelle applicazioni effettivamente visibili agli utilizzatori». Dello sviluppo dei protocolli si occupano molti organismi specializzati, mentre la funzione di supervisione è assolta, all'interno di ICANN, dalla *Protocol Supporting Organization* (PSO).

(101) È stato infatti il Dipartimento per il commercio, nel già menzionato *Statement of Policy* del 5 giugno 1998, a decidere quali funzioni di governo della rete Internet dovessero rimanere allocate centralmente e quale dovesse essere la struttura organizzativa deputata al loro esercizio (punti 2, 3, 4 e 5 del documento).

(102) Nel paragrafo «*IV. Mutual Interest of the Parties*» del *Memorandum of Understanding* del 25 novembre 1998 viene significativamente affermato che l'ICANN deve «*ensure continuity and stability in the performance of technical management of the DNS now performed by, or on behalf of, the U.S. Government*».

Il rapporto fra l'ICANN e il governo statunitense è descritto in termini molto critici da K. KOMAITIS, *ICANN: Guilty as Charged?*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 2003, n. 1, in Internet all'indirizzo [www2.warwick.ac.uk](http://www2.warwick.ac.uk).

(103) È previsto inoltre che, qualora il Dipartimento per il commercio per qualsiasi ragione ritenga di ritirare l'incarico a ICANN, questa dovrà trasferire allo stesso Dipartimento tutti i diritti acquisiti nel corso della sua attività: così il punto 5 dell'*Amendment 1* al *Memorandum of Understanding* del 25 novembre 1998.

(104) Il ruolo dell'ICANN quale perno della *governance* di Internet è stato uno degli argomenti al centro delle discussioni della seconda fase del vertice mondiale sulla società dell'informazione svoltasi, sotto gli auspici dell'ONU, a Tunisi nel novembre del 2005. In quell'occasione, sulla scorta anche dei punti da 48 a 50 del documento preparatorio predisposto durante la prima fase del vertice a Ginevra il 9 dicembre 2003 (intitolato *Building the Information Society: a Global Challenge in the New Millenium*, n. WSIS/PC-3/DT/6(Rev. 3)-E, in Internet all'indirizzo [www.itu.int/wsis](http://www.itu.int/wsis)) sono state avanzate numerose proposte di riforma, fra cui anche quella di sostituire all'attuale sistema un diverso meccanismo di regolazione di Internet, basato sull'assegnazione delle relative responsabilità all'ONU o a una sua agenzia specializzata. Dopo notevoli dibattiti si è pervenuti a una soluzione di compromesso e il vertice ha demandato al Segretariato generale dell'ONU di istituire una commissione di studio (*Internet Governance Forum*, IGF) con lo scopo di approfondire la tematica e di formulare ulteriori proposte (si vedano al riguardo i punti da 29 a 82 del documento conclusivo del vertice, intitolato *Tunis Agenda for the Information Society*, n. WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev. 1)-E, del 18 novembre 2005 (anch'esso reperibile in Internet all'indirizzo [www.itu.int/wsis](http://www.itu.int/wsis)).

Su questi temi si veda L. ABBA, (a cura di), *Futuro della gestione internazionale di Internet*, *Quaderni dell'Internet italiano*, Collana «*Internet governance*», settembre 2005, in Internet all'indirizzo [www.quadernonline.it](http://www.quadernonline.it).

(105) Gestione che implica, fra l'altro, il potere esclusivo di consentire la registrazione di siti contraddistinti dal relativo suffisso.



al canone della sussidiarietà, essendo delegata, sebbene sempre sotto la supervisione dell'autorità centrale (la IANA, prima, l'ICANN, ora), a organismi terzi (a vocazione funzionale o regionale, a seconda dei casi), che la stessa ICANN qualifica testualmente come soggetti «*performing a public service on behalf of the Internet community*» (106).

Per quanto riguarda gli indirizzi IP, l'ICANN ne attribuisce interi pacchetti a organizzazioni regionali *not-for-profit* da essa stessa riconosciute (ve ne sono solo cinque in tutto il mondo; quella competente per l'Europa si chiama *Réseaux IP Européens Network Coordination Centre — RIPE NCC*), le quali provvedono a distribuirle fra gli *Local Internet Registries* (LIRs) della regione servita (questi ultimi li ripartiscono poi fra i vari *Internet Providers* che, infine, li conferiscono ai singoli utenti) (107).

Anche la gestione dei domini generici di primo livello è assicurata non direttamente dall'ICANN, bensì da operatori specializzati (denominati *gTLD Registries*) accreditati mediante contratto dalla stessa ICANN.

Un poco più dettagliata deve essere invece la descrizione delle modalità concrete di gestione dei domini di primo livello geografici, il tema che qui maggiormente più interessa.

Anche in questo caso le relative funzioni sono oggetto di una delega da parte dell'ICANN. La delega è subordinata al possesso, da parte del delegato, di alcuni requisiti tecnici e operativi stabiliti a livello mondiale dalla *International Organisation for Standardization* (ISO): si tratta di un'organizzazione non governativa (108), composta da organismi di normazione tecnica di più di 150 Stati (109), la cui missione consiste nella determinazione standardizzata di prescrizioni tecniche destinate, potenzialmente, a

---

(106) Così il documento intitolato *ICP-1: Internet Domain Name System Structure and Delegation (ccLTD Administration and Delegation)* del maggio 1999.

(107) Come riferisce la già citata comunicazione della Commissione COM(2000)202 (pag. 10), «non vi sono diritti di proprietà per i blocchi di indirizzi IP: essi sono considerati una pubblica risorsa».

Sui rapporti fra utenti e *Internet Providers* si legga L. ALBERTINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 95 ss.

(108) Per una visione d'insieme sul fenomeno delle organizzazioni internazionali non governative si rinvia a P. BENVENUTI, *Organizzazioni internazionali non governative*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 408 ss.

(109) Vige la regola per cui ogni Stato partecipa attraverso un solo organismo, quello ritenuto il più rappresentativo: per l'Italia si tratta dell'Ente nazionale italiano di unificazione — UNI.

trovare un'applicazione universale (l'ISO non ha di per sé il potere di imporre autoritativamente il rispetto delle regole che essa stessa delibera; sono però spesso le normative nazionali, e per quanto ci riguarda anche quelle europee, a esigerne l'osservanza).

In particolare, l'ICANN ha deciso (confermando una scelta che era già stata effettuata in precedenza dalla IANA (110)) di imporre, a chi aspiri ad avere la delega per un dominio geografico di primo livello, di uniformarsi allo standard tecnico costituito dalla norma ISO 3166, che identifica in generale i codici rappresentativi delle aree geografiche del pianeta e, fra questi, anche quelli composti da due lettere che vengono utilizzati nel contesto di Internet (norma ISO 3166-1): di questo codice rappresentativo, naturalmente, non può fregiarsi chiunque, ma solo l'organismo il cui ruolo esponenziale rispetto all'area geografica sia stato formalmente riconosciuto (111).

Già il dato da ultimo segnalato sarebbe di per sé sufficiente a fondare una posizione di sostanziale monopolio in capo all'ente a cui ciascuno Stato (ovvero organizzazione regionale, come la Comunità europea) abbia scelto di trasmettere la propria qualità rappresentativa.

Questa situazione di esclusività, ad ogni modo, viene ulteriormente rafforzata dalla necessità che il potenziale delegato perfezioni preventivamente con l'ICANN un apposito contratto, mediante il quale gli viene formalmente conferita la responsabilità della gestione del dominio di primo livello Internet (112) cui la delega si riferisce (113).

---

(110) Si veda il documento IANA RFC 1591 del marzo 1994 e il già citato documento ICANN *ICP-1: Internet Domain Name System Structure and Delegation (ccLTD Administration and Delegation)* del maggio 1999, aggiornato alla luce della deliberazione 00.74 assunta nella riunione del 25 settembre 2000.

(111) Occorre in proposito osservare che le questioni legate all'applicazione della norma ISO 3166, ivi incluse quelle relative all'aggiornamento dei codici geografici, sono di competenza di un organismo interno all'organizzazione, chiamato *ISO 3166 Maintenance Agency*.

Degno di nota, a questo riguardo, è che di regola i codici geografici corrispondono a Stati; la *Maintenance Agency* ha tuttavia permesso che certi codici evocanti un'area geografica, per quanto non riferiti a Stati, siano utilizzati per fini specifici da parte di organizzazioni internazionali insediate in quell'area (codici geografici eccezionalmente riservati): di questa possibilità, come si vedrà fra breve nel testo, si è avvalsa la Comunità europea.

(112) Per quanto riguarda il dominio di primo livello geografico corrispondente all'Italia (.it), la delega è stata conferita all'Istituto di Informatica e Telematica (ITT) del Centro Nazionale delle Ricerche (CNR).

(113) Non è privo di interesse il fatto che il sistema di governo di Internet descritto nel testo cominci a ricevere qualche riconoscimento ufficiale in atti di diritto posi-

## 8. Segue: *l'intervento della Comunità.*

Attraverso la creazione del dominio di primo livello *.eu*, la Comunità mira essenzialmente a contribuire al miglioramento delle condizioni del commercio elettronico negli Stati membri, incentivando l'uso e l'accesso alle reti e al mercato virtuale basato su Internet e fornendo agli operatori interessati la possibilità di fregiarsi di una denominazione informatica capace di identificarne immediatamente la provenienza europea.

La Comunità, a tal fine (114), ha dovuto in primo luogo chiedere e ottenere il riconoscimento tanto del diritto (da parte dell'ISO) a utilizzare in via esclusiva il codice identificativo geografico «eu» (115), quanto della sua idoneità (da parte dell'ICANN) a svolgere le funzioni di soggetto delegato alla gestione del dominio di primo livello geografico identificato dal medesimo codice (116).

Una volta raggiunti questi due imprescindibili risultati, la Comunità ha quindi adottato un proprio primo atto normativo (regolamento CE n. 733 del 2002), dedicato alla determinazione dei profili organizzativi essenziali del suo intervento.

È stato dunque deciso che le funzioni comunitarie siano svolte non direttamente dagli uffici burocratici alla dipendenza

---

tivo: tralasciando per il momento la disciplina comunitaria sul dominio di primo livello *.eu*, può essere qui ricordata la disposizione (art. 15, comma 3, d.lgs. n. 259 del 2003, codice delle comunicazioni elettroniche) in forza della quale il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni devono operare in coordinamento «con le organizzazioni internazionali che assumono decisioni in tema di numerazione, assegnazione di nomi a dominio e indirizzamento delle reti». Da menzionare è anche l'art. 118, comma 6, d.lgs. n. 30 del 2005 (codice della proprietà industriale), che prevede che la registrazione di un nome di dominio, che sia avvenuta abusivamente, possa a richiesta dell'avente titolo essere revocata oppure a lui trasferita «da parte dell'autorità di registrazione».

(114) Le premesse dell'iniziativa comunitaria sono riassunte nel documento di lavoro della Commissione COM(2000)153 del 2 febbraio 2000, intitolato *Creazione del nome di dominio Internet di primo livello (TLD) .eu*, nonché nella comunicazione della Commissione COM(2000) del 5 luglio 2000, intitolata *Sistema dei nomi di dominio (DNS) di Internet — Creazione del nome di dominio Internet di primo livello (TLD) .eu*. Si legga in proposito J. HOERNLE, *The European Union Takes Initiative in the Field of E-Commerce*, in *Journal of Information, Law and Technology*, 2000, n. 3, in Internet all'indirizzo [www2.warwick.ac.uk](http://www2.warwick.ac.uk).

(115) L'obiettivo è stato conseguito fra il marzo del 1998 e l'agosto del 1999 ed è stato formalizzato in una lettera dell'ISO 3166 Maintenance Agency del 7 settembre 1999; l'elenco aggiornato dei codici geografici riservati è ora riportato nella delibera dell'ISO 3166 Maintenance Agency n. 494 del 13 febbraio 2003.

(116) La questione ha costituito oggetto di una lettera, datata 6 luglio 2000, inviata dalla Commissione all'ICANN, il cui contenuto è stato da questa condiviso attraverso la già citata deliberazione 00.74 del 25 settembre 2000.

della Commissione, bensì da un organismo esterno (denominato «Registro»). Al Registro devono essere conferite le competenze di amministrazione e gestione del dominio di primo livello *.eu* (da esercitare secondo «criteri di pubblico interesse e conformemente ai principi di qualità, efficienza, affidabilità e accessibilità» (117)), fra cui quelle di manutenzione delle corrispondenti banche dati e dei servizi correlati di interrogazione destinati al pubblico e di registrazione dei nomi di dominio (118). Sempre al Registro, qualificato testualmente come «organismo senza scopo di lucro», è stato riservato l'incombente di concludere con l'ICANN, per conto della Comunità, il contratto per la delega del dominio di primo livello *.eu* (119).

Il Registro non provvede direttamente alla materiale raccolta delle richieste di registrazione dei nomi di dominio recanti il suffisso *.eu*, poiché tale compito (come meglio precisato dal successivo regolamento CE n. 874 del 2004) è di pertinenza dei «conservatori del registro», imprese specializzate legate da un rapporto contrattuale di accreditamento con il Registro e individuate attraverso procedure ragionevoli, trasparenti, non discriminatorie, tali comunque da assicurare «condizioni di concorrenza effettive ed eque» (120).

In sostanza, chi voglia registrare un proprio nome di dominio (il «registrante») deve rivolgersi a un conservatore e concludere con questi un contratto (121): è poi il conservatore che provvede a istruire la domanda attenendosi ai canoni di condotta stabiliti dal Registro e a trasmetterla al Registro stesso, ai fini dell'inserimento ufficiale del nome di dominio, sempre che naturalmente le condizioni sostanziali richieste dalla normativa siano soddisfatte, nel *database .eu* (cioè nel registro in cui sono riportati tutti i nomi di dominio *.eu*). Regole particolari valgono per la registrazione come nomi di dominio di concetti geografici che presentino un diretto interesse per la «organizzazione politica

---

(117) Art. 4, regolamento CE n. 733 del 2002.

(118) Art. 2, regolamento CE n. 733 del 2002.

(119) Art. 3, regolamento CE n. 733 del 2002.

(120) Art. 4, regolamento CE n. 874 del 2004.

(121) Una disciplina in parte diversa vale per la prima fase di avvio del sistema, deputata a garantire la registrazione di nomi di dominio corrispondenti a diritti preesistenti (marchi, indicazioni di origine, ecc.): artt. da 10 a 14, regolamento CE n. 874 del 2004.

e territoriale» degli Stati membri (122), in modo da far sì che il loro utilizzo sia o possa essere riservato ai medesimi Stati (ai quali comunque, in questo modo, viene attribuita la facoltà di operare come clienti del sistema di registrazione).

Il Registro, come detto, è comunque responsabile della corretta e imparziale gestione del dominio di primo livello e deve uniformare la propria attività di regolazione ai parametri fissati dalla Commissione (123). Per questi motivi, la normativa comunitaria, oltre a riconoscere la sua funzione regolatoria nei confronti dei conservatori, impone al Registro di concludere a sua volta un contratto con un «depositario fiduciario», vale a dire un soggetto la cui funzione consiste nell'archiviare giorno per giorno — al fine di assicurare la continuità del servizio — i contenuti del *database .eu* (124).

Al Registro sono inoltre assegnati poteri di revoca dei nomi di dominio registrati dai conservatori. La revoca può essere deliberata dal Registro autonomamente in un numero limitato di casi (125); in tutti gli altri, essa è la conseguenza di una pronuncia giudiziaria o extragiudiziaria che abbia accertato il carattere abusivo o speculativo della registrazione stessa (126). Il Registro è perciò tenuto a selezionare, sempre sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori, gli organismi specializzati per la fornitura del servizio di risoluzione extragiudiziaria delle controversie (127): il servizio in questione può riguardare sia questioni che oppongano due o più soggetti in merito a un nome di dominio registrato, sia

---

(122) Art. 5, regolamento CE n. 733 del 2002; artt. 7, 8 e 9, regolamento CE n. 874 del 2004.

(123) Art. 5, regolamento CE n. 733 del 2002.

(124) Art. 15, regolamento CE n. 874 del 2004. L'art. 4, regolamento CE n. 733 del 2002 impone al Registro di assicurare «l'integrità delle basi di dati dei nomi di dominio».

(125) Art. 20, regolamento CE n. 874 del 2004.

(126) Art. 21, regolamento CE n. 874 del 2004.

Sembra opportuno evidenziare, a questo riguardo, che è diffusa nella giurisprudenza italiana (Tribunale di Modena, sentenza 27 settembre 2004 n. 1571, in *Dir. informatica*, 2005, p. 281 ss.; Tribunale di Bergamo, Sez. I, sentenza 3 marzo 2003 n. 634, in *www.ictlex.net*) l'idea secondo cui le regole adottate dall'organismo competente in tema di assegnazione dei nomi di dominio avrebbero una natura integralmente privatistica (norme di organizzazione interna, vengono talvolta definite): la situazione deve ritenersi ora profondamente modificata, perlomeno per quel che riguarda i siti con il suffisso *.eu*, in seguito all'entrata in vigore dei regolamenti CE n. 733 del 2002 e n. 847 del 2004; l'indirizzo giurisprudenziale richiamato, in ogni caso, non pare del tutto corretto, vista la profonda connotazione pubblicitaria che contraddistingue l'intero sistema, nonostante il modo spontaneo con questo si è venuto formando.

(127) Art. 23, regolamento CE n. 874 del 2004.

le decisioni assunte dal Registro nello svolgimento delle sue mansioni istituzionali (esse possono essere annullate qualora riscontrate contrarie alla normativa pertinente)(128).

Per la scelta del Registro, la Commissione ha attivato una procedura di gara(129), preannunciando che la scelta dell'aggiudicatario sarebbe avvenuta secondo criteri di merito tecnico e finanziario contestualmente definiti.

La selezione si è poi regolarmente svolta e conclusa ed è stata vinta da un consorzio denominato *European Registry for Internet Domains* (EURID), di cui fa parte anche l'IIT del CNR. A seguito della decisione CE n. 375 del 2003, che ha formalizzato gli esiti della gara, EURID ha stipulato il contratto di affidamento del servizio con la Commissione e il contratto di delega con l'ICANN(130).

È importante sottolineare che, come previsto già nel regolamento CE n. 733 del 2002(131) e poi nella bozza di contratto che era stata allegata al bando(132), è escluso che EURID riceva qualche corrispettivo dalla Comunità, dovendo i costi sostenuti per l'erogazione del servizio essere coperti mediante gli introiti derivanti dalle tariffe applicate ai fruitori. È inoltre espressamente proibita la possibilità per il Registro di ricavare profitti dalle prestazioni rese al pubblico.

#### 9. *Considerazioni di sintesi sul programma Galileo e sul dominio Internet di primo livello .eu.*

Fra le due iniziative comunitarie che si sono fin qui descritte, indubbiamente, esistono non marginali differenze. Il programma Galileo è caratterizzato da un elevatissimo contenuto tecnologico e di innovazione, il che non può essere evidentemente replicato

---

(128) Art. 22, regolamento CE n. 874 del 2004. Il sistema di risoluzione extragiudiziario delle controversie ivi prefigurato è ispirato a quello varato dall'ICANN, sul quale si legga L. MENDOLA, *La Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in *Dir. comm. intern.*, 2003, p. 57 ss.

(129) Il bando è stato pubblicato sulla *G.U.C.E.* del 3 settembre 2002.

(130) EURID è stato ufficialmente riconosciuto dall'ICANN con la deliberazione 05.15 del 21 marzo 2005 e il 2 maggio 2005 il dominio di primo livello *.eu* è stato inserito nel DNS.

(131) Art. 4, regolamento CE n. 733 del 2002.

(132) Art. 9 della bozza di contratto.

per i servizi concernenti il dominio di primo livello *.eu*, che sfruttano in massima parte tecnologie già esistenti e sperimentate.

Il programma Galileo, inoltre, è disciplinato in modo tale da permettere all'operatore di conseguire un profitto dalle attività svolte, mentre per il gestore del dominio *.eu*, il Registro, è viceversa escluso per definizione lo scopo di lucro: tale differenza di regime non è ovviamente casuale, posto che, nel primo caso, occorre attrarre i consistenti capitali di rischio necessari per sostenere gli investimenti (capitali che senza la prospettiva di lauti introiti si indirizzerebbero altrove) e che, nel secondo caso invece, un'esigenza del genere non sussiste (il perseguimento di uno scopo di lucro non è però interdetto del tutto neppure nell'ambito dei servizi relativi al dominio *.eu*: solo che esso riguarda non il Registro, bensì i conservatori).

Nonostante queste innegabili diversità, tuttavia, è dato riscontrare anche numerosi elementi in comune: e, come spesso avviene, sono proprio gli aspetti di uniformità che devono guidare la lettura dei fenomeni da parte dell'interprete.

È anzitutto difficile porre in dubbio l'inquadramento delle due tipologie di attività nella categoria dei servizi pubblici (secondo la denominazione tradizionale del nostro ordinamento), dei servizi di interesse generale (secondo quella che si è affermata nel diritto comunitario in tempi più recenti<sup>(133)</sup>).

Si tratta infatti, per un verso, di prestazioni rivolte al soddisfacimento di esigenze della comunità degli utenti ritenute meritevoli di protezione non solo in una prospettiva meramente individualistica, ma anche in relazione agli obiettivi di sviluppo sociale nel suo complesso, individuati come preminenti dagli organi politici di vertice della Comunità (la sicurezza delle comunicazioni e la salvaguardia di altri valori di rango primario, per il programma Galileo; la promozione del commercio elettronico e, più

---

(133) La questione definitoria è già stata affrontata nel secondo paragrafo, cui dunque si rinvia. È qui sufficiente ricordare che il già menzionato Libro bianco della Commissione del 2004 sui servizi di interesse generale li definisce come quei «servizi ... che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico», relativi in particolare agli elementi dell'universalità, della continuità, della qualità, dell'accessibilità delle tariffe e della tutela degli utenti e dei consumatori; come lo stesso Libro bianco precisa, peraltro, la definizione è idonea a includere tanto i servizi di natura economica, quanto quelli privi di tale carattere.

in generale, della società dell'informazione, per il dominio di primo livello *.eu*).

L'erogazione dei servizi non viene pertanto interamente lasciata all'autonomia degli operatori privati, ma questa è soggetta a forme di *governance* pubblicistica attratte all'interno di complesse strutture organizzative (l'Autorità di vigilanza europea GNSS e il Consiglio europeo, per il programma Galileo; la Commissione e il Registro, per il dominio di primo livello *.eu*), istituite e guidate, direttamente o indirettamente, dai pubblici poteri europei e le cui funzioni sono assistite da una clausola di esclusività.

In entrambi i casi, in particolare, è sancito espressamente l'obbligo per i gestori dei servizi di assicurarne la continuità e di consentirne la fruizione da parte degli utenti secondo criteri di trasparenza e di non discriminazione(134); nell'una e nell'altra ipotesi, ancora, sono previsti in capo ai pubblici poteri penetranti poteri di indirizzo e di vigilanza sulle attività di erogazione.

Fondamentale è stato poi l'apporto delle istituzioni comunitarie nella fase di individuazione del soggetto cui affidare l'incarico di gestore (per il programma Galileo, si badi, tale soggetto è esplicitamente qualificato come concessionario). In ambedue le evenienze, infatti, è stata la Commissione ad agire come stazione appaltante, determinando preventivamente le coordinate entro cui si sarebbe poi svolta la procedura selettiva: e può non essere privo di interesse, a questo riguardo, notare che le due gare, per quanto naturalmente improntate alla logica dell'evidenza pubblica, non sono state modellate sulla falsariga rigorosa delle disposizioni comunitarie per le assegnazioni degli appalti pubblici degli Stati membri vigenti all'epoca del loro svolgimento(135), ma si sono conformate, in anticipo rispetto alla successiva evoluzione della legislazione europea(136), allo schema del dialogo competitivo(137).

---

(134) Per il programma Galileo, il considerato n. 7 del regolamento CE n. 1321 del 2004 parla espressamente di obblighi di servizio pubblico.

(135) Direttive CEE n. 50 del 1992, n. 36, n. 37 e n. 38 del 1993.

(136) Ci si riferisce alle direttive CE n. 17 e n. 18 del 2004.

(137) Il che, soprattutto per quel che concerne il programma Galileo, conferma quello che era già stato evidenziato nella letteratura più avveduta (M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 251 ss.), cioè che il modello rigido rappresentato dalle procedure aperte o ristrette non sempre è adeguato a per-



Per l'altro verso, la remunerazione dei prestatori dei servizi non è coperta (perlomeno non in misura integrale) da elargizioni finanziarie a carico delle istituzioni comunitarie. Nel programma Galileo, lo si è visto, è ammesso sì un finanziamento pubblico europeo, ma è altresì prescritto che la maggioranza delle entrate economiche sia conseguita attraverso la vendita dei servizi a titolo oneroso agli utenti: il rischio commerciale, dunque, grava anzitutto sull'operatore concessionario. Per il dominio di primo livello *.eu*, invece, la situazione è parzialmente diversa, perché il Registro non può perseguire uno scopo di lucro (e, quindi, non opera come impresa): nondimeno, anche in questo caso è stabilito che sia lo stesso Registro a reperire le risorse finanziarie necessarie per alimentare la sua attività attraverso l'applicazione di tariffe nei confronti degli utenti, senza alcun concorso pubblico; soprattutto, si deve considerare che il servizio concernente la registrazione di nomi di dominio con il suffisso *.eu* si scompone in più segmenti, l'ultimo dei quali (quello che presuppone l'instaurazione diretta di un rapporto con l'utente finale) è di competenza dei conservatori, che, come si è detto, sono imprese (ancorché sottoposte al controllo, nonché, entro certi limiti, alla direzione del Registro) che prestano la propria opera dietro il pagamento di un corrispettivo da parte dei clienti.

A questo comune inquadramento nella categoria dei servizi pubblici (138) è sottesa, peraltro, un'altrettanto comune giustificazione del ruolo assunto nella loro organizzazione dalle istituzioni comunitarie.

Particolarmente significativo, in primo luogo, è che ambedue i programmi siano riconducibili alla materia delle «reti transeuropee nei settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia», in cui, secondo l'art. 154 del Trattato CE (139), compito delle istituzioni comunitarie è di operare in modo tale da «consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere in-

---

mettere una reale e proficua selezione del miglior offerente quando si tratti di aggiudicare incarichi ad alta complessità e dalla forte carica di innovazione.

(138) La gestione del dominio di primo livello *.eu* è qualificata come «servizio pubblico comunitario» anche da P. MANCHETTI e A. SIROTTI, *Il Top Level Domain «.eu»*, in *Internet Law Digest*, in Internet all'indirizzo [www.internet-law-digest.org](http://www.internet-law-digest.org).

(139) Si veda ora l'art. III-246 del Trattato costituzionale.

terne» (140). Quello delle reti è, come già si è osservato, uno degli ambiti in cui maggiormente è percepibile la necessità di una partecipazione qualificata della Comunità, in ragione, oltre che della dimensione transfrontaliera delle stesse, anche della loro natura di infrastrutture indispensabili per un adeguato sviluppo di tutti gli altri settori del mercato.

Entrambe le iniziative, in secondo luogo, si muovono in settori connotati da una scarsa regolamentazione ufficiale (alla lacuna sopperiscono svariati strumenti di *soft law*, il che però non è la stessa cosa (141)) e dalla conseguente propensione degli attori coinvolti ad agire in modo assai libero e, spesso, spregiudicato (basti pensare all'atteggiamento mantenuto inizialmente dal governo statunitense sulla questione delle frequenze satellitari destinate a essere impiegate dal programma Galileo).

Sono servizi, ancora, il cui espletamento implica inevitabilmente la disponibilità di utilità giuridiche (le frequenze satellitari e la delega di gestione per il dominio di primo livello geografico), la cui acquisizione, da un lato, richiede la titolarità di una qualificazione pubblicistica (le clausole della Costituzione e della Convenzione UIT sono rivolte agli Stati, individualmente o raggruppati (142); il diritto di usare i codici geografici è riservato agli enti esponenziali delle aree rappresentate dai codici stessi) e, dall'altro, comporta la necessità di condurre lunghe e laboriose trattative a livello internazionale (e se per il dominio di primo livello *.eu*, per le ragioni che si sono analizzate, solo la Comunità poteva aspi-

---

(140) È peraltro da notare che, mentre per l'adozione del regolamento CE n. 733 del 2002 sul dominio di primo livello *.eu* si è ritenuto sufficiente fare riferimento alle previsioni riportate nel titolo XV del Trattato CE sulle reti transeuropee, non altrettanto è accaduto per il regolamento CE n. 1321 del 2004 sul programma Galileo (pur riguardando anch'esso, naturalmente, una rete di telecomunicazioni, tant'è che la «rete di posizionamento e navigazione» satellitare è stata formalmente menzionata nell'art. 17 dei già citati «orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti» approvati con decisione CE n. 1692 del 1996), che è stato viceversa basato sulla clausola residuale di cui all'art. 308 del Trattato CE.

(141) Per avere un'idea del carattere scarsamente formalizzato delle regole che presidono su scala globale ai servizi di comunicazione via satellite, può essere menzionato il caso della disciplina concernente il settore delle comunicazioni satellitari mobili (quelle, per intenderci, che non presuppongono una stazione di ricezione terrestre fissa; si tratta delle *Global Mobile Personal Communications by Satellite*, GMPCS): essa rinviene la propria fonte in due accordi volontari sottoscritti a Ginevra il 14 febbraio 1997 e 7-8 giugno 2003 sotto gli auspici dell'ITU, cui oggi aderiscono 167 soggetti fra imprese private e organismi pubblici nazionali di regolazione (per l'Italia partecipa il Ministero delle comunicazioni).

(142) Si veda per esempio, proprio con riferimento alle frequenze satellitari, l'art. 44 della Costituzione UIT.

rare a conseguire la delega da parte dell'ICANN, per quel che riguarda il riconoscimento del diritto di occupare determinate frequenze satellitari l'intervento in prima persona delle istituzioni comunitarie, e non dei singoli Stati membri ciascuno per proprio conto, è evidentemente servito a conferire una maggior forza alla posizione negoziale europea).

Alla necessità, o alla maggior utilità, di un impegno diretto dei poteri pubblici comunitari sullo scenario internazionale, peraltro, non può non abbinarsi un ruolo centrale degli stessi nella successiva organizzazione, sul piano interno, delle modalità di materiale erogazione dei servizi basati sulla titolarità delle utilità giuridiche così ottenute (con correlata riduzione della posizione degli Stati membri, *uti singuli*, a utenti dei servizi, non a loro promotori): se tale titolarità è intestata alla Comunità (143), evidentemente, il compito di regolarne lo sfruttamento non può non esserle riservato.

10. *La diffusione del nuovo modello fra conferme e (apparenti) eccezioni: il servizio europeo di telepedaggio, i Registri ambientali, l'evoluzione della rete EURES e il lancio del programma IDACB.*

L'impostazione che si è tratteggiata nei paragrafi che precedono ha trovato seguito in alcune iniziative comunitarie che presentano caratteri in parte simili e in parte diversi a quelli sin qui tratteggiati.

La circostanza che il modello si stia diffondendo anche al di fuori dei settori in cui si è inizialmente affermato è testimonianza eloquente della sua vitalità: questa, peraltro, non sembra trovare smentita nel fatto che a tale diffusione si accompagnino differenze, talvolta anche sensibili, nella modalità pratiche di implementazione, giacché, per un verso, si tratta di diversità che sono addebitabili alla non omogeneità delle prestazioni erogate e, per l'altro, è assolutamente normale che convivano nello stesso ordi-

---

(143) Si è visto che, per quanto attiene alle frequenze satellitari necessarie per il programma Galileo, esse sono state oggetto, dapprima, dell'accordo internazionale del 28 giugno 2004 con gli Stati Uniti sottoscritto (oltre che dagli Stati membri) anche dalla Comunità, e, poi, sono state assegnate all'Autorità di vigilanza europea GNSS dall'art. 2 del regolamento CE n. 1321 del 2004.

namento paradigmi organizzativi dei servizi pubblici molto divergenti tra loro.

Con la direttiva CE n. 52 del 2004 è stato istituito il «servizio europeo di telepedaggio», esteso a «tutte le reti stradali della Comunità sulle quali è riscosso per via elettronica un pedaggio o un diritto stradale d'uso»(144): scopo del servizio è di «garantire l'interoperabilità in tutta la Comunità per l'utente dei sistemi di telepedaggio già applicati negli Stati membri e di quelli che saranno introdotti in futuro»(145).

Il legislatore europeo, in proposito, ha in primo luogo fissato una volta per tutte le soluzioni tecnologiche da adottare per il funzionamento del servizio, imponendo ai singoli operatori nazionali di uniformarsi(146). Sono state quindi introdotte le regole organizzative fondamentali del servizio stesso, prevedendosi la stipulazione di accordi fra gli erogatori delle prestazioni di telepedaggio su scala nazionale e stabilendo il diritto dell'utente interessato di concludere un solo contratto di abbonamento, valido per tutta le rete stradale comunitaria, con uno qualsiasi dei predetti gestori(147). È stato infine attribuito alla Commissione il potere di assumere decisioni vincolanti in ordine tanto ai contenuti del servizio, quanto alle sue caratteristiche esecutive di indole tecnica(148).

Vi è in questo caso, senza ombra di dubbio, un'importante discrasia rispetto agli esempi del programma Galileo e del dominio di primo livello *.eu*, posto che il servizio di telepedaggio non è direttamente organizzato dalla Comunità, ma il suo espletamento è lasciato all'autonomia contrattuale degli operatori già presenti nei vari mercati nazionali (in questo senso, esso pare ri-

---

(144) Art. 3, direttiva CE n. 52 del 2004.

(145) Art. 1, direttiva CE n. 52 del 2004. In sostanza, si vuole far sì che l'utente possa, con un unico abbonamento e con un unico apparecchio di registrazione, circolare per tutta le strade europee a pedaggio. Rimane comunque ferma la competenza esclusiva degli Stati membri in ordine all'istituzione dei pedaggi e alla determinazione della loro consistenza (art. 3, comma 2, direttiva CE n. 52 del 2004), servendo il servizio europeo solo a unificare la fase di riscossione.

(146) Art. 2, direttiva CE n. 52 del 2004.

(147) Art. 3, direttiva CE n. 52 del 2004.

(148) Art. 4, direttiva CE n. 52 del 2004. L'allegato alla direttiva elenca gli elementi contenutistici del servizio la cui definizione compete alla Commissione; fra questi sono annoverati anche i seguenti punti: determinazione di regole non discriminatorie per l'accesso al servizio; eventuale armonizzazione delle norme necessarie per l'esecuzione del servizio; l'elaborazione di un protocollo d'accordo fra gli operatori che consenta il materiale lancio del servizio.

manere legato alla logica, di cui si è già discusso in precedenza, della regolazione esterna da parte della Comunità delle modalità di erogazione di servizi pubblici da parte di organismi designati dagli Stati membri; qualche analogia potrebbe altresì essere ravvisata rispetto all'impostazione iniziale della già citata rete EURES, composta dagli uffici e dalle agenzie nazionali di collocamento e coordinata dalla Commissione).

Questo elemento di distinzione non può essere sottovalutato: non gli può neppure, tuttavia, essere attribuito un valore esagerato, poiché il servizio europeo di telepedagogia presenta anche non secondari aspetti di similitudine con gli altri due servizi pubblici comunitari esaminati in precedenza.

Si tratta, anzitutto, di un servizio obbligatorio, nel senso che gli operatori di telepedagogia già attivi nei rispettivi mercati nazionali non possono esimersi dal darvi attuazione. Il servizio, inoltre, ha di per sé una dimensione sovranazionale e deve essere erogato su tutto il territorio europeo a condizioni uniformi. Infine, e soprattutto, non è affatto assente una funzione di direzione sull'operato dei gestori da parte del pubblico potere comunitario (qui impersonato dalla Commissione), cui al contrario compete di definire molti profili essenziali del servizio, non esclusi quelli relativi ai livelli delle prestazioni che devono essere garantite agli utenti<sup>(149)</sup>: l'intervento della Commissione, in altre parole, non è in questo caso circoscritto alla mera predisposizione di regole pro-concorrenziali o al semplice coordinamento delle attività degli operatori, ma è finalizzato anche a stabilire direttamente, in termini concreti e non astratti come avviene in altri casi, il contenuto della prestazione che deve essere fornita ai clienti (con la conseguenza, non secondaria, che qui viene instaurato un rapporto diretto di indirizzo e controllo da parte della Commissione nei confronti dei gestori, che in parte assorbe quello intercorrente fra questi ultimi e le rispettive autorità nazionali).

Per apprezzare compiutamente la portata dei fattori caratterizzanti il servizio europeo di telepedagogia, che si sono appena delineati, sembra ancora una volta opportuno offrire un raffronto con alcune tipologie di iniziative comunitarie precedenti, che allo stesso potrebbe apparire simili se non altro (in parte) dal punto

---

(149) Voce «aspetti tecnici» dell'allegato alla direttiva CE n. 52 del 2004.

di vista della denominazione loro riservata: ci si riferisce al « servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonìa mobile terrestre » (GSM) (150), al « servizio pubblico paneuropeo di radioavviso terrestre » (ERMES) (151), al « sistema digitale europeo di telecomunicazione senza filo » (DECT) (152) e, infine, al « sistema di comunicazioni mobili e senza fili della terza generazione » (UMTS) (153).

In tali casi sono certamente presenti aspetti riconducibili, da un lato, alla nozione di servizio pubblico e, dall'altro, alla dimensione europea delle prestazioni da erogare: manca, tuttavia, il ruolo direttivo della Commissione (invece centrale, come si è detto, nel servizio europeo di telepedaggio), essendosi limitati i provvedimenti comunitari a segnalare l'esigenza di attivare i servizi in questione (incombente però gravante sugli Stati membri), nonché a individuare le frequenze da impegnare per assicurarne il funzionamento (154).

Viene spontaneo chiedersi, a questo punto, perché per il servizio di telepedaggio la Comunità non abbia optato per l'assun-

---

(150) Direttiva CEE n. 372 del 1987. Secondo l'art. 3 di tale direttiva si tratta di « un servizio pubblico di radiotelefonìa cellulare fornito in ciascuno degli Stati membri secondo una specifica comune che, in particolare, prevede che tutti i segnali vocali siano codificati sotto forma di numeri binari prima della trasmissione radio e permette agli utenti che beneficiano di un servizio in uno Stato membro di accedere anche al servizio esistente in un altro Stato membro ». Si veda anche la raccomandazione CEE n. 371 del 1987.

(151) Direttiva CEE n. 544 del 1990. Ai sensi dell'art. 1 della direttiva, il servizio ivi regolato consiste(va) in « un servizio pubblico di radioavviso, basato su strutture ubicate in terraferma, fornito in ciascuno degli Stati membri e rispondente a una specifica comune, che consenta alle persone che lo desiderino di inviare e/o ricevere un avviso e/o messaggi numerici o alfanumerici in qualsiasi località della Comunità coperta del servizio stesso » (la direttiva era stata accompagnata dalla raccomandazione CEE n. 543 del 1990). Visto il sostanziale abbandono del servizio, a causa del concomitante affermarsi della telecomunicazione mobile, la direttiva CEE n. 544 del 1990 è stata abrogata dalla direttiva CE n. 82 del 2005. Le frequenze impegnate per ERMES sono state quindi riassegnate a nuove funzioni con una decisione CE della Commissione n. 928 del 2005, adottata sulla base della decisione CE n. 676 del 2002 sullo spettro radio.

(152) Direttiva CEE n. 287 del 1991: al servizio DECT si riferisce anche la raccomandazione CEE n. 288 del 1991.

(153) Decisione CE n. 128 del 1999. Il carattere paneuropeo del servizio UMTS deriva dalla volontà di permettere il *roaming* per l'intero territorio comunitario: di qui la necessità della Comunità di stabilire, in maniera vincolante per tutti gli Stati membri, le frequenze da impegnare per il servizio.

(154) Art. 1 della direttiva CEE n. 372 del 1987; art. 2 della direttiva CEE n. 544 del 1990; art. 2 della direttiva n. 287 del 1991; art. 5 della decisione CE n. 128 del 1999 (quest'ultimo provvedimento, peraltro, mira ad assicurare l'interoperabilità fra i servizi erogati su scala nazionale: il raggiungimento dell'obiettivo però è lasciato ad accordi fra i gestori, con la precisazione che tutt'al più « gli Stati membri incoraggiano » i medesimi in tale direzione: art. 4).

zione diretta (anche nei confronti del pubblico) della responsabilità della sua organizzazione. La risposta può essere presumibilmente trovata nel principio di proporzionalità (155): il legislatore ha preso atto della preesistenza di operatori nazionali già attivi nel settore e della loro comune intenzione di cooperare per giungere al risultato finale dell'interoperabilità dei rispettivi sistemi (156); non avendo ritenuto strettamente necessario sostituire la loro azione mediante la predisposizione di una nuova struttura dotata di un diritto di esclusiva (con conseguente radicale elisione della loro autonomia organizzativa), ha preferito costringerli a interagire, fornendo loro il quadro cogente entro cui muoversi (157).

Nel servizio europeo di telepedagogia sono presenti le componenti di universalità (tutti gli utenti hanno diritto di fruirne, quale che sia la loro residenza, a condizioni comparabili) e di economicità (i gestori sono remunerati attraverso le tariffe applicate ai clienti) del servizio di interesse economico generale come definito dall'ordinamento comunitario, mentre è meno accentuata, per le ragioni appena viste, la componente strettamente organizzativa: per due di questi profili (l'economico e l'organizzativo), invece, il rapporto è esattamente invertito nel caso degli ormai numerosi Registri europei nei quali, secondo la legislazione comunitaria, devono essere annotate molteplici tipologie di informazioni in materia ambientale (158).

---

(155) Sul principio di proporzionalità è essenziale la lettura di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDam, 1998. Si leggano anche D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in questa *Rivista*, 1993, p. 837 ss. e J. SCHWARZE, *The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 53 ss.

(156) Esplicitamente, in questo senso, il considerato n. 3 delle premesse alla direttiva CE n. 52 del 2004.

(157) In pratica, il legislatore comunitario, riconosciuta l'idoneità di preesistenti strutture operative spontaneamente formatesi a soddisfare in misura adeguata l'obiettivo di pubblico interesse europeo, ha preferito servirsene, attraendole nell'ambito della propria organizzazione, anziché sostituirle.

Non si tratta, naturalmente, di un approccio nuovo, tutt'altro: il fenomeno dell'utilizzo, da parte dei pubblici poteri, di organismi privati, chiamati a concorrere al perseguimento di scopi di rilievo collettivo e in questo modo soggetti a un processo di trasfigurazione della loro natura e della loro vocazione funzionale originaria, infatti, è largamente diffuso. Sull'argomento, per quanto affrontato da una prospettiva diversa da quella qui esaminata, si legga la recente e bellissima monografia di B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 405 ss. Si veda anche A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.

(158) Si deve porre in luce, per evitare fraintendimenti, che non costituisce certo una novità la tenuta da parte delle istituzioni comunitarie di banche dati pubbliche, ac-

Vi è anzitutto il Registro europeo delle emissioni e dei trasferimenti delle sostanze inquinanti, previsto dal regolamento Ce n. 166 del 2006 in attuazione degli obblighi scaturenti dalla Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, conclusa ad Aarhus il 25 giugno 1998, e dal successivo Protocollo sui registri delle emissioni e dei trasferimenti delle sostanze inquinanti, firmato a Kiev il 21 maggio 2003 (ai due strumenti internazionali ha aderito anche la Comunità (159)).

Nel Registro (160), in conformità a quanto prescritto dal Protocollo, devono essere riportate, secondo criteri di elaborazione elettronica standardizzati e uniformi, numerose informazioni sui processi produttivi fornite, per il tramite degli Stati membri, dai titolari di svariate categorie di impianti e attività potenzialmente inquinanti: i contenuti della banca dati del Registro, la cui gestione incombe sulla Commissione con l'assistenza dell'Agenzia europea per l'ambiente, sono messi a disposizione del pubblico in modo da garantire un accesso continuato e gratuito via Internet a chiunque sia interessato alla loro conoscenza (161).

La finalità al cui perseguimento è deputato il Registro è di agevolare il coinvolgimento, effettivo e attivo, dei cittadini nel «processo decisionale in materia ambientale» (162), fornendo loro (in maniera costantemente aggiornata e con una presentazione facilmente comprensibile) tutti gli elementi conoscitivi indispensabili per un ottimale esercizio di tale diritto fondamentale di partecipazione democratica.

Il carattere pubblico del servizio in questione sembra francamente innegabile, così come indiscutibile appare la preordinazione delle connesse prestazioni di catalogazione e pubblicazione a soddisfare esigenze di informazione ormai repute, e a ragione, essenziali per il cittadino contemporaneo. Palese è, poi, il valore ag-

---

cessibili per mezzo di Internet (basti pensare al sito *europa.eu.int*). La novità qui consiste nel fatto che nei Registri di cui si parla nel testo sono catalogate e pubblicate informazioni non provenienti da organismi interni alla Comunità, bensì da soggetti privati esterni, nonché dagli Stati membri.

(159) Decisioni CE n. 370 del 2005 e n. 61 del 2006.

(160) Che, nella sua forma attuale, è la versione evoluta del Registro europeo delle emissioni inquinanti istituito dalla decisione CE n. 479 del 2000.

(161) Artt. 4 e 10, regolamento CE n. 166 del 2006.

(162) Art. 1, regolamento CE n. 166 del 2006.



giunto racchiuso nel Registro europeo rispetto agli analoghi strumenti di catalogazione esistenti nei singoli Stati membri, perché esso offre all'utente un'informazione assai più ampia quanto a dimensioni e più significativa quanto ad approfondimento, permettendogli, attraverso la consultazione di un unico sistema di archiviazione e pubblicazione dei dati, di operare confronti incrociati fra le situazioni nazionali che altrimenti sarebbero, se non impossibili, certamente più difficoltosi.

Seppure orientati prevalentemente a fornire dati istruttori alle amministrazioni nazionali competenti, del resto, anche altri Registri istituiti dalla Comunità perseguono collateralmente, ma in modo istituzionalizzato, la finalità di assicurare un'informazione qualificata del pubblico su tematiche di tipo ambientale. La condizione ricorre, per esempio, per il Catalogo indipendente comunitario delle operazioni (*Community Independent Transaction Log* — CITL), banca dati elettronica in cui sono riportate le transazioni concernenti il commercio delle quote di emissione di gas a effetto serra (163), e per i Registri comunitari destinati alla conservazione delle informazioni sulle modificazioni genetiche degli OGM (164): in entrambi i casi la registrazione dei dati, elaborati e trasmessi dagli apparati nazionali, avviene a cura della Commissione ed è garantita in termini generali la possibilità per il pubblico di accedere gratuitamente a una consistente porzione delle notizie memorizzate. Da non dimenticare, in questa prospettiva, è anche l'*European Environment Information and Observation Network* — EIONET, rete informatica che è dedicata alla divulgazione presso il pubblico di una considerevole mole di informazioni ambientali e che è gestita dall'Agenzia europea per l'ambiente, operante qui come snodo di un'articolata struttura organizzativa cui partecipano gli enti nazionali competenti in materia (165).

---

(163) Il Catalogo è contemplato dall'art. 5 del regolamento CE n. 2216 del 2004: la sua funzione consiste nel permettere di controllare costantemente la regolarità delle operazioni di commercializzazione delle quote di emissione, in conformità alle prescrizioni dettate dal Protocollo di Kyoto e, sulla sua base, dalla direttiva CE n. 87 del 2003: si ricorda incidentalmente che il Protocollo di Kyoto è stato sottoscritto, oltre dagli Stati membri, anche dalla Comunità in proprio (si veda al riguardo la decisione CE n. 358 del 2002).

(164) Il funzionamento di questi Registri è disciplinata dalla decisione CE n. 204 del 2004, adottata in esecuzione dell'art. 31 della direttiva CE n. 18 del 2001.

(165) Art. 2, regolamento CEE n. 1210 del 1990, come emendato dal regolamento CE n. 933 del 1999.

Non dissimile a quella che ha condotto all'istituzione dei Registri ambientali è poi la logica che ha ispirato i più recenti sviluppi della rete dei servizi di collocamento EURES, di cui si è già parlato.

Se all'inizio la rete era sostanzialmente posta al servizio esclusivo degli uffici e delle agenzie nazionali di collocamento, essa si è arricchita negli ultimi tempi di un'ulteriore funzionalità, consistente in un ambiente informatico, ad accesso libero e gratuito e organizzato dalla Commissione attraverso l'Ufficio europeo di coordinamento EURES, nel quale qualunque aspirante può inserire il proprio *curriculum vitae* al fine di permetterne la consultazione da parte di qualsiasi datore di lavoro disponibile a offrire occasioni di assunzione (166).

In questo modo, quindi, l'incontro fra domanda e offerta avviene direttamente grazie alla fruizione di un servizio organizzato dalla Commissione, che si aggiunge, pur senza sostituirli, a quelli che continuano a essere assicurati dagli organismi nazionali specializzati. Genuinamente europeo è l'interesse sotteso a questa nuova modalità di erogazione delle prestazioni pubbliche di collocamento, visto che il suo fine è di contribuire all'instaurazione di un mercato del lavoro di dimensioni realmente sovranazionali: alla dimensione geografica dell'interesse perseguito corrisponde finalmente una forma, ancorché embrionale, di centralizzazione del servizio, imputata all'istituzione (la Commissione) per definizione rappresentativa di tale interesse.

Il fatto che nelle ultime ipotesi trattate l'erogazione del servizio sia assegnata direttamente agli uffici della Commissione (ovvero a quelli di un'Agenzia comunitaria) accosta evidentemente la gestione dei Registri ambientali e del *database* EURES ai servizi pubblici prestati in forma amministrativa che lo studioso di diritto pubblico ben conosce (167): tale caratteristica è peraltro fa-

---

(166) Come si è già detto, la rete EURES è stata istituita dalla decisione CEE della Commissione n. 569 del 1994, ora assorbita nella decisione CE della Commissione n. 8 del 2003, in virtù delle previsioni di cui alla parte seconda del regolamento CEE n. 1612 del 1968. Il *database* per l'inserimento e la consultazione delle richieste e delle offerte di assunzione è previsto dalla Carta EURES, adottata dall'Ufficio europeo di coordinamento EURES in data 4 aprile 2003.

(167) Interessante è il fatto che, in molte delle ipotesi esaminate (Registro europeo delle emissioni inquinanti e rete EURES, per esempio), si è assistito a una trasformazione di già esistenti meccanismi di collaborazione sovranazionale fra organismi pubblici, cui è stata impressa una rilevante evoluzione al fine di adeguarli alle mutate caratteristiche del contesto.

cilmente spiegabile alla luce del modesto impegno operativo richiesto (per quel che riguarda i Registri ambientali, in effetti, l'incombenza di raccogliere le informazioni, ai fini del loro successivo trasferimento alla Commissione, grava sugli Stati membri(168); per EURES, poi, sono personalmente gli interessati a interagire con il *database*).

La mancanza, che si è già posta in luce, della componente economica del servizio (la consultazione degli strumenti informatici è gratuita e i costi gravano direttamente sul bilancio comunitario) non costituisce d'altronde un dato dirimente, visto che il diritto comunitario ha ben presente la distinzione fra i servizi che sono gestiti in forma imprenditoriale e quelli che non lo sono, ma non per questo esclude i secondi dalla categoria dei servizi di interesse generale(169).

È importante sottolineare, giunti a questo punto, che le prestazioni di gestione delle banche dati in questione non rappresentano tentativi estemporanei di dar vita a servizi informatici di scala comunitaria, ma costituiscono altrettante tappe di un più ampio programma operativo da qualche anno lanciato dalla Comunità e che recentemente è approdato a un riconoscimento definitivo in un provvedimento formale: si tratta del piano per la «erogazione interoperabile di servizi paneuropei di governo elettronico alle amministrazioni pubbliche, alle imprese e ai cittadini (IDACB)», approvato con decisione CE n. 387 del 2004(170), il quale, pur se articolato in una pluralità non sempre omogenea di obiettivi e di azioni funzionali al loro perseguimento, include anche alcuni aspetti agevolmente inquadrabili nello schema del servizio pubblico europeo fin qui tratteggiato.

---

(168) Art. 5, decisione CE n. 204 del 2004; art. 5, regolamento CE n. 2216 del 2004; art. 7, regolamento CE n. 166 del 2006.

(169) Il riferimento è al già citato Libro verde della Commissione sui servizi di interesse generale.

(170) La necessità di promuovere lo sviluppo degli strumenti di governo elettronico era stata evidenziata dalla Commissione già nella comunicazione predisposta in occasione del Consiglio Europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000, intitolata *eEurope: una società dell'informazione per tutti*; a tale comunicazione fece seguito la risoluzione del Consiglio adottata in occasione del vertice di Feira del 19-20 giugno 2000, che approvò il piano d'azione *eEurope 2002*; gli esiti finali del piano sono riassunti nella comunicazione della Commissione COM(2003)66.

Il programma è stato rinnovato, con il nome *eEurope 2005*, dalla comunicazione della Commissione COM(2002)263 e dalla risoluzione del Consiglio del 18 febbraio 2003: ai primi risultati conseguiti è dedicata la comunicazione della Commissione COM(2004)108.

Il piano, il cui scopo ultimo è di sostenere e promuovere lo sviluppo di attività transfrontaliere, è chiamato a completare e a inquadrare «le iniziative di governo elettronico prese a tutti i livelli appropriati» (in primo luogo a livello degli Stati membri)(171) e nel suo ambito sono contemplati anche «servizi paneuropei di governo elettronico» (intesi come «servizi informativi e interattivi transfrontalieri del settore pubblico ... erogati dalle amministrazioni pubbliche europee alle amministrazioni pubbliche europee, alle imprese e alle loro associazioni e ai cittadini e alle loro associazioni per mezzo di reti telematiche transeuropee interoperabili»(172)): l'attuazione del piano, scandita in un arco temporale compreso fra il 2005 e il 2009, deve avvenire in conformità ad appositi atti di programmazione deliberati dalla Commissione(173).

Per quanto è dato di comprendere dai provvedimenti esecutivi fin qui adottati(174), il piano sembra in larga parte preordinato, secondo il già esaminato modello che ha ispirato l'apporto comunitario all'interoperabilità di altri servizi a rete (come quello ferroviario e quello aereo), a coadiuvare gli Stati membri e i loro apparati (cui seguirà a incombere la responsabilità principale per quanto concerne l'erogazione materiale delle prestazioni) nel coordinamento delle rispettive piattaforme informatiche (in molti casi, del resto, le banche di dati cui il piano si riferisce resteranno accessibili solo alle amministrazioni nazionali)(175).

Non sono comunque del tutto assenti nella programmazione ipotesi di attività informative rivolte al pubblico la cui erogazione è espressamente posta a carico delle istituzioni comunitarie. Sono iscrivibili alla categoria, anzitutto, i Registri ambientali e la rete EURES di cui si è parlato poc'anzi; vi sono peraltro riconducibili anche altre interessanti iniziative, come, tanto per proporre un esempio fra i tanti prospettabili, la creazione di un nuovo apposito portale Internet (chiamato *Your Europe*), la cui conduzione

---

(171) La decisione è stata preceduta dalla comunicazione della Commissione COM(2003)567, intitolata *Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*.

(172) Art. 3 della decisione CE n. 387 del 2004.

(173) Art. 8 della decisione CE n. 387 del 2004.

(174) Si veda il documento *IDACB Work Programme. First Revision*, pubblicato in Internet all'indirizzo [europa.eu.int/idacb](http://europa.eu.int/idacb).

(175) Gli obiettivi dell'azione comunitaria sul punto sono ora indicati nella comunicazione della Commissione COM(2006)45 intitolata *Interoperability for Pan-European eGovernment Services*.

ricadrà nelle responsabilità degli uffici della Commissione e attraverso il quale i cittadini e le imprese potranno, da un lato, disporre in tempo reale di numerose e dettagliate informazioni su una molteplicità di opportunità, economiche e non, offerte nell'intero territorio europeo dagli organismi comunitari e dalle diverse amministrazioni degli Stati membri, e, dall'altro, beneficiare di servizi interattivi di portata transfrontaliera (176).

È ancora presto per stilare pronostici attendibili circa il possibile futuro impatto complessivo del piano e il livello di coinvolgimento operativo di organismi comunitari (sotto forma di servizi pubblici informatici organizzati ed erogati per mezzo di strutture centralizzate, secondo il metodo prescelto per i Registri ambientali e il *database* EURES) che la sua implementazione potrà richiedere: di certo, però, nella sola esistenza di un piano di questo genere è chiaramente ravvisabile un ulteriore tentativo delle istituzioni comunitarie di rendersi attive in prima persona nel settore dei servizi di pubblica utilità, affrancandosi dalla logica che le vorrebbe limitate a una funzione semplicemente ancillare agli apparati degli Stati membri e assumendo su di sé anche la missione di curare personalmente la fornitura di prestazioni di interesse collettivo a favore della cittadinanza europea (177).

#### 11. *Per concludere.*

Non è sicuramente dal punto di vista delle forme di loro organizzazione che gli esempi di servizi pubblici comunitari, presentati nei paragrafi che precedono, lasciano intravedere gli elementi di maggiore innovazione istituzionale.

Sono infatti contemplate tutte le possibili modalità di erogazione, da quella in economia (allorquando il relativo espletamento non richieda investimenti di rilievo, né organizzazioni do-

---

(176) Le caratteristiche del portale *Your Europe* sono descritte nel documento di lavoro della Commissione *The Strategy for the Implementation of the Portal Your Europe*, v. 5.0, gennaio 2005, in Internet all'indirizzo *europa.eu.int/idacb*.

(177) Merita di essere sottolineata anche un'altra caratteristica di taluni dei servizi informatici di cui si è trattato nel testo, cioè il fatto che l'istituzione di una parte degli stessi è derivata dalla partecipazione comunitaria ad accordi internazionali (è il caso del Registro delle emissioni inquinanti e del CITL): torna anche qui, dunque, un elemento che già si è riscontrato per il programma Galileo e il dominio Internet di primo livello *.eu*, il nesso di reciproco condizionamento fra azione internazionale della Comunità e organizzazione di servizi pubblici comunitari a favore dei cittadini europei.

tate di competenze tecniche particolarmente accentuate: i Registri ambientali; il *database* EURES) a quella mediante concessione a un'impresa ad alta specializzazione (il programma Galileo). Sono correlativamente ipotizzate forme di servizio pubblico sia di natura imprenditoriale (i servizi di interesse economico generale, per usare il linguaggio invalso nel diritto comunitario), sia di carattere non economico, la cui erogazione avviene pertanto in forma amministrativa.

Non ci si deve del resto nascondere che questi servizi pubblici comunitari riguardano, anche quando più impegnativa sia l'attività di loro organizzazione ed erogazione (come accade, ancora una volta, per il programma Galileo), tipologie di prestazioni che, per importanza intrinseca e impatto sociale, appaiono ancora ben lungi da eguagliare quelle che invece sono assicurate dai servizi pubblici gestiti dagli Stati membri: come si è visto, in effetti, gli ambiti finora interessati sono essenzialmente quelli delle utilità strumentali all'ottimizzazione dei trasporti (il programma Galileo e il telepedaggio) e allo sviluppo della società dell'informazione (il dominio di primo livello *.eu*, i Registri ambientali, il *database* EURES, i servizi di governo elettronico).

I servizi comunitari, in altre parole, sembrano (almeno al momento) rivolti non tanto a garantire l'appagamento di bisogni veramente irrinunciabili della collettività (come avviene tipicamente, per esempio, attraverso il sistema sanitario), quanto piuttosto a permettere il soddisfacimento di esigenze derivate o secondarie, cioè non esistenti in sé, ma destinate a emergere (attraverso pur sempre, comunque, un riconoscimento della loro rilevanza da parte del pubblico potere competente) mano a mano che a quelle primarie siano stati dati riscontri adeguati e consolidati.

Non deve però stupire che queste siano le caratteristiche attuali dei servizi pubblici comunitari: esse sono, anzi, quasi inevitabili, se si tiene conto di quale fosse (e, in larga parte, tuttora sia) il punto di partenza (il principio di sussidiarietà come applicato nel settore dei servizi pubblici) e della inevitabile lentezza con cui, in assenza di eventi davvero rivoluzionari, progrediscono fenomeni (come quello dell'integrazione europea) di così intensa erosione delle sfere di sovranità statale preesistenti a favore di organismi sovranazionali successivamente istituiti. Non è quindi casuale che l'interesse della Comunità si sia sin qui prevalentemente indirizzato verso l'offerta di prestazioni idonee a conferire un va-

lore aggiunto a una serie di benefici il cui nucleo essenziale seguita a essere assicurato dagli Stati membri.

Se tutto questo è vero, non può tuttavia essere trascurato un dato che, comunque lo si voglia giudicare, risulta non poco significativo: tali servizi pubblici segnano, in ogni caso, la volontà delle istituzioni comunitarie di affermare per la prima volta, con segni tangibili, la loro presenza nella vita di tutti i giorni dei cittadini europei e di contribuire direttamente, e non più per interposta persona, al miglioramento delle condizioni delle loro esistenze.

Bisogna naturalmente anche in questo caso prestare la massima attenzione a non lasciarsi travolgere da facili entusiasmi, credendo di aver scoperto novità dirompenti che viceversa tali non sono, almeno non in senso assoluto.

Il fenomeno di servizi pubblici organizzati e gestiti a livello internazionale non è del tutto inedito, come dimostrano taluni importanti precedenti nel settore dello sfruttamento dello spazio e, più in particolare, di quello delle telecomunicazioni satellitari (178). Si possono rammentare, in questa prospettiva, gli esempi dell'Organizzazione internazionale di telecomunicazioni a mezzo satelliti — ITSO (già INTELSAT) (179), dell'Organizzazione internazionale di telecomunicazioni a mezzo satelliti — EU-TELSAT (180), nonché, ancora, dell'Organizzazione internazionale di telecomunicazioni marittime via satellite — INMARSAT (181): in tutte e tre le ipotesi, infatti, i relativi trattati internazionali istitutivi riconoscono con estrema limpidezza (182) la

---

(178) L'argomento della cooperazione internazionale in materia spaziale è trattato da E. Morelli nelle due voci *Organizzazioni internazionali spaziali*, rispettivamente in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 434 ss. e in *Enc. dir.*, II agg., Milano, Giuffrè, 1998, p. 675 ss.

(179) L'Accordo internazionale istitutivo fu firmato il 20 agosto 1971 ed è stato poi più volte modificato, da ultimo attraverso gli Emendamenti (che hanno eliminato la denominazione INTELSAT, sostituita dall'acronimo ITSO), la cui ratifica italiana è stata autorizzata con legge n. 21 del 2004.

(180) EUTELSAT fu creata per mezzo della Convenzione di Parigi del 15 luglio 1982, da ultimo modificata dagli Emendamenti del 18-20 maggio 1999, la cui ratifica italiana è stata autorizzata dalla legge n. 167 del 2002.

(181) INMARSAT è stata istituita con l'Accordo di Londra del 3 settembre 1976, poi più volte modificato (le norme italiane di esecuzione sono state dettate con il d.P.R. n. 263 del 1979).

L'Organizzazione era stata inizialmente deputata solo alla gestione delle comunicazioni satellitari strumentali alla navigazione marittima; dal 1989 il suo raggio d'azione è stata esteso anche alle esigenze della navigazione aeronautica e del trasporto terrestre.

(182) Si vedano: per ITSO, gli artt. III, IV e V dell'Accordo del 1971, come

natura di pubblico servizio delle prestazioni che disciplinano, le quali devono essere erogate, sotto la supervisione dell'Organizzazione e da parte di soggetti commerciali legati a questa da un rapporto contrattuale (183), a tutti gli utenti che ne facciano richiesta, secondo principi di accesso non discriminatorio e di continuità nell'espletamento dell'attività. Merita una menzione, in tale medesima ottica, anche il COSPAS-SARSAT *Search and Rescue Satellite System*, consistente in un insieme di servizi satellitari, gestiti da una speciale *joint-venture* intergovernativa (184), a sostegno delle attività di ricerca e salvataggio di vettori marittimi, aerei e terrestri in difficoltà e la cui erogazione è assicurata, ancora una volta, su base non discriminatoria e a favore dell'intera comunità internazionale (185).

In questi casi, tuttavia, si è in presenza di organismi internazionali che, da un lato, sono stati appositamente creati dagli Stati aderenti al fine esclusivo e specifico di assicurare la somministrazione di determinati servizi con determinate caratteristiche (ben diversa, naturalmente, è la ragion d'essere della Comunità) e che, dall'altro, operano sotto il diretto controllo degli Stati stessi, secondo lo schema classico delle organizzazioni internazionali intergovernative (schema che non si attaglia più al reale modo di operare della Comunità).

---

emendato; per EUTELSAT, l'art. III della Convenzione del 1982, come emendata; per INMARSAT, gli artt. 3 e 4 dell'Accordo del 1976, come emendato.

(183) Ricorre dunque anche in questi casi il modello del rapporto convenzionale di pubblico servizio fra pubblico potere e impresa esercente che, come si è visto, contraddistingue altresì il programma Galileo.

(184) Dopo alcuni passaggi sperimentali, COSPAS-SARSAT è stata ufficialmente istituita mediante l'*International COSPAS-SARSAT Programme Agreement* firmato a Parigi il 1° luglio 1988 fra i governi degli Stati Uniti d'America, dell'URSS (cui ora è subentrata la Federazione russa), del Canada e della Francia. È interessante osservare che l'organizzazione prevede, a fianco degli Stati fondatori, la partecipazione anche di Stati beneficiari (art. 12), abilitati in tale veste a fruire delle relative prestazioni (eventualmente impegnandosi a realizzare e/o a mettere a disposizione del sistema alcune infrastrutture: art. 11): in tale ultima categoria è inclusa anche l'Italia (si veda al riguardo il d.p.c.m. 9 maggio 1996).

Come di è visto in precedenza nel testo, si prevede che i servizi satellitari di supporto alle attività di ricerca e salvataggio saranno offerti anche nell'ambito del programma Galileo.

(185) Di rilievo è anche il caso di EUMETSAT, organizzazione intergovernativa europea creata allo scopo di attuare una serie di programmi satellitari comuni per le rilevazioni meteorologiche (l'organizzazione, dopo un periodo di prova svolto dall'ESA, è stata istituita dalla Convenzione di Ginevra del 24 maggio 1983, successivamente emendata: si vedano al riguardo le leggi n. 265 del 1986 e n. 98 del 2000): i prodotti di tali rilevazioni sono messi a disposizione degli organismi competenti degli Stati aderenti.



Gli interventi comunitari qui descritti, invece, paiono rappresentare un deciso salto di qualità rispetto a questi antecedenti storici (soprattutto il programma Galileo, il dominio Internet di primo livello .eu, i Registri ambientali e il *database* EURES; in misura meno immediata, comunque percepibile, il telepedaggio europeo), perché si tratta di servizi pubblici assunti in proprio dalla Comunità, che ne cura l'organizzazione e ne assicura la fruizione e la diffusione presso il pubblico dei potenziali consumatori, avvalendosi a tal fine o del proprio organo esecutivo (la Commissione, per il dominio .eu, i Registri ambientali e la rete EURES, nonché per il servizio di telepedaggio) o di una struttura che la stessa Comunità ha deciso autonomamente di creare (l'Autorità di vigilanza europea GNSS, per il programma Galileo; l'Autorità europea per l'ambiente per il *network* EIONET).

È in tale ultimo elemento che si nasconde l'aspetto di maggiore novità, e di distacco rispetto ad altre esperienze passate, che le iniziative di cui si è fin qui parlato svelano a chi si accosti al loro esame.

Esse comprovano, come si è accennato, che la Comunità sta, lentamente ma con decisione, muovendosi (si badi: per impulso ormai proprio) verso un modello di amministrazione diretta non solo nel settore della regolazione, ma anche in quello delle prestazioni pubbliche assicurate sotto forma di servizi pubblici. E questo nuovo paradigma, che progressivamente si sta affermando nella prassi, permette forse oggi di attribuire una portata maggiormente significativa all'inciso, contenuto nell'art. 16 del Trattato CE (186), secondo cui anche la Comunità ha in qualche misura la responsabilità di provvedere affinché i servizi di interesse economico generale «funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti» (187).

All'enunciazione, se rapportata al contesto generale in cui la sua formulazione era maturata, poteva all'inizio presumibilmente assegnarsi solo il valore di una mera istruzione, rivolta alle istitu-

---

(186) Ripreso dall'art. III-122 del Trattato costituzionale.

(187) La capacità delle norme di carattere costituzionale e di quelle istitutive di un'organizzazione internazionale di assumere nel corso del tempo portate precettive diverse da quelle originariamente prefigurate è, ancora una volta, un dato scontato e che non richiede particolari approfondimenti: è sufficiente al riguardo, per il giurista europeo, rammentare il modo con cui si sono precisati nel corso degli anni i caratteri propri della Comunità europea e la consistenza dei poteri delle sue istituzioni.

zioni comunitarie, di considerare la peculiare vocazione funzionale dei servizi pubblici nazionali nell'atto di applicare le regole di concorrenza alle modalità di loro erogazione (188). Attualmente, invece, si è probabilmente venuto a creare lo spazio per riconoscere nella clausola, nonostante il suo silenzio sul punto, il fondamento di una facoltà per la Comunità di istituire autonomamente propri servizi pubblici destinati alla generalità dei cittadini europei (a patto che, ovviamente, sussistano le condizioni che giustifichino, alla luce del principio di sussidiarietà, l'attrazione delle relative competenze in capo all'organismo sovranazionale (189)).

Il che sembra davvero identificare, se solo si pone mente all'indissolubile nesso che nel pensiero occidentale del secolo scorso si è istituito fra il concetto di Stato e quello di servizio pubblico (190), un ulteriore e inequivocabile segnale del processo di profonda trasformazione istituzionale in atto nel seno della Comunità: quello verso la sua definitiva trasfigurazione in un'autentica organizzazione politica di tipo statale, sebbene con connotati non del tutto coincidenti con quelli che la tradizione del passato ci ha consegnato in eredità.

---

(188) Per una visione riassuntiva delle varie interpretazioni dell'art. 16 del Trattato CE si rimanda ancora a M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza*, cit.

(189) È necessario, in pratica, che si tratti di servizi di dimensione transfrontaliera e che si ritenga insufficiente, per assicurarne l'erogazione con le desiderate caratteristiche qualitative e quantitative, il contributo fornito dagli apparati dei singoli Stati membri.

(190) Si veda, in termini riepilogativi, G. VESPERINI, (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 37 ss. Imprescindibile è la lettura di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, spec. p. 69 ss.



MARIA PIA BELLONI

**NEL LIMBO DEGLI OGM: TRA DIVERGENZE  
INTERPRETATIVE E DISCIPLINARI, ALLA RICERCA  
DI UN ACCORDO TRA STATI UNITI E UNIONE EUROPEA.  
È QUESTIONE DI ETICHETTA, MA ANCHE DI ETICA**

SOMMARIO: 1. Alimento sicuro e rischio alimentare: il difficile equilibrio tra gestione e valutazione del rischio. — 2. L'autorizzazione e la tracciabilità: ovvero la scelta dell'Unione europea di considerare gli OGM in libertà vigilata. Il diverso approccio statunitense privilegia l'autoregolamentazione delle aziende *biotech*, in un incerto mosaico normativo. — 3. L'«ottimismo tecnologico» degli USA propone di considerare gli OGM come «Generally Recognized As Safe», cioè sostanzialmente equivalenti ai prodotti tradizionali. Le perplessità, non solo comunitarie, su tale scelta che esclude più ampie riflessioni. — 4. Precauzione? Sì, no, forse... La necessità di una comune definizione del principio precauzionale trova giustificazioni relative non solo alla sicurezza alimentare. — 5. L'etichetta come strumento di informazione dei consumatori sul contenuto, ma anche sul metodo di produzione. Il suo rilievo in relazione al crescente interesse verso un «consumo etico».

1. *Alimento sicuro e rischio alimentare: il difficile equilibrio tra gestione e valutazione del rischio.*

La sicurezza alimentare è disciplinata in modo discordante nell'Unione europea e negli Stati Uniti (1), dando credito all'ipotesi che la cucina possa dividere piuttosto che avvicinare i popoli (2). I motivi di contrasto sono aumentati con l'applicazione dell'ingegneria genetica all'agricoltura, aggiungendo ulteriori incertezze normative (3).

---

(1) In tal senso si veda N.E. KARL, *Biotechnology Policy: Global Economic and Legal Issues*, in *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research).

(2) Così M. GEISTFELD, *Reconciling Cost-Benefit Analysis With the Principle That Safety Matters More Than Money*, in *New York University Law Review*, 2001, p. 122.

(3) A questo proposito G.E.C. YORK, *Global Foods, Local Tastes and Biotechno-*

In Europa, dove si prediligono cibi tradizionali (4), i prodotti *biotech* sono stati, fin dall'inizio, accolti con scetticismo (5), anche per la ridotta fiducia nei confronti di una legislazione che non è stata in grado di evitare le ricorrenti crisi alimentari degli ultimi anni (6).

Negli Stati Uniti, invece, sono stati inizialmente accettati senza eccessive preoccupazioni, anche per la scarsa informazione dei consumatori (7), che si sono affidati alla preesistente disciplina sulla sicurezza degli alimenti, basata esclusivamente sulle valutazioni scientifiche (8).

---

*logy: The New Legal Architecture of International Agriculture Trade*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, afferma che «...biotechnology has brought about a revolution in food production, which, in turn, has brought international agricultural exporters to brink of a trade war», p. 425.

(4) Cfr. M.A. ECHOLS, *Food Safety Regulation in the European Union and in the United States: Different Cultures, Different Laws*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998 per il quale «The culture and attitudes of European citizens have tended to favour traditional foods and minimal processing, while being skeptical of new technologies», p. 525.

(5) Per J.C. BUZBY, *Effects of Food-Safety Perceptions on Food Demand and Global Trade*, 2002, al sito [www.firstgov.gov/fsearch](http://www.firstgov.gov/fsearch) «...the European consumers are generally less trusting of food safety regulatory systems than are U.S. consumers because of recent incidents where European agencies initially failed to detect the extent of food safety problems and down played the likely consequences... The European consumers are more aware than are U.S. consumers about the extent to which foods contain biotech ingredients», p. 64. J. KINDERLERER, *Genetically Modified . A European Scientist's View*, in *New York University Environmental Law Journal* «...the population of Europe perceives little benefit to the biotechnological revolution, and the media reaction to the genetically foods has been hysterical», p. 557, mentre per N. SALOMON, *A European Perspective on the Precautionary Principle, Food Safety and the Free Trade Imperative of the WTO*, in *European Law Review*, 2002, «...the rapid expansion of the biotechnology industry, as well as decreasing public confidence in the regulatory framework fuelled concerns that the existing European regime might not provide an adequate level of protection for human and environmental health», p. 141.

(6) Si fa riferimento, tra i numerosi casi, alla presenza di piombo e di nitrati negli alimenti, all'Encefalopatia Spongiforme Bovina (ESB), alla carne agli ormoni, agli episodi di salmonellosi, di peste porcina, di afta epizootica; si veda *Presentazione generale dell'attività della Commissione*, 2004, al sito [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

(7) In tal senso si rimanda a J.E.J. SPENCE, *Right to Know: A Diet of the Future Presently Upon Us*, in *Valparaiso University Law Review*, 2005 per il quale «Although Americans have a relatively more positive outlook on GM foods, they are generally less informed on the issues surrounding GM foods than the Europeans and their knowledge is not necessarily increasing», p. 1026.

(8) Cfr. M.A. ECHOLS, *op. cit.*, che osserva come «The U.S. regulatory system takes a positive, almost hand-off approach...the new foods do not differ in any meaningful or uniform way from foods that have been genetically modified and that, as a class, foods developed from new techniques present no greater risks», p. 527; ugualmente C. COCHRAN, *Premarket Notice Concerning Bioengineered Foods: A Proposed Regulation Satisfying Some of Players, Some of the Time*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 2003, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research).

Tuttavia, in tempi recenti, a causa della crescente preoccupazione dei consumatori relativa all'efficacia del frammentario quadro regolamentare vigente (9), del sempre più acceso e controverso dibattito sui vantaggi e svantaggi degli OGM (10) e degli « incidenti » alimentari ad essi collegati (11), di una maggiore conoscenza della rinnovata e più rigida normativa comunitaria si sta facendo strada un atteggiamento di prudenza, di più vigile attenzione, come ampiamente rilevato dalla dottrina (12).

---

(9) Negli Stati Uniti la sicurezza alimentare compete a tre agenzie federali e ad almeno una dozzina di altre minori. Si tratta dell'*Environmental Protection Agency (EPA)*, che si occupa di protezione ambientale e che trova la propria base normativa nel *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)* e nel *Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FDCA)*; dell'*United States Department of Agriculture (USDA)* che vigila sulla produzione agro-alimentare sulla base del *Federal Plant Protection Act (FPPA)* e opera attraverso il *Department of Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS)*; del *Food and Drug Administration (FDA)* che, nel rispetto del *Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FDCA)* e del *Public Health Service Act* disciplina la sicurezza della maggior parte degli alimenti (compresi gli OGM), di medicinali, di prodotti emoderivati, di quelli irradiati, dei farmaci ad uso veterinario e ha anche responsabilità nel settore delle terapie geniche, dei trapianti e della clonazione umana. Per un'analisi critica di tale regolamentazione si rimanda, tra gli altri, a F.G. MISKIEL, *Voluntary Labelling of Bioengineered Food: Cognitive Dissonance in the Law, Science, and Public Policy*, in *California Western Law Review*, 2001 che sottolinea come «...the United States is far from operating an integrated food safety system. Rather Congress has allocated tasks among several agencies with discrete, sometimes interfaced authorities and responsibilities», p. 223 ss.; R.A. MERRILL e J.K. FRANCER, *Organizing Federal Food Safety*, in *Setton Hall Law Review*, 2000, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research) sostengono che «...lack of coordination among the various agencies has unnecessarily endangered the health of million of Americans and it cannot be permitted to continue.» Per A. GORE, *From Red Tape to Results: Creating a Government that Works Better and Costs Less*, in *Report of the National Performance Review*, 1993, anticipando preoccupazioni che si sarebbero presentate un decennio più tardi, sostiene che «sometimes duplication among federal program can make us ill-even kill us».

(10) Per una rassegna bibliografia su tale aspetto si rimanda al mio contributo *I limiti e le contraddizioni della normativa statunitense e internazionale sugli Organismi Geneticamente Modificati. La dottrina americana si interroga sulle possibili soluzioni*, in *La disciplina comunitaria sulla sicurezza alimentare, sugli OGM e sul prodotto biologico. Un confronto con l'atteggiamento disciplinare degli Stati Uniti*, Roma, 2005, pp. 233-242.

(11) Si fa riferimento al caso dello *StarLink Corn*, una varietà di grano contenente una proteina geneticamente modificata (*BtCry9C*), con proprietà antiparassitarie. Tale prodotto è stato approvato dalle tre agenzie governative preposte alla sicurezza alimentare, ma solo per l'alimentazione animale. Alcune tracce di *StarLink* sono state trovate nelle *taco shells* dell'azienda alimentare *Kraft*, con conseguente ritiro dal commercio del prodotto e con un ingente risarcimento danni a carico dell'*Aventis*, l'azienda produttrice.

(12) Anche negli Stati Uniti si sta, da qualche anno, diffondendo una sorta di *technological pessimism* come sottolineato da J.S. APPLGATE, *The Prometheus Principle: Using the Precautionary Principle to Harmonize the Regulation of Genetically Modified Organisms*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 2001, p. 207; per J.E.J., SPENCE, *op. cit.*, i consumatori americani si stanno opponendo sempre più vivacemente ai prodotti transgenici, p. 1027; per B. SCHWARTZ, *WTO and OGM: Analyzing the European Community's Recent Regulation Covering the Labeling of Genetically Modified Organisms*, in *Michi-*

Il dibattito, in termini generali, si concentra sul metodo di accertamento della sicurezza del prodotto OGM e sull'opportunità della sua etichettatura. Su entrambe le problematiche le scelte regolamentari dell'Unione europea e degli Stati Uniti sono divergenti, anche se si stanno evidenziando nuovi spunti di riflessione che potrebbero favorire un avvicinamento tra le due sponde dell'Atlantico.

La sicurezza alimentare, d'altra parte, è una nozione imprecisa e vaga (13), profondamente influenzata, inoltre, dal contesto sociale cui fa riferimento (14).

Il legislatore comunitario ha avuto occasione di trovare conferma di tale constatazione quando ha deciso di riformare la frammentaria, settoriale e lacunosa normativa in materia, delineandone una nuova (15), più autonoma e più rigorosa, che fa perno sull'«Autorità europea sulla sicurezza alimentare» (AESA), punto di riferimento scientifico indipendente, responsabile dell'individuazione, della valutazione e della comunicazione dei rischi alimentari (16).

---

*gan Journal of International Law*, 2004, al sito://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal research la preoccupazione per le conseguenze a lungo termine delle manipolazioni genetiche è in costante crescita mentre L. BEEBE, *In re - StarLink Corn: The Link Between Genetically Damaged Crops and an Inadequate Regulatory Framework for Biotechnology*, in *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 2004, al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal research>, afferma che la disciplina statunitense in tema di sicurezza alimentare è assolutamente incerta e vaga.

(13) Così M. GEISTFELD, *op. cit.*, p. 122.

(14) Per esempio, nell'Unione europea si producono formaggi con latte non pastorizzato, ritenuto migliore, per gusto, di quello pastorizzato; tali prodotti, commercializzati da anni, sono ritenuti sicuri dai consumatori. Di diverso parere le autorità di controllo statunitensi che ne hanno proibito l'importazione per motivi di tutela della salute. Si veda in proposito M. INGRAM, *Raw Deal: Trade Implications of U.S. Food and Drug Administration's Pending Review of Unpasteurized Cheeses*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 2003, al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal research> il quale sostiene che «*The case of banning raw-milk cheeses is far from overwhelming. The United States would have a difficult time convincing a WTO panel that such a ban meets the requirements of the SPS Agreement, since a protesting country could probably show that the ban did not have an adequate scientific foundation, that it did not meet the equivalence requirement, and that it failed to show a substantive basis for risk assessment... It should conclude that the existing pasteurization requirement, with its exception for raw-milk cheeses aged for at least sixty days, is adequate to protect consumer health and provide consumer with desirable options*».

(15) È il *Libro Bianco sulla sicurezza alimentare*, COM (1999) 719 def. che dà l'avvio a tale impegno normativo, delineando una strategia globale, completa e integrata («dai campi alla tavola») sulla base della convinzione che «la catena della produzione alimentare sta diventando sempre più complessa. Ogni singolo anello di tale catena deve essere altrettanto forte degli altri se si vuole che la salute dei consumatori sia protetta, riconoscendo la natura interrelata della produzione alimentare».

(16) Si veda J. SCOTT, *European Regulation of GMOs and WTO*, in *Columbia*

Il Regolamento 178/2002 *che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare* (17) non chiarisce, infatti, il significato di «alimento sicuro» e di «sicurezza alimentare».

L'art. 14 si limita a recitare che «gli alimenti conformi a specifiche disposizioni comunitarie riguardanti la sicurezza alimentare sono considerati sicuri in relazione agli aspetti disciplinati dalle medesime», aggiungendo che «gli alimenti a rischio non possono essere immessi sul mercato» (18).

È quindi confermata l'impossibilità di garantire una sicurezza «a rischio zero», in quanto il rischio è intrinseco nell'alimento stesso (19); i principi generali espressi dal Regolamento in esame ne sono conferma (20).

Per rischio si intende «la funzione delle probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo» (21), individuato come «agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o in un mangime o condizione in cui un alimento o un mangime si trova» (22).

Per stabilire se un alimento possa essere pericoloso, il Regolamento prevede che se ne consideri l'utilizzo, le informazioni cautelative riportate sull'etichetta, gli effetti non solo a breve termine, ma anche nel lungo periodo (23), le eventuali conseguenze tossiche cumulative e la particolare sensibilità di

---

*Journal of European Law*, 2003 per il quale l'AESA rappresenta «a compromise between hard science and politics» nel tentativo «to speak of constituencies, in the form of the recalcitrant majority of Member States on the one hand (and their public) and the international trade community on the other hand», p. 213.

(17) In *GUCE* L 31 del 1° febbraio 2002, p. 1.

(18) Cfr. art. 14, par. 1 del Regolamento citato.

(19) A questo proposito V. RUBINO, *Commento alla sentenza Hahn: limiti alla fissazione di una tolleranza zero nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli accordi OMC*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, sostiene «...che lo standard comunitario per la sicurezza igienica delle produzioni agroalimentari non sia improntato alla «tolleranza zero» lo dimostra il fatto che la direttiva 93/43 CE, che ha armonizzato le disposizioni nazionali sull'igiene degli alimenti non ha scelto la «sterilità» come soglia di rischio accettabile, bensì il controllo — operato dagli stessi produttori — attraverso il metodo Haccp del processo produttivo basato sulle conoscenze scientifiche in essere al momento della produzione e dello «stato dell'arte» ad esso connesso», p. 316.

(20) Si vedano artt. 5-10 del Regolamento 178/2002.

(21) *Ibidem*, art. 3, par. 9.

(22) *Ibidem*, art. 3, par. 14.

(23) *Ibidem*, art. 14, par. 3, lett. a) b).



alcuni consumatori (24), verificando l'assenza di contaminazioni dovute a materiale estraneo o a una non corretta conservazione (25).

Tale accertamento, che dovrebbe garantire un elevato livello di tutela senza ostacolare il commercio all'interno dell'Unione europea (26) è articolata nella valutazione del rischio (*risk assessment*), in base a un calcolo matematico-probabilistico che si rifà a dati scientifici (27), di cui è competente l'AESA; nella sua gestione (*risk management* (28)), che tiene in conto altri aspetti, tra i quali quelli di carattere socio-economico e rappresenta il momento decisionale (29), di cui è responsabile la Commissione; nella sua comunicazione, cioè nello scambio di dati tra gli addetti alla valutazione/gestione del rischio e le altre parti interessate.

In tal modo si è costruita una metodologia sistematica in cui la valutazione del rischio e la sua gestione sono state separate per favorire interventi «efficaci, proporzionati e mirati» (30).

Il rapporto valutazione/gestione è ridotto, negli Stati Uniti, ad una più sintetica espressione, che considera quanto si è dispo-

---

(24) *Ibidem*, art. 14, par. 4, lett. a, b), c).

(25) *Ibidem*, art. 14, par. 5.

(26) *Ibidem*, art. 5.

(27) Il «considerando» diciottesimo del Regolamento 178/2002 raccomanda il rispetto dell'indipendenza, dell'obiettività e della trasparenza di tale valutazione «affinché ci sia un clima di fiducia nel fondamento scientifico della legislazione alimentare». Per N. MYERS, *Debating the Precautionary Principle*, al sito <http://www.sehn.org> «*Risk assessment is only one evaluation method and provide only partial answer*».

(28) Per T.O. MCGARITY, *Seeds of Distrust: Federal Regulation of Genetically Modified Foods*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2002, «*Risk management is the process of weighing policy alternatives and selecting the most appropriate regulatory action integrating the results of risk assessment with engineering data and with social, economic and political concerns to reach a decision. When a risk assessment suggest that a particular agricultural biotechnologies pose unacceptable risks if left unregulated, the regulatory regime must be capable of reducing or limiting those risks*», p. 483.

(29) Si veda art. 3, par. 12 del Regolamento 178/2002 per il quale la corretta gestione di situazioni di rischio deve far riferimento ad «alternative di intervento, consultando le parti interessate, tenendo conto della valutazione del rischio e di altri fattori pertinenti tra i quali aspetti di natura sociale, economica, tradizionale, etica e ambientale nonché la realizzabilità dei controlli e, se necessario, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo». L'espressione *altri fattori pertinenti*, imprecisa nel contenuto è attualmente al centro di un ampio dibattito a livello internazionale soprattutto da parte del *Codex Alimentarius*.

(30) Cfr. diciassettesimo «considerando» del Regolamento 718/2002. Perché il sistema funzioni dipenderà, tuttavia, da come l'AESA saprà intervenire con provvedimenti trasparenti, come compete al suo ruolo e da come i Governi nazionali ne applicheranno le disposizioni, evitando condizionamenti politico-economici.

sti a pagare in termini economici (*what would be willing to pay*, *WTP*) per avere un livello di sicurezza accettabile (*what would be willing to accept*, *WTA*) (31).

Tale semplificazione rileva, comunque, come opportunamente evidenziato dalla dottrina, che le valutazioni scientifiche, di per sé in continua evoluzione (32), non sono in grado di rispondere, in un processo regolamentare democratico, alle più ampie aspettative dei consumatori (33).

Gli interrogativi riguardano l'individuazione del corretto punto di equilibrio tra la sicurezza alimentare e gli interessi politico-economici; (34) i costi e i benefici da considerare (35); i rischi da esaminare (36), che variano a seconda delle tradizioni e delle abitudini alimentari (37), le implicazioni etiche (38). E soprattutto

---

(31) Tale soluzione è proposta, tra gli altri, da M. GEISTFELD, *op. cit.*

(32) A questo proposito J.H. ADLER, *More Sorry than Safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol*, in *Texas International Law Journal*, 2000, sostiene che «*The best that research can do is narrow the limits on uncertainties, not eradicate them*», p. 205.

(33) In questo senso si veda J. BOAHNES, *Risk Regulation in WTO: A Procedure-Based-Approach to the Precautionary Principle*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002 per il quale «*...science should be one, admittedly crucial, input into democratic deliberative process; however, it should not represent the ultimate arbiter, placed above the democratic decision-making capacity of a society*», p. 363; ugualmente G. SKOGSTAD, *The Wto and Food Safety Regulation Policy Innovation in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2001, per il quale «*The programmatic ideas which underpin EU food safety regulation are that scientific knowledge is authoritative, but not exclusively*», p. 490.

(34) Per D. PEARCE, *The Precautionary Principle and Economic Analysis*, in *Interpreting the Precautionary Principle*, T.O. BRIAN & J. CAMERON, eds., 1994 sostiene che «*...the economic method of assessing welfare is a process of recording individuals' preferences. Economists do not ask where such preferences come from*», p. 140.

(35) In tal senso si veda N. MYERS, *op. cit.*, per il quale, tra l'altro, «*...costs considerations, like risk assessments, are easily manipulated*».

(36) Cfr. J.C. BUZBY, *Effects of Food-Safety Perceptions on Food Demand and Global Trade*, al sito <http://www.firstgov/fserach> che osserva, a questo proposito, come «*Some societies consider diarrheal disease as a natural/normal occurrence due to factors such as teething, eating hot-spicy foods, indigestion, and even superstition, instead of perceiving diarrhea as a symptom of disease that can be transmitted through food and food handling*».

(37) Si veda M.A. ECHOLS, *op. cit.*, che ricorda come «*Chlorine washing or spin chilling of poultry has been also problematic, since the EC forbids the practice as a health treat, and U.S. permits it*», p. 533.

(38) In tal senso si veda D.L. KERSEN, *Innovation in Biotechnology — Public Perceptions and Cultural Attitudes: An American View Point*, in *Global Jurist Topics*, 2003, per il quale «*European, to a greater percentage than Americans, consider scientific evidence irrelevant. What is relevant is protecting the religious and ethical purity of food*», p. 13. Per D.A. KYSAR, *Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice*, in *Harvard Law Review*, 2005, al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal> research. «*...the public safeguarding of endangered species, air quality, worker safety... should be derived not from the willingness of citizens support protective legislation through political activity, but from the willingness of individuals*

queste ultime sono al centro dell'attuale dibattito statunitense sull'obbligo dell'etichetta per i prodotti *biotech* mentre, a livello comunitario, hanno già trovato un esplicito riferimento normativo (39).

2. *L'autorizzazione e la tracciabilità: ovvero la scelta dell'Unione europea di considerare gli OGM in libertà vigilata. Il diverso approccio statunitense privilegia l'autoregolamentazione delle aziende biotech, in un incerto mosaico normativo.*

Il Regolamento 178/2002 dispone che per garantire la sicurezza alimentare, in senso generale, si debba ricostruire il percorso di un alimento o di un mangime (40) in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione, attraverso la tracciabilità (41).

Gli operatori del settore devono individuare la provenienza di un prodotto alimentare o di un mangime (42) e indicare le aziende cui loro stessi lo hanno, a loro volta, fornito (43).

In tal modo si individua la responsabilità di ciascuno, nell'ambito del rispettivo settore di competenza; è, inoltre, previsto l'obbligo di etichettatura degli alimenti e dei mangimi (44).

Nel caso si ritenga o si sospetti che un alimento prodotto importato, trasformato, lavorato o distribuito non sia conforme ai requisiti di sicurezza, scatta l'obbligo di avviare immediatamente le procedure per ritirarlo dal mercato, informando di tale decisione le autorità competenti (45).

---

*to reveal « vote » in favour of such goods through their decisions as consumers, laborers, or other private market actors».*

(39) Si veda nota 65.

(40) Cfr. art. 18, punto 1 del Regolamento 178/2002.

(41) *Ibidem*, art. 18, par. 15 ove si precisa che «È disposta in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione la rintracciabilità degli alimenti, dei mangimi, degli animali destinati alla produzione alimentare e di qualsiasi altra sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime». Se non è difficile comprendere il significato dell'espressione «sostanze destinate a...» più complesso capire cosa si intenda per «sostanze atte a entrare a far parte di un alimento»; così F. MENCONI, *Sicurezza alimentare e rintracciabilità*, in *Alimenta*, 5/2001, p. 101 ss., per il quale la tracciabilità potrebbe estendersi anche a settori non direttamente connessi con quello alimentare.

(42) Cfr. art. 18, punto 2 del Regolamento 178/2002.

(43) *Ibidem*, art. 18, punto 3.

(44) *Ibidem*, art. 18, punto 4.

(45) *Ibidem*, art. 19, punto 1.

Anche i responsabili della vendita al dettaglio o della distribuzione sono soggetti al medesimo obbligo e devono ritirare i prodotti non conformi ai requisiti di sicurezza alimentare e dare comunicazione di tutti i dati necessari per ricostruirne la provenienza (46). Tra i motivi che giustificano tale procedura vi è anche il solo sospetto di un potenziale rischio (47).

Per quanto riguarda gli OGM, il Regolamento 1829/2003 *relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati* (48) e il Regolamento 1830/2003 *concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e di mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica alla direttiva 2001/18 CE* (49) confermano i principi espressi dal Regolamento 178/2002 e dalla direttiva 2001/18 *sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati* (50), esprimendo la necessità del rispetto di principi etici (51). Viene, infatti, proposto il problema di un'«etica giuridica», il cui rilievo è sempre più evidente nella materia in esame (52).

I Regolamenti citati indicano, innanzitutto, che l'Unione europea, non è, di principio, contraria agli organismi geneticamente modificati (53), ma che si impegna a definire un quadro regola-

---

(46) *Ibidem*, art. 19, punto 2.

(47) *Ibidem*, art. 19 punto 3 ove si precisa che gli operatori del settore non devono «impedire o scoraggiare chiunque volesse cooperare con le autorità, qualora ciò possa consentire di prevenire, ridurre o evitare un rischio causato da un alimento».

(48) In *GUCE* L 268 del 18 ottobre 2003, pp. 1-23 le cui norme attuative sono contenute nel Regolamento 641/2004 del 6 aprile 2004 (in *GUCE* L 102 del 7 aprile 2004, p. 14) per quanto riguarda la domanda di autorizzazione di nuovi alimenti e mangimi geneticamente modificati, la notifica di prodotti preesistenti e la presenza accidentale o tecnicamente inevitabile di materiale geneticamente modificato che è stato oggetto di una valutazione del rischio favorevole.

(49) In *GUCE* L 268 del 18 ottobre 2003, pp. 24-28.

(50) In *GUCE* L 106 del 17 aprile 2001, p. 1 ss.

(51) Tale Direttiva, oltre a ribadire la necessità di assicurare un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute, di informare adeguatamente il consumatore, esprime l'urgenza di rispettare i principi etici riconosciuti negli Stati membri (considerando 9), di consultare il Gruppo Europeo per l'Etica delle Scienze e delle Nuove Tecnologie per avere un parere riguardo a problematiche etiche generali relative all'emissione deliberata o all'immissione in commercio di OGM. Tale consultazione non dovrebbe pregiudicare la competenza degli Stati membri in merito alle questioni etiche (considerando 57 e art. 29).

(52) In tal senso si veda I.M. MARINO, *Prime considerazioni sulla disciplina «interna» di OGM e MOGM*, in questa *Rivista*, 6/2003, p. 1461.

(53) A questo proposito l'art. 22 della Direttiva 2001/18 stabilisce che «gli Stati membri non possono vietare, limitare o impedire l'immissione in commercio di OGM», anche se devono far rispettare le prescrizioni contenute nell'autorizzazione per essi prevista, relative alla tracciabilità, all'etichettatura e all'imballaggio.

mentare armonizzato per tutelare gli interessi degli agricoltori, dei consumatori e delle stesse aziende *biotech* (54) coniugando, in un rapporto indubbiamente delicato, le valutazioni scientifiche con il principio di precauzione (55).

Il Regolamento 1829/2003 si propone di garantire, per quanto riguarda i prodotti alimentari e i mangimi geneticamente modificati, un elevato livello di tutela ambientale, della salute umana, del benessere degli animali e degli interessi dei consumatori (56) senza ostacolare il funzionamento del mercato interno (57).

Esso stabilisce, in un quadro normativo complesso ed articolato (58), le procedure per l'autorizzazione e la sorveglianza dei prodotti alimentari e dei mangimi (59) e fissa disposizioni riguardanti la loro etichettatura (60).

Gli alimenti e i mangimi transgenici possono essere commercializzati solo dopo una valutazione scientifica, «del più alto livello possibile» (61), condotta dall'«Autorità europea sulla sicurezza alimentare», relativa ai rischi che essi eventualmente presentino. La determinazione del rischio e la successiva autorizzazione si basano su procedure comuni e variabili nel tempo.

---

(54) Su questo punto il Consigliere presso la Delegazione della Commissione Europea a Washington, Ministro T. VAN DER HAEGEN, *Remarks on Genetically Modified Foods and International Regulation*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 2004 al sito [http://web.l.law.nyu.edu/academic/legal\\_research](http://web.l.law.nyu.edu/academic/legal_research) è estremamente esplicito: «...In spite of the suspicious of the European consumer, in general, the reasons why the European Commission has come out with some member states in favour of biotechnology is first of all, that all our scientific studies and all the studies made by our scientific committees, have shown that GMO's are safe and in some case safer than the traditional food...», aggiungendo la preoccupazione che «... biotech industry is really lagging behind. There is a real brain drain from European companies going to United States. The latest one is a Danish company called Danisco which transferred its research center from Denmark to the United States. Considering the uncertain situation, there is also a lack of investment in Europe. In other words, the whole industry is in danger».

(55) Per G. MAJONE, *The Precautionary Principle and its Policy Implications*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002 «The most serious conceptual flaw, however, is the artificial distinction between situations where scientific information is sufficient to permit a formal risk assessment, and those where scientific information is insufficient, inconclusive or uncertain», p. 104.

(56) Cfr. art. 29 del Regolamento 1829/2003.

(57) *Ibidem*, art. 1, punto a).

(58) Prova ne sono, tra l'altro i ben quarantacinque «considerando» introduttivi.

(59) *Ibidem*, art. 1, punto b).

(60) *Ibidem*, art. 1, punto c). Per la discussione di tale aspetto si veda *infra*, par. 5.

(61) Si veda nono considerando del Regolamento 1829/2003 nel quale si precisa che «Detta valutazione scientifica dovrebbe essere seguita da una decisione relativa alla gestione del rischio adottata dalla Comunità, mediante una procedura di regolamentazione che garantisca una stretta cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri».

Per garantire, a livello comunitario e internazionale, la coerenza nell'applicazione di tale disciplina, il Regolamento 65/2004 ha stabilito un sistema, che probabilmente non sarà esente da critiche (62), di determinazione e di assegnazione di identificatori unici per ciascun OGM (63).

Nel Regolamento 1829/2003 è, inoltre, espressa la necessità di stimolare la ricerca scientifica nel settore degli OGM (64), di adottare disposizioni più precise relative alla consultazione del «Gruppo europeo per l'etica delle scienze e delle nuove tecnologie» (65) e di rispettare il principio di non discriminazione verso i prodotti provenienti da Paesi terzi (66).

L'iter per l'autorizzazione alla commercializzazione di prodotti OGM è molto complesso ed articolato in una serie di passaggi istituzionali obbligati, secondo uno scadenziario estremamente dettagliato.

Innanzitutto, il richiedente deve presentare richiesta all'Autorità competente dello Stato membro di appartenenza che ne informa l'AESA. Quest'ultima ne dà comunicazione agli altri Stati

---

(62) Un'anticipazione di possibili contestazioni è stata espressa da D.G. VICTOR, *Precaution or Protectionism? The Precautionary Principle, Genetically Modified Organisms and Allowing Unfounded Fear to Undermine Free Trade*, in *International Law and Politics*, 2000, per il quale «...what constitutes sufficient science to protect the world's environment or human health, it is about how far nation may go to protect its own market», p. 866.

(63) Cfr. Regolamento 65/2004 che stabilisce un sistema per la determinazione e l'assegnazione di indicatori unici per gli organismi geneticamente modificati, in *GUCE* L 10 del 16 gennaio 2004, p. 5. *Ex art. 2, lettera b)* «la Commissione, a nome della Comunità ovvero, a seconda dei casi, l'autorità competente che ha preso la decisione finale in merito alla domanda iniziale di immissione in commercio provvede affinché l'identificatore unico dell'OGM in questione sia comunicato il più presto possibile per iscritto al centro di scambio delle informazioni sulla biosicurezza (*Biosafety Clearing House*)». Tale identificatore unico di ciascun OGM oggetto di autorizzazione è iscritto negli appositi registri della Commissione (art. 2, lett. c). Il movimento transfrontaliero degli OGM è invece disciplinato dal Regolamento 1946/2003 (in *GUCE* L 287 del 5 novembre 2003, p. 1). Esso si prefigge, nel rispetto del principio di precauzione, non solo di istituire un sistema comune di notifica e di informazione per i movimenti transfrontalieri, ma anche di garantire l'attuazione delle disposizioni del Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza per contribuire ad assicurare un adeguato livello di protezione relativamente al commercio, alla manipolazione e all'uso sicuro degli OGM che possono aver effetti negativi sulla conservazione e sulla biodiversità biologica, tenendo altresì in conto i rischi per la salute umana (art. 1).

(64) Si veda Reg. 1829/2003, considerando 40.

(65) *Ibidem*, considerando 42, nonché art. 33. Il Gruppo europeo di etica nel campo delle scienze e delle nuove tecnologie è un organo indipendente, pluralista e multidisciplinare istituito dalla Commissione europea e incaricato di formulare pareri su aspetti della scienza e delle nuove tecnologie in relazione all'attuazione della normativa o delle politiche comunitarie. Si veda *Comunicazione della Commissione* dell'11 dicembre 1997 *sull'istituzione del gruppo di etica delle scienze e delle nuove tecnologie* (SEC (97) 2404).

(66) *Ibidem*, considerando 43.

membri e alla Commissione, mettendo successivamente a disposizione la sintesi del dossier predisposto in materia (67).

Se entro sei mesi l'AESA esprime parere favorevole all'autorizzazione, provvede a inoltrarlo alla Commissione, agli Stati membri e al richiedente, insieme alle motivazioni che hanno portato a tale decisione (68). A questo punto la Commissione, entro tre mesi dal ricevimento del parere, sottopone al «Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali» un progetto di decisione (69).

La Commissione informa allora il richiedente della decisione finale adottata, che viene pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea (70). Tale autorizzazione è valida in tutta l'Unione per dieci anni, è rinnovabile (71) e può essere successivamente modificata, sospesa o revocata su iniziativa dell'«Autorità alimentare» o su richiesta di uno Stato membro o della Commissione, nel caso non soddisfi più le condizioni stabilite dal Regolamento in oggetto (72).

Dopo la concessione dell'autorizzazione è previsto un monitoraggio, di cui sono responsabili i titolari della stessa che devono informare la Commissione di qualsiasi nuova informazione scientifica o tecnica suscettibile di influire sulla valutazione della sicurezza dell'alimento (73).

La disciplina relativa alla tracciabilità, che conferma l'atteggiamento precauzionale adottato dall'Unione europea nei confronti degli OGM (74), è compiutamente espressa dal Regolamento 1830/2003 il cui obiettivo è di evitare rischi per la salute e per l'ambiente (75).

---

(67) *Ibidem*, art. 5, punti 1 e 2. In nome della trasparenza è assicurato l'accesso alla documentazione (*ex art.* 29), anche se alcune informazioni, per tutelare la concorrenza, possono rimanere riservate (*ex art.* 30).

(68) *Ibidem*, art. 6.

(69) *Ibidem*, art. 7, punto 1.

(70) *Ibidem*, art. 7, punto 4.

(71) *Ibidem*, art. 7, punto 5.

(72) *Ibidem*, art. 10, punti 1 e 2.

(73) *Ibidem*, art. 9, punto 3.

(74) Il terzo considerando del Regolamento CEE 1830/2003, precisa che la tracciabilità dovrebbe agevolare anche l'attuazione di misure di gestione del rischio, conformemente al principio di precauzione.

(75) In relazione a quest'ultimo aspetto la Direttiva 2004/35 CEE *sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale* (in *GUCE* L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss) ha ribadito il principio di «chi inquina paga» (*ex art.* 174 del Trattato CE secondo comma) in base al quale «l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno, dovrebbe so-

È fatto obbligo, in tutte le fasi della commercializzazione del prodotto, di «assicurare la trasmissione, all'operatore che riceve il prodotto, delle informazioni indicanti che esso contiene OGM o è da essi costituito o l'indicazione degli identificatori unici assegnati a detti OGM» (76). Tali informazioni devono essere conservate per cinque anni dall'avvenuta transazione (77).

È ammessa una deroga alla tracciabilità nel caso in cui la percentuale di prodotto bioingegnerizzato non superi la soglia di accettabilità prevista dalla normativa comunitaria (0.9% degli ingredienti considerati singolarmente) e purché tali tracce siano accidentali e tecnicamente inevitabili (78).

La scelta della tracciabilità, condivisa dal *Codex Alimentarius* (79), per altro non esente da critiche in quanto ritenuto influenzato da alcuni Stati e più sensibile a problematiche commerciali che a quelle di tutela della salute (80), è ampiamente contestata a livello statunitense in quanto ritenuta espressione di eccessiva prudenza, quasi di sospetto nei confronti dell'ingegneria genetica (81), estremamente costosa (82), difficile da at-

---

stenero il costo delle necessarie misure di precauzione o di riparazione». All'allegato III, punto 11, della Direttiva in esame per «danno» si intende «qualsiasi rilascio deliberato nell'ambiente, trasporto e immissione in commercio di organismi geneticamente modificati».

(76) Cfr. art. 4-A, punto 1, lett. a) e b) del Regolamento 1830/2003.

(77) *Ibidem*, art. 4-A, punto 2.

(78) Si veda art. 21 della direttiva 2001/18 e art. 12 e 14 del Regolamento 1829/2003.

(79) La FAO, nel 1962, sotto gli auspici del *World Health Organization* e dell'*United Nations Environmental Program* ha approvato un codice di condotta, il *Codex Alimentarius*, di cui sono firmatari 165 Paesi, il cui obiettivo è quello «to guide and promote the elaboration and establishment of definition and requirements for foods, to assist in their harmonization and, doing so, to facilitate international trade»; si veda il sito <http://fao>.

(80) A questo proposito D.L. POST, *The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*, in *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 2005, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research) sostiene che «One of the key criticisms of the Codex Alimentarius Commission is that despite its dual mandate to protect public health and to promote fair trade practices, in fact public health protection takes a back seat to trade interest... Although initial drafts of standards are often issued from the Codex secretariat, in fact the drafts are usually written by individual countries...The result is that a handful of countries, usually those that can afford to devote staff time to drafting Codex standards in between committee meetings, dominate the framing of the standard». L'A., in estrema sintesi, fa riferimento a una sorta di «capitalismo regolamentare» in cui i Paesi più influenti decidono, in base a calcoli di interesse politico-economico, gli standard di sicurezza da approvare.

(81) Così J. SPENCE, *op. cit.*, per il quale «The approach taken by the United States is very lenient towards manufactures of such foods so as to encourage scientific development, whereas the approach taken by the European Union is one of caution and suspect».

(82) In tal senso si rimanda a J.H. BEALES, *Modification and Consumer Informa-*



tuare(83), nonostante il continuo approfondimento normativo comunitario per facilitarne la realizzazione(84) e suscettibile di essere recepita in modo non uniforme a livello nazionale(85).

Gli Stati Uniti, infatti, uniformano il loro approccio normativo in tema di OGM a quanto espresso dal *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology (Framework)*(86) che, ritenendo in base a valutazione scientifiche (*sound science*)(87) i prodotti geneticamente modificati per nulla diversi da quelli tradizio-

---

*tion: Modern Biotechnology and the Regulation of Information*, in *Food and Drug Journal*, 2000, p. 108 nonché a N.J. BANDARRA, *Cadre communautaire réglementaire pour les organismes Génétiquement Modifiés*, in *Revue du marché commun et de l'union européenne*, 2002, p. 192.

(83) Cfr. N.E. HARL, *Biotechnology Policy: Global Economic and Legal Issues*, in *Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004 al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research) che denuncia la mancanza di personale adeguatamente formato per svolgere tali indagini. L'A. aggiunge, inoltre, che la separazione di coltivazioni *biotech* da quelle tradizionali è non solo costosa, ma quasi irrealizzabile a causa della facilità di contaminazioni che possono verificarsi per una molteplicità di cause: »1) *contamination of genetically modified germ plasm in non-genetically modified seed coming from the seeds companies*; 2) *pollen drift in the field*; 3) *physical contamination in planter boxes, combines, wagons... on the farm*; 4) *physical contamination at the elevator or other handler or commodity after it leaves the farm.*» Per J.H. BEALES, *cit.*, «...*must recognize that all modern crops are modified genetically... concerning about identifying GMOs are not about genetic modification per se. Rather they are concern about use of the techniques of modern biotechnology..*», aggiungendo che «...*with continued growth in the number and variety of GM crops... the mere fact that a product contained a GMO would offer little information of value in tracing*» , p. 108.

(84) Si veda la Decisione del Consiglio del 21 giugno 2005 *che istituisce un gruppo in rete per lo scambio e il coordinamento di informazioni sulla coesistenza di colture transgeniche, convenzionali e biologiche* (in *GUCE L 164 del 24 giugno 2005*, p. 50 ss.). Tale gruppo, costituito da esperti nazionali designati dagli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione (art. 2), agisce «in piena indipendenza da interessi industriali, commerciali o da altri interessi configgenti» (art. 4) e ha il compito di scambiare informazioni tra i Paesi membri sui risultati degli studi scientifici e sulle migliori pratiche sviluppate nell'ambito delle strategie nazionali per la coesistenza di forme di agricoltura tra di loro diverse (COEX-NET).

(85) A questo proposito si ricorda la legge italiana del 28 gennaio 2005, n. 5 *Conversione in legge, con modificazione, del decreto-legge 22 novembre 2004, n. 279, recante disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica*, in *GU 22 del 28 gennaio 2005*. Il decreto-legge 279 definiva il quadro normativo minimo per lo sviluppo e la coesistenza delle colture transgeniche, convenzionali e biologiche. Si prevedeva che prima di dare avvio alle nuove coltivazioni le Regioni e le Province autonome adottassero, entro il 31 dicembre 2005, un piano di interventi tecnici e le modalità di attuazione per evitare contaminazioni. La Legge in oggetto ha abilitato tale scadenza. Le Regioni, dunque, sono lasciate libere di adeguarsi a quanto previsto secondo tempi differenziati. Di conseguenza, ci si troverà confrontati con un quadro disciplinare non omogeneo, vanificando le aspettative di una normativa che può dispiegare i propri effetti solo sulla base dell'avvio simultaneo dei dispositivi da essa previsti.

(86) Si veda 49 *Fed. Reg.* 50,856.

(87) Per A. GUPTA, *Advanced Informed Agreement: A Shared Basis for Governing Trade in Genetically Modified Organisms?* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, «*There is little agreement on what constitutes «sound science»*», p. 272.

nali ne hanno affidato la regolamentazione alle preesistenti autorità preposte alla sicurezza alimentare (88).

In particolare, l'*USDA* che agisce tramite l'*Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS)* li disciplina sulla base del *Federal Plant Protection Act (FPPA)* e, considerandoli *Generally Recognized As Safe (GRAS)* (89), richiede semplicemente una notifica preventiva ai produttori (90).

Questi ultimi, inoltre, possono dichiarare con un «*determination of non-regulated status*» (91) che i loro prodotti sono esenti da rischi, sottraendoli sia alla disciplina del *FPPA* sia a quella dell'*USDA*. È previsto l'obbligo di una preventiva approvazione unicamente per i prodotti con proprietà potenzialmente pesticide, i cosiddetti *plant pest* (92).

Tali disposizioni, favorevolmente accolte dalle aziende *biotech*, non sono esenti da critiche; in particolare, si rileva come il sistema di notifica sia poco accurato, non tuteli adeguatamente il consumatore (93), non sia imparziale in quanto l'*USDA* sostiene l'*agrobusiness* (94) a tal punto da rifiutare consulenze esterne *supra partes* (95).

L'*EPA*, nel rispetto di quanto previsto dal *Federal Insecticide Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)*, dal *Toxic Substance Control Act (TSCA)* e dal *Federal Food Drug and Cosmetic Act*

---

(88) Cfr. nota 9.

(89) Si veda 21, *C.F.R.* 170.30 9°, 2002. Tale termine è stato introdotto per la prima volta nel 1992 dal *Working Group* dell'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OSCE) che ha stabilito che l'accertamento della sostanziale equivalenza deve basarsi su: «*knowledge of the composition and characteristics of the traditional or parental group or organism; knowledge of the characteristics of the new component(s) or trait(s) derived; knowledge of the new product/organism with the new components or trait(s)*».

(90) Cfr. *Agricultural Risk Protection Act, 2000, Title IV-Plant Protection Act, Pub.* 106-224, 114 *Stat.* 358, 438.

(91) Si veda 7 *C.F.R.* 340.6 (2002).

(92) Cfr. 7 *C.F.R.* 340-340.9.

(93) Il *National Academy of Science (NAS)* ha pubblicato nel 2002 un rapporto di aperta critica verso l'*USDA* affermando che la procedura di notifica dovrebbe essere resa «*significantly more transparent and rigorous*», si veda *Press Release, National Academy of Sciences; Regulation of Transgenic Plant Should Be Reinforced: Field Monitoring for Environmental Effects Is Needed* (2002), al sito <http://www.Bob.nap.edu/html/transgenic>.

(94) La sterilizzazione genetica dei semi è approvata dall'*USDA* e brevettata nel 1998 in collaborazione con la *Delta & Pine Land*, cfr. E. MARDEN, *Risk and Regulation: U.S. Regulatory Policy on Genetically Modified Food and Agriculture*, in *Boston College Law Review*, 2003, p. 733.

(95) Cfr. J. CARROLL, *Review of Crops Altered by Genetics Are «Superficial»*, in *Wall Street Journal*, 21 febbraio 2002.

(*FFDCA*) stabilisce il grado di tolleranza dei pesticidi nelle coltivazioni transgeniche, obbligandoli a una preventiva valutazione e a una successiva registrazione, in base alle disposizioni contenute nel *FIFRA* e nel *FFDCA* (96).

L'*EPA*, dunque, si trova in una posizione di grande difficoltà decisionale in quanto, per prevenire o limitare un rischio deve adottare provvedimenti normativi senza poter contare su un quadro disciplinare omogeneo a livello federale (97).

Il *FDA* vigila sulla sicurezza della maggior parte degli alimenti nazionali e importati, compresi quelli geneticamente modificati, valutandoli, secondo quanto espresso dalla sezione 402 a) (1) del *FFDCA*, sulla base delle norme e delle procedure previste per i prodotti tradizionali. Ancora una volta, dunque, gli OGM sono ritenuti *GRAS* e quindi esentati dall'obbligo di specifiche approvazioni e dall'etichetta a meno che non contengano sostanze allergeniche o che cambino la natura dell'alimento stesso.

Tuttavia, nel 2001, a seguito delle crescenti preoccupazioni dei consumatori in relazione ai prodotti *biotech*, il *FDA* ha proposto l'obbligo di un *pre-market notification* che non è un'autorizzazione preventiva (98) a carico dei produttori, imponendo loro una sorta di autoregolamentazione o di *self control* (99).

Sarà, comunque, il mercato a penalizzare le aziende inadempienti ed è infatti previsto che, negli USA, il contenzioso in materia di OGM sia destinato ad aumentare drasticamente nei prossimi anni (100).

---

(96) Cfr. 7 U.S.C. par. 136 a (2000).

(97) In questo senso R. BRATSPIES, *The Illusion of Care: Regulation, Uncertainty, and Genetically Modified Crops*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2002, per il quale «...*EPA regulates in an atmosphere of pervasive uncertainty... uncertainty relates not to the possibility of harm, but to the degree and kind of care needed to prevent the harm...*», p. 297.

(98) Cfr. *Premarket Notice Concerning Bioengineered Foods*, 66 Fed. Reg. 4706,4709, 18 gennaio 2001.

(99) Se qualche *bad apple* scegliesse, come prevedibile, di non adeguarsi a tale disposizione per tutelare solo i propri interessi, le autorità competenti potranno sempre intervenire, anche se con controlli solo successivi. In tal senso si veda R. COCHRAN, *Premarket Notice Concerning Bioengineered Foods: A Proposed Regulation Satisfying Some of the Players, Some of the Time*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 2003, p. 17.

(100) A questo proposito N.W. ECHELEY, *Reaping the Benefits of Agricultural Biotechnology Through Uniform Regulation*, in *The John Marshall Law Review*, 2002, afferma che «*Biotechnology is vulnerable to litigation because of its newness, lack of regulatory guideline, media sensationalism, and opposition from anti-biotech organizations and poor consumer perception*», p. 212.

Il *pre-market notification* prevede che sia comunicato alla *FDA*, sulla base di una precisa documentazione (101), da presentare con un anticipo di almeno centoventi giorni, l'immissione in commercio di alimenti o di mangimi geneticamente modificati. Quest'ultima deve confermare l'assenza di rischi per la salute e dimostrare che l'alimento è sicuro come il corrispettivo prodotto tradizionale, fornendo informazioni sul metodo di modificazione genetica utilizzata (102) e sui criteri adottati per stabilire la soglia di sicurezza, intesa come «*a reasonable certainty in the mind of competent scientists that the substance is not harmful under the intended conditions of use*» (103).

La disciplina del *FDA*, che tiene unicamente in considerazione le trasformazioni basate sulla ricombinazione del DNA (rDNA) destinate a mutare il codice genetico con conseguenti rischi per la salute e per l'ambiente (104), pur appoggiata dalle aziende *biotech* (105), è al centro di un ampio dibattito.

---

(101) *Ibidem*.

(102) L'elemento geneticamente modificato viene considerato dal *FDA* come un semplice additivo; in base allo *Statement of Policy; Food Derived from New Plant Variety*, 57 *Fed. Reg.* 22,990 «*...the genetic material transferred during genetic modification and the resulting expression products would not ordinarily affect the GRAS status of the substances and, thus, would not ordinarily require regulation of the substance as a food additive*».

(103) Cfr. 21 *U.S.C.* par. 170.3.

(104) Più di tremila ricercatori americani, tra i quali due vincitori del premio Nobel hanno espresso il loro incondizionato appoggio alle tecniche di ricombinazione genetica, considerandole prive di rischi. Al contrario, l'*American Academy of Science* sostiene che «*...although genetically foods is basically safe, the potential exists for undesirable effects such allergic reactions and higher toxicity*» al sito [www. http:// bob.nap.edu/html/transgenic](http://bob.nap.edu/html/transgenic).

(105) Tra queste la *Monsanto*, che alla periferia di St. Louis, Missouri, ha il più vasto centro di ricerca biotecnologica del mondo. Essa assicura il consumatore che i propri prodotti sono privi di rischi; garantisce agli agricoltori la certezza di raccolti più abbondanti, afferma di contribuire a risolvere la fame nel mondo, nel completo rispetto della tutela ambientale e della biodiversità; si veda il sito <http://www.monsanto.com>. La *Monsanto*, comunque, già nel 1997 è stata costretta a ritirare circa 60.000 sacchi di semi di canola (da cui, tra l'altro, si ricava, attraverso un processo di idrogenazione, un tipo d'olio ritenuto dannoso per la salute a causa della presenza di un'elevata percentuale di acidi grassi *trans*) nei quali era stata riscontrata la presenza di un gene non approvato; si veda E. ROBERTSON, *Finding a Compromise in the Debate Over Genetically Modified Food: An Introduction to a Model State Consumer Right-to-Know Act*, in *Boston Journal of Science and Technology Law*, 2003, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research). In seguito, la *Monsanto* è stata citata in giudizio per la contaminazione di raccolti in Texas, nell'Oregon, in Mississippi, in Arkansas, nel Tennessee, in Missouri; si veda R.A. REPP, *Biotech Pollution: Assessing Liability of Genetically Modified Crop Production and Genetic Drift*, in *Idaho Law Review*, 2000, p. 585 ss., il quale sostiene che le aziende *biotech* non sono «*moral creatures and accordingly, cannot be trusted as being anything but completely self-serving*», come confermato anche da E. LUTTAWK, *Turbo Capitalism: Winner and Losers in the Global Economy*, London, 1998, p. XI.

Quest'ultimo, tra l'altro, sottolinea come, mancando un quadro normativo comune a livello federale (106), gli standard di sicurezza alimentare statali sono tra di loro discordanti; di conseguenza, l'autoregolamentazione si rivelerà efficace solo dopo un processo di armonizzazione normativa ispirato al principio precauzionale.

3. *L'«ottimismo tecnologico» degli USA propone di considerare gli OGM come «Generally Recognized As Safe», cioè sostanzialmente equivalenti ai prodotti tradizionali. Le perplessità, non solo comunitarie, su tale scelta che esclude più ampie riflessioni.*

In realtà, un atteggiamento di precauzione stenta a imporsi negli Stati Uniti, a differenza di quanto avviene in Europa. Il motivo va ricercato anche nel fatto che il legislatore statunitense prende in considerazione il prodotto finito, dimostrando un evidente «ottimismo tecnologico» mentre le autorità comunitarie, ritenendo la biotecnologia una metodologia nuova e non sufficientemente sperimentata, adottano un approccio basato sulla precauzione, prendendo in esame l'intero processo di produzione (107).

Negli Stati Uniti, infatti, la manipolazione genetica è considerata come semplice perfezionamento di precedenti tecniche di ibridazione e quindi caratterizzata da rischi analoghi a quelli già noti da tempo, disciplinabili facendo riferimento a standard tradizionali (108); tale convinzione ha suscitato alcune perplessità, ba-

(106) Si veda nota 9.

(107) La direttiva 90/220CEE del Consiglio del 23 aprile 1990, *sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati*, in *GUCE* 117, dell'8 maggio 1990, p. 15, all'art. 2.2 definisce l'OGM come «...un organismo il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifica in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale»; A. GUPTA, *op. cit.*, sottolinea il divergente approccio epistemologico tra Stati Uniti e Unione Europea in relazione al ruolo da attribuire alla scienza e ai suoi interventi nel settore in esame.

(108) Per J.S. APPELGATE, *op. cit.*, «*GMO's are not so new as to require new legislation*» p. 240; B. SHERIDAN, *EU Biotechnology, Law and Practice*, Brembridge, 2001, afferma come «...*biotechnology started... with Egyptian experimentation of fermentation, bread-making and brewing*», p. 3 mentre C.R., GALANT, *Labeling Limbo: Why Genetically Modified Foods Continue to Duck Mandatory Disclosure*, in *Houston Law Review*, 2005, al sito [http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research) sottolinea come neppure l'*Office of Science and Technology* del *Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology* (1986) abbia ritenuto opportuno creare una legisla-

sate, tra l'altro, sulla constatazione che per gli OGM è comunque prevista la possibilità di un brevetto (109).

La scelta statunitense di non procedere all'approvazione di una disciplina specifica (110) è stata recentemente confermata dall'*United States Department of Agricultural (USDA)* che, in relazione alle tecniche di clonazione ha affermato, provocando ampie contestazioni da parte dei consumatori, l'assenza di rischi se i cloni utilizzati derivano da un animale sano (111).

Permangono, tuttavia, non pochi dubbi interpretativi sulla nozione di « sostanziale equivalenza », benché essa sia stata investita di « *a scientific legitimacy and an academic pedigree* » (112).

Ci si chiede, per esempio, quali criteri siano adottati per stabilirla (113); su quale metodologia scientifica si basi; quale sia, tra

---

zione specifica per disciplinare i prodotti *biotech*, considerando quella preesistente del tutto adeguata..

(109) Negli USA gli OGM sono brevettabili, come precisato anche dalla Corte Suprema nel 1980 (cfr. *Diamond v. Chakrabarry*, 447 U.S. 303 (1980) e più recentemente in *J.E.M.*, 534 U.S. 124, 60 U.P.Q. 2d (BNA)) e disciplinati dalla normativa espressa dal 35 U.S.C. 101 dove si legge che « *Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of mater, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of his title* ». In dottrina, tra gli altri, per una discussione su quello che è stato definito come « neo-colonialismo tecnologico », favorito anche da evidenti lacune regolamentari internazionali, si vedano: B.T. ONG, *Patenting the Biological Bounty of Nature: Re-Examining the Status of Organic Inventions as Patentable Subject Matter*, in *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2004, al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal-research>; Y. SHIM, *Intellectual Property Protection of Biotechnology and Sustainable Development in International Law*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2003 al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal-research>; M.R. TAYLOR & J. CAYFORD, *American Patent Policy, Biotechnology and African Agriculture: The Case for Policy Change*, in *Harvard Law School*, 2004 al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal-research>.

(110) A tale proposito il *Food and Drug Administration (FDA)*, *Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties*, 57 Fed. Reg. 22.984.22985 (1992) precisa che « *...the method by which food is produced or developed may in some cases help to understand the safety or nutritional characteristics of the finished food. However, the key factor in reviving safety concerns should be the characteristics of the food product, rather than the fact that the new methods are used.* » Per T.O. MCGARITY, *op. cit.*, « *The baseline assumption of the substantial equivalence doctrine is that there is nothing inherently novel about planting breeding through modern genetic engineering* », p. 429.

(111) Cfr. *USDA, Animal Cloning: A Risk Assessment: Draft Executive Summary*, (Oct. 21, 2003), al sito <http://www.fda.org/cloning> ove si afferma che « *...food products from healthy animal clones and their progeny that are not materially different from corresponding products from conventional animal are safe to consume as their conventional counterparts* ». Di parere contrario i consumatori, preoccupati da una « *variety of ethical and religious concerns regarding the cloning process itself, including the fact that cloning may pose health risks to surrogate livestock and result in a high frequency of non viable offspring* », così come espresso da D.A. KYSAR, *op. cit.*

(112) Così E.C. YORK, *op. cit.*

(113) A questo proposito E. MARDEN, *Risk and Regulation: U.S. Regulatory Po-*

le numerose autorità disciplinari quella competente a procedere a tale valutazione; su quali giustificazioni si dimostra che un prodotto geneticamente modificato, per il solo fatto di essere equivalente a quello tradizionale, risulti privo di rischi (114).

Si sottolinea, inoltre, come la nozione di « sostanziale equivalenza », accettata a livello internazionale (115), sia pseudo-scientifica (116), insensibile a valutazioni etiche, ambientali e cultu-

---

*licy on Genetically Modified Food and Agriculture*, in *Boston College Law Review*, 2003 sostiene che « ...the U.S. policy tends to minimize the existence of any risks associated with GM products, and directs the agencies to refrain from hypothesizing about or affirmatively searching for safety or environmental concerns », p. 733.

(114) Per I.R. ROWLAND, *Genetically Modified Foods, Science, Consumers and Media*, in *Proc. Nutrition Society*, 2002. « ...because bioengineers sometimes incorporate proteins from non-food sources whose allergenic potential is presently unknown, resulting GM food products pose at least a possibility of serious allergic reactions for some consumers », p. 28.

(115) Il concetto di sostanziale equivalenza è stato enunciato nel 1991 dall'OECD (*Safety Evaluation of Food Derived by Modern Biotechnology: Concept and Principles*) e rielaborato nel 1996 dalla FAO e dall'OMS che l'identificano « come la dimostrazione che le caratteristiche analizzate per l'organismo geneticamente modificato o per lo specifico alimento da esso derivato sono equivalenti alle stesse caratteristiche dell'organismo di paragone. » Non mancano le critiche, da parte della dottrina, su tale nozione; si vedano, tra gli altri, R.E. HUDEC, *GATT/WTO Constraints on National Regulation: Re-quirement for an Aim and Effect Test*, in *International Lawyer*, 1998 per il quale « product distinctions based on characteristics of the production process, or of the producer, that are determinants of product characteristics are simply wived as a priori illegitimate », p. 619; P.W.B. PHILLIPS & W.A. KERR, *Alternative Paradigms: The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms*, in *Journal of World Trade*, 2002 sostengono che « The Wto does not allow trade barriers to be put in place on the basis of production and processing methods: Only products characteristics can be used », p. 63. Inoltre si veda *Panel Report, United States-Restrictions on Import of Tuna, DS21/R (Sept.3,1991, GATT B.I.S.D. (39<sup>th</sup> Supp., p. 155 e General Agreement on Tariffs and Trade: Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna, 33 I.L.M. 838 (1994) nonché Appellate Body Report, United States —Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (1998) ove si precisa che l'art. XX GATT ammette provvedimenti restrittivi alle importazioni, ma non in riferimento ai metodi di produzione. Per un'analisi di tale problematica si rimanda, tra gli altri, a J. PAUWELYN, *Conflict and Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to the Rule of International Law*, 2003.*

(116) Sulla mancanza di uno stringente valore scientifico di tale nozione si è pronunciata anche la Corte di giustizia delle Comunità europee (si veda causa 236/01, sentenza del 9 settembre 2003, al sito [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)). Per i giudici comunitari, secondo la Raccomandazione 97/618 CE della Commissione del 29 luglio 1997 *relativa agli aspetti scientifici delle informazioni a sostegno delle domande di autorizzazione all'immissione sul mercato di nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari, della presentazione di queste informazioni e della preparazione delle relazioni di valutazione iniziale, in forza del Regolamento (CE) 258/97 del Parlamento europeo e del Consiglio* (in *GUCE L 253/ del 16 settembre 1997*, p. 1 ss) la nozione di « equivalenza sostanziale...non comporta, di per sé, una valutazione dei rischi, ma rappresenta un approccio volto a confrontare il nuovo prodotto alimentare con il suo equivalente tradizionale, al fine di verificare se esso debba essere sottoposto a una valutazione dei rischi per quanto riguarda in particolare la sua composizione e le sue proprietà specifiche. Ne discende, inoltre, che l'assenza di equivalenza sostanziale non implica necessariamente che l'alimento in questione sia pericoloso, ma sem-

rali (117), non obiettiva (118), in quanto fortemente sostenuta da pressioni economico-politiche, imprecisa (119) e quindi, auspicabilmente rivedibile (120). Si evidenzia, quindi, la necessità di prendere in considerazione anche il metodo di produzione, così come sostenuto da parte del mondo scientifico e dalla dottrina (121). Tale approccio, d'altra parte, è già stato utilizzato per qualificare come *organic* («biologico», nella dizione comunitaria) un pro-

plicemente che esso dev'essere sottoposto a una valutazione dei rischi che esso potrebbe cagionare» (punto 77 della sentenza).

(117) In tal senso si veda D.A. KYSAR, *op. cit.*, che afferma come la sostanziale equivalenza «*serves merely as a temporary heuristic device for assessing certain types of physical risks that might be presented by novel technology...and risks the incidental exclusion of numerous ethical, cultural and environmental concern*».

(118) Per A. GUPTA, *op. cit.*, a sostanziale equivalenza «*is inherently unscientific because it was created primarily to provide an excuse for not requiring chemical or toxicological test*», p. 274. Per B. SCHWARTZ, *WTO and GMO'S: Analyzing the European Community's Recent Regulations Covering the Labeling of Genetically Modified Organisms*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, al sito <http://web.lexisnexis/unive/form/academic/legal/research> «*...the U.S. represents the interests of well-financed GMO producers*» mentre D.L. POST, *cit.*, «*...trade in food is a huge global business*».

(119) L'E.U.-U.S. *Biotechnology Consultative Forum* promosso dall'ex Presidente Americano Bill Clinton e dall'ex Presidente dell'Unione Europea Romano Prodi ha sottolineato, nella dichiarazione conclusiva dei suoi lavori (marzo 2000), che «*...the fact that a biotechnology food is held to be substantially equivalent to a conventional food should not be taken automatically, to mean that it needs less testing or less regulatory oversight than «non-substantially» equivalent biotechnology foods...after years of using the tool it is necessary to undertake a more detail review*», al sito <http://www.horde.org>.

(120) In tal senso si è pronunciato anche la FAO nel documento *Biotech and Food Safety* (2000) sostenendo che «*Several countries have used the concept of substantial equivalence as an important component of the safety evaluation of food ingredients derived from genetically modified plant. They have found this approach to be scientifically sound and practical. Nevertheless, there has not been an universal consensus on the application of this concept. This has resulted in criticism that the approach does not provide a sufficient basis and calls for national governments and international bodies to consider alternative approaches*». Ugualmente, D. KYSAR, *op. cit.*, per il quale «*...the FDA and other relevant authorities in the GM context should reaffirm that substantial equivalence doctrine serves merely as a temporary heuristic device for assessing certain types of physical risks that might be presented by novel technology*».

(121) Nella ricerca *Safety of GM Foods* (2003) della *Society of Toxicology* statunitense sono stati sottolineati i possibili rischi dei prodotti transgenici concludendo che «*...assessing the safety of more complex GM foods that are unlike any traditional foods could pose a greater challenge*». Si vedano, inoltre, C.A. CHERRY, *Comment, Environmental Regulation Within the GATT Regime: A New Definition of Product*, in *University of California Law Review*, 1993, p. 1096 ss. il quale sostiene che la nozione di prodotto dovrebbe ricomprendere «*...the entire history of a product's manufacture, consumption and disposal*»; per M.C. STRAUSS, *The Logic of Accommodating Process-Based Environmental Trade Measures Within the Gatt*, al sito [www.stanford.edu/group/ratswtpaper.html](http://www.stanford.edu/group/ratswtpaper.html) «*...the production and consumption of a product tangibly affect peoples lives at the point of production, the point of consumption and between*»; per D.A. KYSAR, *op. cit.* «*...in the future process preferences may serve as indispensable outlets for public-regarding behaviour*»; per I. CHEYNE, *Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995 la nozione di «*product as such*» «*...imposes an inappropriately narrow limitation and unnecessarily excludes unilateral measures*», p. 433.



dotto alimentare(122) e adottato dal *FDA* almeno in un'occasione(123), lasciando intravedere la possibilità del suo impiego anche per i prodotti OGM.

4. *Precauzione? Sì, no, forse... La necessità di una comune definizione del principio precauzionale trova giustificazioni relative non solo alla sicurezza alimentare.*

Alla luce di tali considerazioni si giustifica come la discussione sul principio di precauzione(124) si sia trasformato in *a ve-triolic debate*(125), in *a bloody battle*(126) o, più semplicemente, in «*a new very popular game called precaution spotting*»(127), ove si cerca di guadagnare punti analizzandone l'applicazione a livello nazionale, transnazionale o internazionale.

---

(122) Il *National Organic Program* (NOP, 62 Fed. Reg. 65850), in vigore dal 21 ottobre 2002 vieta l'uso, per i prodotti *organic* di tecniche di ingegneria genetica (NOP, Final Rule, 65 Fed. Reg.80548-01, Dec.21,2000) e li sottopone a una rigorosa disciplina relativa alla certificazione, all'autenticazione e all'etichetta, «tracciando» il prodotto nella varie fasi della produzione e della commercializzazione. Per un commento su tale normativa si rimanda a A.J., NICHOLAS, *As the Organic Food Industry Gets Its House in Order, The Time Has Come for National Standards for Genetically Modified Foods*, al sito [http://www.lexisnexis/unive/form/academic/legal\\_research](http://www.lexisnexis/unive/form/academic/legal_research).

(123) Si pensa alla *cantaxantina*, un colorante artificiale usato nell'allevamento dei salmoni. Il *FDA* lo considera un additivo che, in base alla disciplina del *FFDCA*, deve essere notificato al consumatore per evitare di trarlo in inganno su un metodo di allevamento che non è naturale (63 Fed. Reg.14,814, 27 marzo 1998, nonché *FDA Food Labeling Requirements*, 21 C.F.R. 101.22 a), b), (k), (2), 101.100 a) (2).

(124) Per una ricostruzione storica di tale principio si rimanda, tra gli altri, a D., DOBOS, *The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, in *Fordham Environmental Law Journal*, 2002, p. 377, ss., per R. BRADSPICES, *cit.*, si tratta di «... a concept from international law that has become a ubiquitous buzz word in environmental law», p. 317; per E. FISHER, *Precaution, Precaution Everywhere: Developing a «Common Understanding» of the Precautionary Principle in the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002 il principio precauzionale «enlights the limitations on science as source of legitimacy», p. 6; per N. YERS, *Debating the Precautionary Principle*, al sito <http://www.senh.org>, «As the principle has been elaborated recently...it nearly always implies three additional ideas: the notion of seeking alternatives to harmful technology; the ideas of shifting to proponents of a technology the responsibility for demonstrating its safety and the goal of transparency and democracy in making decisions about technologies».

(125) Così D. DOBOS, *The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle*, in *Fordham Environmental Law Journal*, 2002 si tratta di superare «parochial concerns of states to the greater interests of humanity and planetary welfare», p. 297.

(126) Così D. SMITS & S. ZABOROVSKI, *Trade and Genetically Modified Foods: Chumps or Champs of International Trade?»*, in *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2001, p. 111.

(127) In tal senso si veda E. FISHER, *op. cit.*, 2002, p. 7.

L'Unione europea, ritenendo la valutazione scientifica non sufficiente a fugare le perplessità sugli OGM (128), appoggia incondizionatamente il ricorso alla precauzione (129).

Quest'ultima, per il legislatore comunitario, rappresenta uno strumento di gestione del rischio (130), anche se non garantisce una sicurezza alimentare assoluta (131), non deve esprimere scelte protezionistiche (132) e «in nessun caso legittimare l'adozione di misure arbitrarie» (133).

Il principio precauzionale, infatti, si iscrive nel contesto del Mercato interno, «aspetto fondamentale della Comunità» (134), che impone il raggiungimento di un corretto equilibrio tra le aspettative economiche, comprese quelle delle industrie *biotech*, con l'esigenza di ridurre i rischi per l'ambiente e per la salute dei consumatori (135).

Ad esso si ricorre nell'ipotesi di rischio potenziale, anche nel caso quest'ultimo non possa «essere interamente dimostrato o la sua portata quantificata o i suoi effetti determinati per l'insufficienza o il carattere non concludente dei dati scientifici» (136).

I provvedimenti adottati in base a tale principio devono essere, dunque, proporzionali al livello di sicurezza ricercato, non

---

(128) Si veda J. SCOTT, *op. cit.*, per il quale «*The Community institutions are entitled to adopt protective measures on the basis of incomplete scientific knowledge, even where the measures may seriously harm legally protected positions*», al sito <http://www.lexisnexis.com/universe/form/academic/legal/resources>. ugualmente R. TUDGE, in *New Scientist*, 17 maggio 2003 per il quale «*The precautionary principle says: «Of course you can make no progress without risk. But if there is no obvious gain from taking the risk, then don't take it»*».

(129) Così G. KOGSTAD, *op. cit.*, secondo cui «*The programmatic ideas which underpin EU food safety regulation are that scientific knowledge is authoritative, but not exclusively*», p. 490.

(130) Cfr. la *Comunicazione della Commissione sul ricorso al principio di precauzione* (2 febbraio 2000), COM(2000) nonché l'art. 7 del Regolamento 178/2002 dove si precisa che «La gestione del rischio tiene conto dei risultati della valutazione del rischio... e del principio di precauzione...».

(131) Cfr. *Comunicazione ...cit.*, «È necessario... dissipare una confusione esistente tra l'utilizzazione del principio di precauzione e la ricerca di un livello di rischio zero che, nella realtà, esiste solo raramente», p. 8.

(132) *Ibidem*, «...si deve evitare un ingiustificato ricorso al principio di precauzione, che, in alcuni casi, potrebbe fungere da giustificazione per un protezionismo mascherato», p. 8.

(133) *Ibidem*, p. 13 ss.

(134) *Ibidem*, p. 8.

(135) *Ibidem*, p. 7.

(136) *Ibidem*, p. 13. Tale interpretazione è condivisa da R. BRADSPIES, *op. cit.*, per il quale «*...the idea of precautionary regulation has a solid, relatively simple core: where there is a reasonable belief, but no scientific certainty regarding possibile... damage from a proposed course of action, risk avoidance should be the decisional norm*».

discriminatori, coerenti con misure adottate in situazioni analoghe, basati sull'esame dei vantaggi e degli svantaggi risultanti dall'azione (o dall'assenza di azione), riesaminati alla luce di nuovi dati scientifici (137).

Un'iniziativa basata sulla precauzione può, in alcuni casi, comportare l'onere della prova scientifica, necessaria ad una corretta valutazione del rischio da parte del produttore o dell'importatore (138).

Il principio di precauzione è ribadito nel Regolamento 178/2002 ove si afferma che qualora l'analisi del rischio individui la possibilità di effetti dannosi, ma permanga una situazione di incertezza scientifica, «possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente» (139).

La Direttiva 2001/18 (140) lo considera come regola metodologica «espressa», alla quale conformare la normativa sugli OGM (141) e tale interpretazione è confermata nei Regolamenti 1829/2003 e 1830/2003.

Non mancano, anche a livello comunitario, le critiche su tale principio. La dottrina sottolinea, tra l'altro, come sia poco chiaro il ruolo delle autorità sovranazionali e nazionali nella sua gestione, in quanto esso si prefigge di conciliare gli obiettivi comunitari con gli interessi nazionali. È stato quindi auspicato che venga coniugato con il principio di sussidiarietà (142).

È anche criticato in quanto favorirebbe la deresponsabilizzazione dei garanti della sicurezza alimentare che, per il timore di

---

(137) *Ibidem*, p. 7.

(138) *Ibidem*, p. 22. Si precisa, inoltre che «Spetta alle imprese realizzare i lavori scientifici necessari per la valutazione del rischio. Finché il livello del rischio per la salute e per l'ambiente non può essere valutato con sufficiente certezza, il legislatore non può legittimamente autorizzare l'utilizzazione della sostanza» (p. 22).

(139) Cfr. art. 7, par. 1 del Regolamento 178/2000, cit.

(140) Si veda nota 50.

(141) In essa si afferma che «...nell'elaborazione della presente direttiva è stato tenuto conto del principio precauzionale ed esso va tenuto conto nell'attuazione della stessa». Tale considerazione preliminare assume un'indubbia importanza sistematica in quanto si proietta direttamente sul dettato normativo della direttiva al punto da subordinare al principio precauzionale le finalità del provvedimento e le misure atte ad evitare rischi per la salute e per l'ambiente.

(142) In tal senso si veda P. PALLARO, *Il principio di precauzione tra mercato interno e commercio internazionale: un'analisi del suo ruolo e del suo contenuto nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di politica agraria*, 2002, p. 16.

incorrere in procedimenti sanzionatori, vi farebbero ricorso con eccessiva disinvoltura, frenando l'innovazione e il progresso tecnologico (143).

Ci si chiede, infine, se sia effettivamente corretto che quando la scienza non sa rispondere a dei dubbi, siano i politici a decidere, spesso influenzati da interessi particolari, in contrasto con quelli della comunità (144).

Infine, è rilevata la possibilità di un'applicazione «a geometria variabile», eliminabile procedendo ad una più chiara enunciazione del suo contenuto e delle condizioni della sua applicazione (145).

La disciplina americana sugli OGM non lascia spazio alla precauzione, ma il dibattito dottrinale in materia è vivacissimo e vede due schieramenti contrapposti che rilevano la complessità degli argomenti in discussione (146).

Chi lo difende, lo ritiene un principio che non è possibile non condividere (147), non un ostacolo, ma uno stimolo ai progressi della scienza che, dopo successive indagini e conferme (148), potrebbe dare più convincenti risposte a perduranti dubbi ed incertezze (149).

---

(143) In tal senso J. JAILETTE, *Il cibo impazzito. Il caso della contraffazione alimentare*, Milano, 2001.

(144) Così, tra gli altri, F. BATTAGLIA, *Rischi ambientali da piante GM*, in *Alimenta*, 3/2003, p. 57.

(145) Così L. BEURDELEY, *La Sécurité Alimentaire au sein de l'Union Européenne : un concept en gestation*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 455 nonché I.M. MARINO, *Prime considerazioni sulla disciplina « interna » di OGM e MOGM*, in questa *Rivista*, 6/2003, p. 1456. In ugual senso si esprime il ventesimo considerando del Regolamento 178/2002 ove si precisa che «...per garantire la tutela della salute nella Comunità ci si è avvalsi del principio di precauzione, creando ostacoli alla libera circolazione di alimenti e di mangimi. E pertanto necessario adottare una base uniforme in tutta la Comunità per l'uso di tale principio».

(146) Per C.D. STONE, *Is There a Precautionary Principle?*, in *Envtl. L. Rev.* 2001, «*The oppositions to GM foods arises not merely from diverging interpretations of the limited empirical data but also from conflicting national and cultural values... including control over what we eat, and attitudes toward science, sovereignty, and capitalism*».

(147) Così H. GULDBERG, *Challenging the Precautionary Principle*, al sito <http://www.Spiked-online.com>.

(148) In tal senso si vedano C. CHARLIER & M. RAINELLI, *Hormones, Risk Management, Precaution and Protectionism: An Analysis of the Dispute on Hormone-Treated Beef Between the European Union and the United States*, in *European Journal of Law and Economics*, 2002 per i quali «...precautionary principle should only be used to justified a temporary protection measure... Precaution... should nont be understood as a definitive measure», p. 94.

(149) Così C. RAFFENSPERGER & K. BARRETT, *In Defense of the Precautionary Principle* al sito [http://www.Sehn.org/nature biotech](http://www.Sehn.org/nature_biotech) i quali sostengono che «*The precautionary principle is neither unscientific nor anti-technology. It requires robust analysis close*

In particolare, esso, riconoscendo «la certezza dell'incertezza dell'evidenza scientifica» (150), rappresenterebbe il punto di partenza per nuovi provvedimenti normativi in grado, tra l'altro, di interpretare correttamente il rapporto costi/benefici (151). È, dunque, lo strumento più appropriato per tutelare sia la salute sia l'ambiente, senza ostacolare il libero commercio (152).

Chi invece lo critica, lo ritiene un limite alla scienza (153), troppo vago (154) e arbitrario (155) per divenire base di un corretto processo di *decision making*. Esso, in altre parole, esprimerebbe un atteggiamento protezionista (156), una sorta di filosofia basata sul buon senso (157), piuttosto che un concetto giuridico chiaro e definito (158), interpretabile in modo differente a seconda dei contesti economico-politico-sociali in cui viene applicato (159).

---

*attention to uncertainty and to the probability of both false positive and false negative conclusions. The precautionary principle can also stimulate alternative directions for regulatory policies and technology development*». Ugualmente E. FISHER, *op. cit.*, per il quale «*The principle states that in case of scientific uncertainty «no evidence of harm» should not equated with “no harm”. The precautionary principle, by explicitly recognizing the implications of scientific uncertainty for collective decision-making ensures that decision-makers cannot hide behind a façade of “fact” where no definitive factual basis exists*», p. 8.

(150) Così D. DOBOS, *cit.*, p. 398.

(151) A tal proposito M. GEISTGFELD, *op. cit.*, osserva che «*...the precautionary principle can be derived from the methodology of cost/benefit analysis. This approach supports the important features of precautionary principle, while providing the specific need for good decision making*», p. 174.

(152) Per J. TICKNER & N. MEYRS, *Current Status and Implementation of the Precautionary Principle*, al sito <http://www.sehn.org> il principio precauzionale «*...was created to protect public health and the environment, not to restrict valid trade*».

(153) Si veda P. DRAHOS, *Genetically Modified Organisms and Biosafety: The Global Regulation Issues*, in *Bio-Science Law Review*, 2000, che definisce la precauzione come un concetto «*not knowledge promoting*», p. 48.

(154) Cfr. R. BRADSPIES, *op. cit.*, che lo definisce «*fuzzy, vague, too general*» p. 318.

(155) In tal senso K. BUECHLE, *The Great, Global Promise of Genetically Modified Organisms: Overcoming Fear, Misconceptions, and the Cartagena Protocol on Biosafety*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 2001, secondo il quale «*Some people have already used the precautionary principle as grounds to ask government to ban all GM crops*», p. 305.

(156) Così G. MAIONE, *op. cit.*, per il quale la precauzione può «*...distort regulatory priorities; it can be misused to justify protectionist measures; it undermines international regulatory cooperation; and it may have undesirable distributive consequences*», p. 89.

(157) Per J. BOAHNES, *op. cit.* «*the precautionary principle is something like to common sense attitude we take in conducting our own lives and making decisions. We consider whether we need or want something, try to learn as much as we can about risks and benefits, considering alternatives, choose the best (or more likely) safer route..*», p. 322; per J.H. ADLER, *More Sorry Than Safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol*, in *Texas International Law Journal*, 2005 esso esprimerebbe che «*It is better to be safe than sorry*», p. 205.

(158) Per R.J. COLEMAN, *The U.S. Europe, and Precaution: A Comparative Case Study Analysis of the Management of Risk in a Complex World*, Bruges, 2002 tale principio sarebbe «*a joker or a wild card*».

(159) In tal senso si veda N. SALOMON, *op. cit.*, p. 142.

Il risultato di tali discussioni sia a livello comunitario sia statunitense non è privo di rilievo; da esso emerge la necessità di giungere a una comune definizione di tale principio, che ridurrebbe le incertezze di un quadro disciplinare attualmente confuso e incerto (160).

In tal modo si faciliterebbe l'individuazione di una normativa condivisibile a livello internazionale, ancorandola a principi democratici e trasparenti (161), consentendo al legislatore «*to say yes with caution*» (162), sulla base di un ampio ventaglio di riflessioni, anche di natura etica, troppo a lungo accantonate, perché considerate incompatibili con la disciplina del commercio internazionale (163).

5. *L'etichetta come strumento di informazione dei consumatori sul contenuto, ma anche sul metodo di produzione. Il suo rilievo in relazione al crescente interesse verso un « consumo etico ».*

L'incertezza sull'adozione di un atteggiamento precauzionale si riflette direttamente su un aspetto fondamentale della disciplina degli OGM: quello della loro etichettatura, peraltro già prevista in numerosi Paesi (164).

---

(160) La Commissione europea, nella Comunicazione *Live Science and Biotechnology. A Strategy for Europe*, COM (2002), 27 fin., gennaio 2002, ha definito *international disharmony* l'attuale situazione regolamentare internazionale relativa agli OGM. Per J. BOAHNES, *op. cit.*, «...the development of a common understanding of the precautionary principle in the EU must pay far closer attention to the role of legal cultures and questions of state authority», p. 8. Di uguale parere E. FISHER, *op. cit.*, per il quale sarebbe opportuno procedere a «the identification of the different legal cultures in which precaution operates and how these cultures overlap and interact. More importantly, it requires more careful consideration of the role and nature of state authority», p. 28.

(161) A questo proposito C. RAFFENSPERGER & K. BARRETT, *op. cit.*, sostengono che «Lack of democratic process has been a primary source of contention surrounding GM crops and food. Under the precautionary principle, not only is this ethically unacceptable, it is an impoverished procedure for making decisions about a technology that now affects (voluntarily or not) millions of people and mainly other species throughout the world».

(162) *Ibidem*.

(163) Si veda, tra gli altri, P.A. BENTLEY, *Re-Assessment of art. XX, par.(b) and g) of GATT 1994 in the Light of Growing Consumer and Environmental Concern About Biotechnology*, in *Fordham International Law Journal*, 2000 per il quale «...there is, of course, small room for individual ethics. Ethics are not permitted ground for restricting trade... The reason for this is simply potential for abuse... Countries who wish to meet ethical concerns of their populations may achieve this through non-discriminatory proportionate labelling requirements», p. 130.

(164) Per N.E. HART, *Biotechnology and Policy: Global Economic and Legal Issues*, in *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004 «Concerns in several countries in Asia, Europe and Southern Hemisphere have led to labelling or plans

L'etichetta, in realtà, come espresso dal recente dibattito, è uno dei problemi più controversi dei prodotti *biotech* (165), in quanto non esprime solo il diritto del consumatore di avere informazioni relative all'assenza di rischi del prodotto, ma anche l'esigenza di avere informazioni sul metodo della sua produzione (166).

Nell'Unione europea è previsto (*ex* Regolamenti 1829/2003 e 1830/2003) l'obbligo dell'etichetta per gli alimenti destinati al consumatore finale o ai fornitori di alimenti per collettività e che contengono o sono costituiti da OGM o sono prodotti a partire da o contengono ingredienti prodotti a partire da OGM; medesimo obbligo è in vigore per i mangimi (167).

In tal modo, da un lato, si consente ai consumatori di operare una scelta consapevole e, dall'altro, si favoriscono corrette transazioni tra venditore e acquirente (168); l'etichetta non deve essere comunque tale da trarre in inganno, relativamente alle caratteristiche dell'alimento, alla natura, all'identità, alla qualità, alla composizione, al metodo di produzione (169).

Tale obbligo non sussiste se l'alimento è costituito o prodotto a partire da OGM presenti in proporzione non superiore allo 0,9% degli ingredienti considerati individualmente (170), purché tale presenza sia accidentale o tecnicamente inevitabile (171).

---

*for labelling. Currently, as many as 48 countries embrace labelling or are likely to embrace labelling».*

(165) In tal senso si vedano D.C.R. GALANT, *Labeling Limbo...* cit., nonché D. SMITS & S. ZABOROVSKI, cit. per i quali «*Instead of educating and assuring customers of safety, the GMO industry gave consumer in the EU the impression that they were capable of forcing genetically modified products «down their throats»*», p. 115.

(166) Così A.D. KYSAR, *op. cit.*

(167) Cfr. Regolamento CE 1829/2003, art. 12, punto 1 e art. 24 per quanto riguarda i mangimi. L'obbligo dell'etichetta è previsto anche per i prodotti e gli ingredienti alimentari contenenti additivi o aromi geneticamente modificati o derivati da OGM in base al Regolamento 50/2000 del 10 gennaio 2000, in *GUCE* L 6, 11 gennaio 2000, p. 15 ss.

(168) *Ibidem*, diciassettesimo considerando.

(169) *Ibidem*, diciottesimo considerando.

(170) Questo, ad esempio, significa che se la lecitina di soia contenuta in una tavoletta di cioccolato deriva da materia prima geneticamente modificata per più dello 0,9% dovrà essere indicata nell'etichetta anche se essa rappresenta solo l'1% del totale degli ingredienti.

(171) Cfr. Regolamento 1829/2003, art. 12, punto 2 e punto 3 ove si precisa che «Per stabilire se la presenza di tale materiale sia accidentale o tecnicamente inevitabile, gli operatori devono essere in grado di dimostrare alle autorità competenti d'aver preso tutte le misure appropriate per evitarne la presenza».

Sono previste alcune deroghe che stabiliscono soglie minime inferiori per tenere conto dei progressi scientifici e tecnologici (172) ed è ammesso un livello di tolleranza dello 0,5% per quegli OGM non ancora autorizzati immessi sul mercato europeo.

Per i prodotti OGM o da essi costituiti, è fatto obbligo agli operatori del settore di provvedere ad indicare nell'etichetta o nell'esposizione del prodotto (173) la dicitura «questo prodotto contiene organismi geneticamente modificati» o «questo prodotto contiene (nome dell'organismo o degli organismi) geneticamente modificato/i» (174).

Inoltre, devono essere elencate le caratteristiche e le proprietà del prodotto, quali specificate nell'autorizzazione, nei casi in cui esso sia «diverso dalla versione tradizionale per quanto concerne la composizione, il valore o gli effetti nutrizionali, l'uso previsto dell'alimento e le implicazioni per la salute di alcuni segmenti della popolazione» (175) e «se può dare luogo a preoccupazioni di ordine etico o religioso» (176).

Su tale disciplina non mancano le critiche.

Desti, tra l'altro, non poche perplessità l'attuale soglia di tolleranza di elementi transgenici fissata allo 0,9% mentre prima era dell'1% (177), in quanto si dubita che la variazione di decimi percentuali possa incidere sulla soglia di rischio tollerabile. Anche le deroghe previste per tenere in conto i progressi scientifici hanno suscitato un acceso dibattito soprattutto tra coloro che richiedono provvedimenti più rigorosi (178). Si critica anche la mancanza di un quadro sanzionatorio armonizzato tra i Paesi membri, a tutt'oggi delegato alla normazione nazionale.

Inoltre, persistono dubbi sul contenuto preciso che deve avere l'etichetta, così come sottolineato anche dalla «Conferenza

---

(172) Cfr. Regolamento CE 1829/2003, art. 12, punto 4.

(173) Cfr. Regolamento 1830/2003, art. 4, punto 6b per i prodotti non confezionati.

(174) *Ibidem*, art. 4 punto 6.

(175) Cfr. Regolamento 1829/2003, art. 13, punto 2a.

(176) *Ibidem*, punto 2b.

(177) Cfr. Regolamento CE 49/2000 del 10 gennaio 2000 *che modifica il regolamento CE 1139/98 del Consiglio concernente l'obbligo di indicare nell'etichettatura di alcuni prodotti alimentari derivanti da organismi geneticamente modificati caratteristiche diverse da quelle cui alla Direttiva 79/112/CE*, in *GUCE* L 6 dell'11 gennaio 2004, p. 13.

(178) In tal senso, tra gli altri, si veda N.J. BANDARRA, *op. cit.*, p. 187 ss.



europea sull'agricoltura e sull'alimentazione biologica» svoltasi a Bruxelles nel 2004 (179).

Negli Stati Uniti, il regime di etichetta degli alimenti, in termini generali, trova disciplina nella sezione 403 del *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (FFDCA)* che dà mandato al *FDA* di adottare provvedimenti in materia (180).

La decisione del *FDA* di non rendere obbligatoria l'etichetta per i prodotti OGM è giustificata, come sempre, dalla convinzione che tali prodotti siano *GRAS* (181), nonché dalla difficoltà di procedere alla loro tracciabilità, distinguendoli da quelli tradizionali (182).

È stato, comunque, introdotto l'obbligo, a decorrere dal 1° gennaio 2006, dell'etichetta per i prodotti contenenti acidi grassi *trans* (183), confermando la preoccupazione del *FDA* di tutelare i consumatori in un caso di accertato e sicuro effetto nocivo.

Per quanto riguarda gli OGM, il *FDA*, accogliendo la richiesta del consumatore di essere maggiormente informato, ha predisposto il *Guidance for Industry Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have not Been Developed Using Bioengineering* (184)

---

(179) Si veda il sito [www.europa.eu.int/comm/agriculture/publi/fact/index](http://www.europa.eu.int/comm/agriculture/publi/fact/index).

(180) Cfr. *FFDCA*, 21 U.S.C., 301 ss. (2001). L'etichetta deve contenere il nome, precisamente espresso, dell'alimento, nonché l'indirizzo del produttore, dell'imballatore e del distributore, la lista degli ingredienti usati compresi i coloranti artificiali e i conservanti, il peso netto e le proprietà nutritive. Essa è ingannevole se non contiene indicazioni adeguate. È prevista, inoltre, una specifica disciplina di etichettatura volontaria per gli alimenti che si prefiggono di migliorare alcune situazioni patologiche come l'elevato livello di colesterolo o della pressione sanguigna.

(181) Nello *Statement of Policy: Foods Derived From New Plant Varieties*, 57 *Fed. Reg.* 22984, 22991 (29 maggio 1992) il *FDA* ha affermato che «...the new techniques are the extension at the molecular level of traditional methods» e che «the agency is not aware of any information showing that foods derived by these new methods differ from other foods in any meaningful or uniform way, or that, as a class, foods developed by new techniques present any different or greater safety concern that foods developed by traditional plant breeding», concludendo che «the agency does not believe that the method of development of a new plant variety (including the use of new techniques including recombinant DNA techniques) is normally material information within the meaning of 21 U.S.C. 321 (n) and would not usually be required to be disclosed in labelling food».

(182) Per F.G. MISKIEL, *Voluntary Labelling of Bioengineered Food: Cognitive Dissonance in the Law, Science and Public Policy*, in *California Western Law Review*, 2001, «the genie escaped from the bottle» e l'accertamento di assenza di materiale transgenico altro non è che «a bureaucratic and logistical nightmare», p. 223.

(183) Cfr. *Food Labeling: Trans Fatty Acids in Nutrition Labeling, Nutrient Content Claims and Health Claims*, *Fed. Reg.* 133, 414334, 41434, 41436 (11 luglio 2003). Gli acidi grassi *trans* sono ottenuti attraverso un processo di idrogenazione ritenuto pericoloso per la salute; si veda <http://www.transfattyacid>.

(184) Cf. 66 *Fed. Reg.* 4839, 18 gennaio 2001 ove il *FDA* precisa che «we are still not aware of any data or other information that would form a basis for concluding that the

per le aziende *biotech* che ritenessero opportuno segnalare, su base volontaria, la presenza di elementi transgenici nei loro prodotti (185).

È esclusa la possibilità di etichette generiche con la dicitura «*GM free*» (186).

Un maggior rigore in materia è stato, comunque, espresso da oltre quindici Stati della Federazione che hanno avanzato la richiesta di poter etichettare gli OGM (187) mentre al Congresso sono state presentate due proposte di legge di medesimo contenuto; si tratta del *Genetically Engineered Food Right to Know Act (GEFRKA)* (188) e del *Genetically Engineered Food Act (GEFSA)* (189). Quest'ultimo auspica che gli OGM non vengano più considerati GRAS e siano obbligatoriamente sottoposti a un'attenta valutazione prima della loro commercializzazione.

Il *GEFRKA*, invece, che si propone come riforma del *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, ne sollecita l'etichettatura obbligatoria indicante che il prodotto è «*genetically engineered*» oppure «*produced with a genetically engineered material*», rispondendo alla precisa esigenza dei consumatori di essere informati in tal senso (190).

In base a tale proposta, che recepisce parzialmente il contenuto della disciplina comunitaria in materia, anche se non prevede il ricorso alla tracciabilità, il prodotto deve essere etichettato

---

*fact that a food or its ingredients was produced using bioengineering is a material fact that must be disclosed...».*

(185) Per T.O. MCGARITY, *op. cit.*, «*Ultimately the agency leaves it up to the manufacturer to determine whether an added substance is Gras*».

(186) Il FDA sostiene che tale espressione non è sufficientemente accurata perché «*genetically modified is something used broadly or include conventional methods of food production... «free» implies «zero» which may be difficult to substantiate, and all claims on labels should be verifiable*».

(187) Si tratta del *Pew Initiative of Food and Biotechnology*, 2003, al sito <http://www.pewagbiotech.org>.

(188) Si veda *Genetically Engineered Food Right to Know Act*, H.R. 2916, 108<sup>th</sup> Cong. (2003), proposta legislativa scaduta alla fine del 2004.

(189) Si veda *Genetically Engineered Food Safety Act*, H.R. 2917, 108<sup>th</sup> Cong. (2003).

(190) L'art. 153 del Trattato UE, infatti, al punto 1, precisa che «*Ai fini di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi*». Sui limiti della normativa statunitense, su tale aspetto si veda K.A. LEGGIO, *Comment. Limitation on the Consumer's Right to Know: Settling the Debate over Labeling of Genetically Modified Foods in the United States*, in *San Diego Law Review*, 2001, p. 917-918.

come OGM solo se il materiale transgenico presente è superiore all'1%.

Tuttavia, perché il Congresso approvi una tale disciplina, ne deve avere l'autorità; ciò comporta due verifiche preliminari. La prima impone di accertare se la Costituzione autorizzi il Congresso a legiferare in materia (191) mentre la seconda deve escludere che la nuova norma sia in contrasto con un'altra preesistente o con la stessa Costituzione.

Per quanto riguarda il primo punto, il Congresso può effettivamente autorizzare il *FDA* ad etichettare i prodotti alimentari in base al *Commerce Clause* (192). Il *FDA*, tuttavia, come s'è visto, non ha ritenuto necessario procedere in tal senso per i prodotti OGM.

Per rendere obbligatoria l'etichetta di questi ultimi il Congresso, sulla base di una comprovata giustificazione scientifica, dovrebbe approvare un'apposita norma non contrastante, innanzitutto, con il Primo Emendamento della Costituzione, cioè con il *Commercial Free Speech* (193).

Quest'ultimo non solo tutela il diritto del consumatore di essere informato, anche se limitatamente ad aspetti essenziali della salute (*basic to living*) (194), ma anche, quello opposto, delle aziende produttrici di «*not to speak*».

Di conseguenza, una disciplina statale che obbligasse l'etichetta per i prodotti OGM, fino ad oggi ritenuti privi di rischi scientificamente accertati, limiterebbe il loro libero commercio senza una valida ragione di tutela della salute e rappresenterebbe una violazione della Costituzione (195).

---

(191) Cfr. *U.S. Constitution*, art. II, par. 1, cl. 8, nonché *U.S. Constitution, amendment 10*.

(192) Cfr. *U.S. Constitution*, art. I, 8, cl. 3.

(193) Cfr. *U.S. Constitution, amendment I*.

(194) In tal senso J.E. SPENCE, *op. cit.* per il quale «*The Supreme Court decided this protection of commercial speech was necessary so as to allow the free flow of information to the public, especially regarding those things essential to life*» «*Commercial expression not only serves the economic interest of speaker, but also assists consumers and furthers the societal interest in the fullest possible dissemination of information... Even when advertising communicates only an incomplete version of the relevant facts, the First Amendment presumes that some accurate information is better than no information at all*». La Corte Suprema, nella sentenza *Central Hudson Gas & Elec. Coop. V. Pub. Serv. Comm'n of New York*, 447 U.S. 557 (1980) ha ammesso il diritto al *commercial speech* quando: 1) è orientato a un sostanziale interesse governativo; 2) promuove direttamente tale interesse; 3) non è eccessivo rispetto agli interessi che tutela.

(195) Lo Stato dell'Oregon, nel 2003, ha proposto una legge, poi respinta, che imponeva l'etichettatura per gli OGM. Tale iniziativa legislativa è stata ampiamente conte-

Tale interpretazione è stata confermata nella sentenza *Diary Food Association v. Amestoy* (196), in cui la Corte del Vermont ha considerato incostituzionale il provvedimento statale di rendere obbligatoria l'etichetta per i prodotti caseari provenienti da allevamenti in cui si utilizza il *Prosilac*, un ormone sintetico destinato ad aumentare la produzione del latte. La sentenza si basa sulla considerazione che la *curiosità* dei consumatori non sia motivo sufficiente per imporre tale provvedimento (197).

La dottrina statunitense non ha assunto una posizione univoca relativamente all'opportunità o meno di rendere obbligatoria l'etichetta per i prodotti OGM.

Alcuni la ritengono non necessaria (198), sottolineando che se i consumatori non vogliono acquistarli possono scegliere quelli organici, già obbligatoriamente identificabili (199).

Altri la ritengono inopportuna, anche se predisposta per segnalare eventuali proprietà tossiche o allergeniche di un alimento;

---

stata dalla *Monsanto*; si veda B. LAMBRECHT, *Monsanto and Allies Spend Millions to Stop Oregon Labeling Initiative*, al sito <http://www.organicconsumers.org>.

(196) Cfr. 92 F.C. 3d 67 (2d Cir. 1996).

(197) Cfr. *Amestoy*, 92F 3d, pp. 73-74. Tuttavia il giudice Leval ha rilevato che la Corte ha erroneamente considerato la richiesta dell'etichetta come unicamente basata sulla curiosità del consumatore e non, piuttosto, su una sua giustificata preoccupazione, in quanto il *FDA* non può sciogliere tutti i dubbi sulla sua sicurezza dei prodotti *biotech*. Ugualmente nella causa *Alliance for Bio-Integrity v. Shalala* (116 F. Supp. 2d 166 (D.C.2000)) l'associazione dei consumatori *Alliance or Bio-Integrity* contestava la decisione del *FDA* di non rendere obbligatoria l'etichetta per gli OGM, ritenendola *arbitrary and capricious*. La Corte ha dato ragione all'agenzia governativa, affermando che « *The FDAs decision to accord bioengineered food a presumption of Gras status was neither arbitrary nor capricious* » per il fatto che « *...on scientific data... recombinant proteins are no different from proteins required for nutrition and thus it was proper to defer to the FDAs expertise in evaluating such scientific data* ». Inoltre, in relazione alla disciplina relativa ai pesticidi, è vietato agli Stati di obbligare all'etichetta se essa non è prevista dal *FIFRA*, cfr. il *Federal Preemption* (7U.S.C. 136v(b)), 2000. Per D.A. KYSAR, *op. cit.*, « *...the presumption that mere consumer concern about production methods is an insufficient basis for state action... should be rejected. By deeming process preferences presumptively illegitimate, policymakers ... neglect to consider the many ways in which consumers preferences reflect normatively coherent demands for changes with respect to the myriad consequences of production* ».

(198) In tal senso C.R. GALANT, *op. cit.*, per il quale « *...the people needs only to be informed...mandatory labeling is not a viable option to date... although mandatory labeling might provide consumers with the ability to choose whether to consume, support or boycott certain GM foods, such a shift in policy is not possibile nor even necessary... consumer must be informed that they are sufficiently informed and that they have viable alternative* ».

(199) In tal senso si veda J.H. BEALES, *cit.* afferma che l'etichetta è, in fondo, richiesta da chi, a priori, si dichiara contrario agli OGM e quindi è già tendenzialmente orientato ai prodotti organici e quindi « *...mandatory labeling of products that contain GMOs or GMO-derived ingredients essentially imposes all the costs of labeling of those who do not think the information is relevant to those who are willing to continue to use products containing GMOs* ».

infatti, si precisa che rischi in tal senso non dipendono dalla manipolazione genetica, cioè dal metodo di produzione, ma dalla presenza di sostanze che potrebbero causare allergie (200) o tossicità (201).

Altri ancora sottolineano come l'etichetta sia estremamente costosa (202), rappresenti un illusorio strumento di informazione (203) e, in sintesi, esprima unicamente un atteggiamento di sospetto verso la biotecnologia (204).

Viene, inoltre, sottolineato come un'etichetta generica, indicante che il prodotto *potrebbe* contenere elementi transegnici si limiterebbe a un'informazione vaga, provocando ingiustificati allarmi e preoccupazioni (205).

All'opposto, un'etichetta più precisa e dettagliata risulterebbe di difficile comprensione (206).

Alcuni ritengono che l'etichetta volontaria sia la scelta più opportuna (207); per altri, invece, sarebbe auspicabile rendere ob-

(200) Si veda, tra gli altri, J.H. BEALES, *op. cit.*, per il quale «*an attempt to insert genes from brazil nuts into soybeans to increase protein content also transferred allergenicity, as detected in routine test. Consumers who are allergic to brazil nuts, and know to avoid them, would need to know that they may also be allergic to some products containing soybeans. In this case, however, the crucial information is the nature of added allergen, not the means by which it was incorporated in the products*», p. 108.

(201) *Ibidem*, ove l'A. sottolinea che «*...some argued that special labeling is necessary because of potential toxicity... Labeling, however, is a poorly tuned tool to address toxicity concerns. If there are toxicity problems that pose a risk to public health, those problems should be addressed directly. If the label can help to minimize the problem, the crucial information is the nature of the toxicity, not the process that introduced it into the food*», p. 109.

(202) In tal senso, tra gli altri, M.L. WINTSON, *Travels in the Genetically Modified Zone*, in *Harvard University Press*, 2002.

(203) Si veda, P. BURCHETT, *op. cit.*, per il quale «*The EU's mandatory labeling framework is an illusory promise to consumer... The new EU labeling framework is a castle in the sky, picturesque in promise but paper-thin in practicability*» nonché M.L. WINTSON, *cit.*

(204) Così J.E.J. SPENCE, *op. cit.*, che sostiene «*...the approach taken by the European Union is one of caution and suspect*».

(205) Così K. BUECHLE, *cit.* per il quale «*Saying a product may contain something is hardly clear and can actually be deceptive*», p. 312.

(206) In tal senso J.K. BEALES, *op. cit.*, per il quale «*...special labeling of GMOs could complicate product labels, even if disclosures are confined to the list of ingredients*».

(207) Si veda C.R. GALANT, *op. cit.*, per il quale «*...the costs associated with mandatory GM food labeling suggest that the current voluntary labeling approach is the most appropriate, absent sufficient evidence of material risk to consumers... another option against the uncertain risks posed by GM foods ... it could promulgate a final rule mandating premarket consultation*». A favore di quest'ultima proposta si schiera anche P.A. BURCHETT, *cit.*, precisando che «*The FDA's system of voluntary labeling, although it will not always mandate that food producers label GM products, offers consumers with the greatest range of choices*». Ugualmente B. SCHWARTZ, *op. cit.*, «*Voluntary, privately run la-*

bligatoria la notifica del prodotto OGM prima della sua commercializzazione (208).

Quanti sostengono l'obbligo dell'etichetta, invece, sottolineano come essa sia necessaria perché la sicurezza degli OGM è tuttora incerta, mancano valutazioni scientifiche sugli effetti a lungo termine, i loro vantaggi non sono commisurati ai possibili rischi (209).

Viene, dunque, proposto un atteggiamento disciplinare più rigoroso, sull'esempio di quello dell'Unione europea, che potrebbe basarsi sul *Genetically Engineered Food Right to Know Act* (210).

L'ampio dibattito statunitense dimostra non solo l'aumentato interesse dei consumatori ad avere informazioni sui prodotti alimentari in generale e su quelli *biotech* in particolare (211), ma anche il loro desiderio di partecipare, anche se indirettamente attraverso le scelte di consumo, al processo normativo-decisionale (212): è infatti evidente la tendenza a contestare provvedimenti che, mascherati da un più o meno evidente « paternalismo » (213) e condi-

---

*bellung programs provide a mechanism for protecting the environment while comporting with WTO trade rules».*

(208) Si veda L. ZEICHNER, *op. cit.*, che ritiene « *A premandatory pre-market approval system is one plausible alternative to mandatory labeling...* », ugualmente N.E. HARL, *cit.*

(209) In tal senso C.R. GALANT, *op. cit.*

(210) Per L. BEEBE, *op. cit.*, gli Stati Uniti dovrebbero seguire l'esperienza comunitaria, non limitandosi ad una disciplina del prodotto finito, ma considerando l'intero processo di produzione. Sottolineando i limiti della struttura disciplinare statunitense l'A. inoltre sostiene che « *It is time for United States to stop ignoring the issue of biotechnology, to stop relying on existing law, and to implement some serious reforms* ». Per J.E. SPENCE, *op. cit.*, « *Although the United States does not require GM food to be labeled, it should require labeling of GM foods because doing so would inspire trust in consumers, who have legitimate reasons for desiring to know this information. Mandatory disclosure by United States not only provide information to consumers in the most efficient way, it would also create uniformity with the laws of European countries, improving the United States's foreign trade relation* ».

(211) In tal senso S. TROMANS, *Promise, Peril, Precaution: The Environmental Regulation of Genetically Modified Organisms*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001 il quale afferma che « *The challenge for policy makers, legislators, and regulators is to allow progress at an acceptable pace in terms not only of risk assessment, but also of public and ethical acceptance* », p. 205. Ugualmente D.A. KYSAR, *cit.*, per il quale il consumatore è interessato al processo di produzione per motivi sociali, economici, etici ed ambientali, aggiungendo che « *process/product distinction is a prominent element of the effort to resolve policy disputes that involve the entanglement of consumer regulation with broader social or environmental questions* ».

(212) Si veda L. COHEN, *A Consumer's Republic: The Politics of Mass Consumption in Postwar America*, 2003 per la quale « *the market relationship became the template for the citizen's connection to government* », p. 397.

(213) Cfr. J. BOAHNES, *op. cit.*, che, approfondendo tale punto mette in rilievo l'e-

zionati da malcelati interessi, negano l'esistenza del «*consumer sovereignty*» (214).

In un mercato tendenzialmente egoista (215), caratterizzato da una straordinaria tecnologizzazione e da un'evidente complessità geopolitica, dove la storia dei prodotti si perde in un'ignoranza globale (216) il consumatore vuole esercitare un ruolo nuovo, più incisivo che attiene alla determinazione di «*how the world is used*» (217).

Di qui, in termini generali, l'interesse per le condizioni dei lavoratori (218), per lo sfruttamento dei minori (219), per i metodi di allevamento e di caccia degli animali.

---

sistenza di approcci decisionali ispirati a due diverse «filosofie»; l'una *paternalistic* e l'altra di *subjective welfarism*. La prima «*take a rather complacent and permissive attitude to occasional overriding of the democratically selected preferences and beliefs of its citizens, it claims that citizens preferences are endogenous...*». La seconda (*subjective welfarism*) «*... on the other hand, opposes paternalism in both the public and private context and claims that government even or perhaps especially in democracy, should attend exclusively to conceptions of welfare as subjectively held by his citizen*», p. 360. Per J. SCOTT, *op. cit.*, è evidente, soprattutto in alcuni Stati membri dell'Unione europea il disagio nel dover accettare, senza riserve, un quadro disciplinare sovranazionale in una materia tanto delicata che «*raise the crucial legal question of the extent to which individual Member States would be entitled to unilaterally restrict GM food or feed which has been authorized at the Community level*».

(214) Il termine *consumer sovereignty* è stato coniato dall'economista WILLIAM HUTT facendo riferimento al «*controlling power exercised by free individuals, in choosing between ends, over the custodians of the community's resources*» in W.H. HUTT, *Economists and the Public: A Study of Competition and Opinion*, 1936. Per D.A. KYSAR, *op. cit.* si deve parlare di «sovranità del consumatore» il cui desiderio di essere informato non può essere «*artificially confined to the physical dimension of the product, excluding all aspects of the product's processing history that do not directly bear on price, safety or functionality*».

(215) Si veda E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, 1993, che definisce il mercato come «*impersonal, egoistic and incapable of adequately capturing the value of shared goods such environmental quality*».

(216) Cfr. W. BERRY, *The Whole Horse*, in *The Art of Common-Place: The Agrarian Essays on Wendell Berry*, Norman Wirzba ed., 2002, p. 236.

(217) Così D.A. KYSAR, *op. cit.* per il quale «*...the mounting technological sophistication of consumer products and the cross-border interpenetration of economic life tend to raise the stakes of consumption, expanding the uncertainty and the potential magnitude of social and environmental consequences that result from private consumer spending*», mentre E.T. FREYFOGLE, *The Land We Share: Private Property and the Common Good*, 2003 sostiene che «*To buy a product is inevitably to become tie to his history and to accept a level of responsibility for its future*».

(218) Per esempio, la Nike, alla fine degli anni '90, ha avviato una campagna pubblicitaria nella quale si difendeva dall'accusa di sfruttare i lavoratori; a causa di tale pubblicità, ritenuta falsa e ingannevole da Marc Kasky, cittadino californiano, la Nike è stata citata in giudizio (Si veda *Nike inc. v. Kasky*, 123 S.Ct 2554 (2003)).

(219) Dal *Department of State, Report on Human Rights Practices* risulta che oltre quindicimila bambini nella Costa d'Avorio sono sfruttati nelle piantagioni di cacao, al sito [www.house.gov/international\\_relations](http://www.house.gov/international_relations). Medesima situazione si registra in altri Stati africani produttori di cacao. Anche la produzione dei diamanti, ritenuti mezzo di finanziamento di conflitti e di guerre civili in Africa, ha suscitato vivaci reazioni da parte dei

E, per quanto riguarda gli OGM, una serie di altre *curiosità* che riguardano le loro conseguenze, a lungo termine, sull'ambiente (220) e sulla salute, l'effettiva possibilità che rappresentino, per gli agricoltori, «*the promised land*» (221) e, per i Paesi in via di sviluppo, considerati, a torto o a ragione i maggiori beneficiari del *biotech*, motivo di reale crescita sociale e di sviluppo economico (222).

In realtà, negli Stati Uniti si sta diffondendo una nuova tendenza, chiaro messaggio alle aziende *biotech* (223): quella verso un consumo «etico» (224), attento non solo al prodotto finito, ma anche al metodo di produzione (225).

---

consumatori; sul punto si rimanda a T.M. PRICE, *The Kimberly Process: Conflict Diamonds, and the Universality Debate* in *Minn. J. Global Trade*, 2003.

(220) Su tale aspetto si rimanda a OECD *Processes and Production Methods (PPMs): Conceptual Framework and Considerations on Use of PPM-Based Trade Measures*, 1997, al sito <http://www.oils.oecd.org> ove si sottolinea come «*Consumers in many countries are increasingly seeking information on how the PPMs of the products they buy can affect the environment*», mentre per CASWELL et al., *Unifying Two Frameworks for Analyzing Quality and Quality Assurance for Food Products*, in *Global Trade and Consumer Demand for Quality* (Barry Krissoff e al. ed., 2002) «*...identifying animal welfare, biotechnology, environmental impact, worker safety and other "process attributes" is an important component of consumer product evaluations*», p. 55.

(221) Le aziende *biotech* multinazionali da sempre enfatizzano i vantaggi degli OGM per gli agricoltori, ma, come sostengono D. SMITS & S. ZABOROVSKI, *op. cit.*, «*...easier pesticides controls, more consistent harvests, and lower costs of production*» sono tutte promesse disattese mentre «*...already farmers are faced with large and unfamiliar questions*», p. 211.

(222) Si veda J.S. APPLGATE, *op. cit.*, il quale sostiene che «*So far, it is fair to say that biotechnology has not yet delivered on its promises of great benefits for the poor of the world, as opposed to great benefits for the multinationals that provides the bio-engineered products*», p. 211. Di ugual parere J. KINDERLERER, *Genetically Modified Organisms: A European Scientist's View*, in *New York University Environmental Law Journal*, 2000, per il quale «*A monopoly control of chemicals used in agriculture and of seeds that allow plants to resist these chemicals could place a strain on the economy of developing countries and could also be used for exploitive purposes*», p. 564. Ugualmente K. BUECHLE, *The Great, Global Promise of Genetically Modified Organisms: Overcoming Fears, Misconceptions, and the Cartagena Protocol on Biosafety*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 2001, afferma che «*Despite the promises of GM crops for achieving goals of sustainability in developing countries, there are also negative effects and GM crops may, in some respects, make things worse. Transgenic crops can be more expensive for Third World countries when all costs are considerable*», p. 318. In modo molto critico B. HALWEIL, *The Role of Biotechnology in Combating Poverty and Hunger in Developing Nations*, in *Worldwatch Institute, Remarks Prepared for Testimony Given Before the Subcommittee on International Economic Policy, Export and Trade Promotion, Senate Committee of Foreign Relations*, 21 luglio 2000, afferma che «*The global biotechnology industry has funneled the vast majority of its investments into a limited range of products for which there are large, secured markets and capital-intensive production systems of the First World products which are of little good for the needs of the world's hungry*», p. 434.

(223) In tal senso si vedano A.S. LEVY & B.M. DERBY, *Office of Scientific Analysis & Support, Food and Drug Adm. Report on Consumer Focus Group on Biotechnology*, al sito <http://www.fsan.fda.gov>.

(224) Per esempio, l'etichettatura degli alimenti *kosher* risponde a una precisa esi-



Di qui l'interesse per una corretta informazione, punto di partenza di un processo educativo, certamente lungo, che assicuri una vera libertà di scelta (226), anche per le aree meno sviluppate del mondo (227).

---

genza morale in quanto «*Eating only kosher food is seen as a way of elevating oneself spirituality*», così B.N. GUTMAN, *Ethical Eating: Applying the Kosher Food Regulatory Regime to Organic Food*, in *Yale Law Journal*, 1999, p. 2351. Ugualmente, il rifiuto dei prodotti OGM può essere giustificato da considerazioni etico/religiose se «*(the) religion forbids consumption of foods produced through rDNA technology*». Inoltre i vegetariani richiedono l'etichetta per essere certi dell'assenza di elementi transgenici di origine animale nei vegetali; si veda K.J. DONAT, *Engineering Akerlof Lemon: Information Asymmetry, Externalities, and Market Intervention in the Genetically Modified Food Market*, in *Minn. J. Global Trade*, 2003, p. 417. Anche chi si oppone alle tecniche di clonazione propone obiezioni etico/religiose, si veda A. HAWIKINS, *Protecting Human Dignity and Individuality: The Need for Uniformity in International Cloning Legislation*, in *Transnational Lawyer*, 2001, p. 243.

(225) Per D.A. KYSAR, *op. cit.* «*consumer behavior is directed not merely at satisfying personal needs or desires, but at shaping the way in which goods are produced... to restrict the informational environment of consumers exist uncomfortably within a global political climate that increasingly embraces market liberalism and the rethoric of consumer choice as its fundamental guidepost*».

(226) A questo proposito K. BUECHLE, *cit.* si chiede «*What needs to be done to improve public understanding? Better educating the public about the science of GM crops and risks perception is the obvious answer, but how ones accomplishes this is not clear*», p. 304 Per L. ZEICHNER, *op. cit.*, una maggiore informazione può promuovere l'educazione dei consumatori che «*...are primarily worried about the unknown consequences that might be associated with the technology but which cannot be anticipated based on current science or knowledge... consumers view these technological innovations as primarily benefiting food producers, with little benefit to the consumer and potential unanticipated long-term negative impacts*». Per J. SPENCE, la «*curiosità*» del consumatore è più che giustificata in quanto si riferisce a tecniche recenti e quindi è «*unsurprisingly that most consumers desire disclosure regarding OGM foods*». Per P. BURCHETT, *op. cit.*, «*Establishing a sense of trust between the consumer and the producer in the market for GM products is critical in promoting consumer choice*». Per N.E. HARL, *op. cit.*, il consumatore ha tutti i diritti di essere adeguatamente informato perché «*One highly important feature of the debate is that the consumer is king-or queen. In the types of open, transparent, market-oriented economic systems, which now dominate the world, the consumer, through the exercise of consumer choice provide a continuing plebiscite over every feature of food supply. It the consumer choice that drives the entire food system*».

(227) Si veda N.E. HARL, *op. cit.*, il quale sostiene la necessità che i PVS conoscano i vantaggi e gli svantaggi, anche di carattere economico degli OGM. A tale proposito la Banca Mondiale, nel 2002, ha sollecitato l'avvio di consultazioni internazionali sull'applicazione della bioscienza, ponendo al centro «*a broad range of issues, such as organic agriculture, traditional plant breeding technique, new farming technologies, and biotechnology*»; si veda *Reducing Hunger Through Agricultural Science* al sito <http://web.worldbank.org>. Il problema è, innanzitutto, quello di verificare la reale possibilità di accesso e di utilizzo del materiale genetico, il cui costo varia da pochi centesimi a milioni di dollari U.S. per chilogrammo. Su tale aspetto si rimanda a K. KATE & S.A. LAIRD, *The Commercial Use of Biodiversity*, London, 1999 nonché ad N.D. HAMILTON, *Legal Issues Shaping Society's Acceptance of Biotechnology and Genetically Modified Organisms*, in *Drake Journal of Agricultural Law*, 2001, per il quale «*One of the most politically loaded issues arising in connection with biotechnology relates to the ownership and control of the world genetic resources*», p. 105. Per D.L. POST, *op. cit.*, «*Wealthy countries are shaping the international food safety regime and then encouraging poorer countries to adopt*

In tal senso, non può certo aiutare un dibattito litigioso, basato su considerazioni pseudo-scientifiche che si rifanno alla cosiddetta *junk science* (228). E neppure è utile che la discussione su cosa e come dire si riduca a un «*general social concern*» (229), con il rischio di dare spazio a prese di posizione emotive, scientificamente ingiustificate.

La risposta del legislatore statunitense è, tuttavia, è ancora inadeguata, con il rischio di provocare un pericoloso *deficit* democratico (230), in una struttura regolamentare già eccessivamente frammentaria e disomogenea.

Per evitare tale rischio si auspica, con sempre maggior insistenza, un nuovo quadro disciplinare federale, che faccia riferimento ad un'unica agenzia sulla sicurezza alimentare, unificando quelle già esistenti o creandone una *ex novo*, sull'esempio dell'Unione europea (231).

In tal modo si faciliterebbe, tra l'altro, la definizione di un comune modello normativo tra le due sponde dell'Atlantico (232), basandolo non solo su valutazioni scientifiche, ma anche economiche, etiche, ambientali e sociali.

È stato proposto che tale nuovo schema regolamentare, interessando una problematica globale come quella degli OGM (233)

---

*elements of it, and there potential problems with this, similar to conclusions others have drawn regarding the global financial system».*

(228) Così F.J. MISKIEL, *op. cit.*

(229) Così C. COCHRAN, *op. cit.*

(230) Per F. AMAN, «...*the essence of democracy in the 21th century depends on the ability of citizens to affect the policies that globalization now seem dictate*», in *The Democracy Deficit: Taming Globalization Through Law Reform*, The Harvard School of Law, 2004 mentre J. BOAHNES, *op. cit.*, sostiene che «...*the fundamental claim is that the public's choice, as embodies in a democratically legitimized decision, should be respected, even if this outcome is not consistent with scientific analysis*», p. 389.

(231) Già nel 1998 l'*American Academy of Science* sottolineava la necessità di stabilire «...*one central voice at federal level which is responsible for food safety and has the resources to implement science-based policy in all federal activities related to food safety*», al sito <http://www.bob.nas.edu>.

(232) Per N.A. ECHKELY, *Reaping the Benefits of Agricultural Biotechnology Through Uniform Regulation*, in *The John Marshall Law Review*, 2002 «*Since the U.S. and E.U. are so deeply entrenched in their regulatory systems, immediate changes may not be faisable for either one*» p. 433.

(233) La dottrina è unanime nel considerare le attuali disposizioni internazionali che direttamente o indirettamente disciplinano i prodotti geneticamente modificati come poco chiare, disomogenee. In tal senso, tra gli altri, si vedano C. JORGES, *Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level-Stories on Baby Dummies, Bad Cows and Hormones in Beef*, in *Columbia Journal of European Law*, 2001, p. 19, nonché S.D. MURPHY, *Biotechnology and International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2001, p. 47 ss.

potrebbe avere il carattere di un accordo multilaterale da aggiungere, in forma di allegato, alle disposizioni del WTO e da quest'ultimo controllato nella sua applicazione anche grazie alla specifica struttura di cui dispone per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali (234).

Si tratta di una proposta coraggiosa, quasi una sfida a tale organizzazione i cui centotrentacinque membri sono, in modo preponderante, esportatori di biotecnologie, la cui posizione in merito alla necessità di un corretto bilanciamento tra prova scientifica e gestione del rischio (che impone la coniugazione di dati tecnici con valutazioni economico-sociali) è tuttora incerta (235), così come vaga e tendenzialmente restrittiva quella relativa al principio precauzionale (236), inesistente lo spazio per riflessioni sul metodo di produzione (*Process and Production Methods, PPMS*) (237) e men che meno per quelle sugli aspetti non prettamente economici del commercio internazionale.

La risposta alle nuove aspettative che stanno, sempre più vivacemente, imponendosi nel dibattito statunitense rappresenterebbe l'occasione, da tempo attesa, di individuare un contenuto chiaro e preciso di principi (*in primis* quello precauzionale) la cui indeterminazione è causa di ricorrenti tensioni internazionali, superando visioni unilaterali nella disciplina dei prodotti *bio-tech* (238); si ridurrebbe, in tal modo, credibilità (239) al WTO,

---

(234) Tale è la proposta formulata da H. FREIRE DE OLIVEIRA SOUZA, *Genetically Modified Plants: A Need for International Regulation*, in *Golden Gate University School of Law*, 2000, p. 129.

(235) Per J. BOAHNES, *op. cit.*, «...sound science has evolved into a new independent principle of WTO», p. 354. Si veda inoltre. *Appellate Body Report, Japan — Measures Affecting Agricultural Products*, 22 febbraio 1999, in cui si afferma che in base all'art. 5.7 dell' *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS)* allegato al WTO, pur essendo consentita una deroga al commercio internazionale anche in caso di insufficienti conferme scientifiche, tale deroga deve comunque basarsi «on available, pertinent information»; si veda il sito <http://www.wto.org>.

(236) A questo proposito J. BOAHNES, *op. cit.*, afferma che «...the WTO jurisprudence gives no guidance on the key questions associated with the precautionary principles application», p. 338.

(237) Si veda nota 115.

(238) Per D. DOBOS, *op. cit.*, si tratta di superare «parochial concerns of states to the greater interests of humanity and planetary welfare», p. 407.

(239) Non pochi commentatori hanno sottolineato la necessità di mantenere un atteggiamento di «critica costruttiva» nei confronti del WTO per evitare pericolose crisi nel commercio internazionale; in questo senso, tra gli altri, si veda S. CHARNOVITZ, *The Supervision of Health and Biosafety Regulation of World Trade Rules*, in *Tulane Environmental Law Journal*, 2000, p. 271.

troppo spesso al centro di violente critiche(240), evitando di creare una nuova struttura decisionale che amplificherebbe, aggravandola, l'esistente incertezza normativa (241).

Il dibattito sulla sicurezza alimentare e sugli OGM si carica, quindi, di nuovi e stimolanti obiettivi, tra cui quello, non certo trascurabile, di un più costruttivo e maturo dialogo globale su temi finora trascurati. Sulla spinta dei consumatori l'etichetta dei prodotti *biotech* potrebbe esprimere una rinnovata attenzione anche per il rispetto di principi etici, ampiamente condivisi dalle due sponde dell'Atlantico.

---

(240) Per D. SMIT & S. ZABOROVSKI, *op. cit.* «...the WTO's political will and ability to regulate GMO has been continually questioned...Presumably the WTO shied away from directly addressing the GMO issues because it had already demonstrated a "lack of teeth" in trying to resolve controversies such as Beef Hormone Dispute».

(241) In tal senso si veda G.E.C. YORK, *op. cit.*, per il quale «...the U.S. must make more constructive and efficient use of International Organizations and agreements. While it should resist the proliferation of additional fora which would further dilute the already copious multilateral discussion on biotechnology, the U.S. must optimize its use of existing international institutions and instruments in order to defend its gains and minimize its losses», p. 470.



FRANCESCO BOCCHINI

## **ADJUDICATION E RULEMAKING POWER NELL'ESPERIENZA GIURIDICA**

SOMMARIO: 1. Il problema della *adjudication* e della *rulemaking power* nella recente giurisprudenza amministrativa sulle funzioni di garanzia delle Autorità amministrative indipendenti. — 2. Garanzia e amministrazione nella teoria dell'attività amministrativa. L'attività amministrativa: una categoria ancora discussa. La dottrina più recente e i caratteri tipologici dell'attività amministrativa nell'insegnamento di Guido Zanobini: *a)* concretezza; *b)* spontaneità; *c)* discrezionalità. Riflessioni critiche. — 3. L'esperienza delle agenzie amministrative americane e la distinzione tra *rulemaking power* e *adjudication* nella normativa contenuta nel *Federal Administrative Procedure Act*. — 4. Il processo amministrativo non giurisdizionale nell'ordinamento italiano e l'*administrative process (adjudication)* nell'ordinamento americano: un utile confronto. — 5. L'attività amministrativa di garanzia come *genus*. L'attività amministrativa processuale di garanzia (*adjudication*) e l'attività amministrativa regolatrice (*rulemaking power*) come *species* dell'attività amministrativa di garanzia. — 6. Le attività di regolazione, vigilanza e aggiudicazione come attività di garanzia. — 7. Conclusioni.

### 1. *Il problema della adjudication e della rulemaking power nella recente giurisprudenza amministrativa sulle funzioni di garanzia delle Autorità amministrative indipendenti.*

*Rulemaking power* e *adjudication* sono espressioni che la letteratura giuridica americana ha approfondito da tempo (1). Nell'esperienza giuridica italiana «potere di regolazione» e «potere di aggiudicazione» sono stati studiati nell'ambito della teoria del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, che ha approfondito poteri e funzioni delle Autorità amministrative indipendenti. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa più recente (2), su-

---

(1) Il dibattito è stato riproposto di recente all'attenzione della dottrina italiana nell'interessante saggio di G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004.

(2) Consiglio di Stato, 29 maggio 1998, n. 988, in *Foro amm.*, 1999, pp. 414 ss.

perate talune incertezze del passato, tende a stabilizzarsi sull'idea che le Autorità amministrative indipendenti svolgano una funzione amministrativa di garanzia, quando esercitano poteri regolatori o poteri di aggiudicazione. Questa giurisprudenza solleva, però, a nostro avviso, più di una perplessità, pur condividendosi da parte nostra l'idea di fondo, in ordine alla natura amministrativa delle attività poste in essere dalle Autorità amministrative indipendenti. Queste perplessità, in realtà, non concernono la tesi, ma la correttezza delle motivazioni, adottate dalla giurisprudenza a sostegno della tesi, secondo la quale l'attività in esame ha natura di attività amministrativa, ancorché di garanzia.

La presente analisi si articola in due parti ben distinte. Nella prima parte la ricerca si propone di verificare se la qualificazione dell'attività di garanzia come attività amministrativa abbia dei costi, sul piano scientifico. Si vuole intendere se sia o meno corretto partire dall'idea che tutta l'attività amministrativa presenti caratteri oggettivi identici e, cioè, spontaneità, discrezionalità e concretezza, per poi qualificare amministrativa l'attività di garanzia oppure sia più corretto seguire un diverso metodo secondo il quale il giurista, nel ricostruire una figura giuridica, deve partire dalla disciplina, volta a volta, diversa e speciale delle singole attività amministrative per poi derivarne osservazioni in ordine alla qualificazione di una determinata attività giuridica. La ricerca vuole, allora, verificare se, all'interno della categoria della c.d. attività amministrativa, sia possibile isolare un gruppo di attività aventi la funzione di garanzia. Il problema è se queste attività di garanzia, pur presentando i caratteri oggettivi della concretezza, che consentono di distinguere l'attività in parola e dall'attività normativa e dall'attività giurisdizionale, non presentino, poi, gli altri due caratteri dell'attività amministrativa e, cioè, la spontaneità e la discrezionalità. Se l'ipotesi fosse verificata sarebbe possibile svolgere riflessioni sistematiche sul contenuto e sui limiti della nozione di attività amministrativa, pur mantenendo sempre ferma l'idea che queste attività di garanzia sono attività di natura amministrativa.

Questa prima parte della ricerca è funzionale ad una seconda parte, nella quale appare indispensabile il confronto con altri ordinamenti giuridici ed, in particolare, con l'ordinamento degli Stati Uniti d'America, nel quale si radica la più antica esperienza delle Autorità amministrative indipendenti. Ciò allo scopo di veri-

ficare, se nell'esperienza di quell'ordinamento, la attività delle Agenzie indipendenti, che, nel nostro ordinamento, la dottrina si sforza di ricondurre ad una e una sola qualificazione, quella di regolazione, sia stata ricondotta ad una sola categoria giuridica o se, invece, la distinzione tra attività di regolazione e attività di aggiudicazione sia netta in quell'ordinamento non risolvendosi la seconda nella prima ed, in concreto, se sia disciplinata, in modo diverso, nell'ordinamento americano, l'attività c.d. di aggiudicazione rispetto all'attività c.d. di regolazione. L'importanza di quest'ultima parte della ricerca è evidente: trattasi di capire se, nell'esperienza americana, l'attività di aggiudicazione (*adjudication power*) venga ricondotta all'attività di regolazione (*rulemaking power*), come fa da noi la dottrina dominante oppure no, con la conseguenza di introdurre, anche nel dibattito della nostra dottrina, un filone di studi che si proponga di isolare, all'interno dell'attività amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti, accanto all'attività di regolazione, una attività di aggiudicazione, che presenta taluni (es. concretezza), ma non tutti i caratteri dell'attività amministrativa (es. discrezionalità e spontaneità), presentando, invece, i caratteri *strutturali* della processualità amministrativa non giurisdizionale e i caratteri *funzionali* della garanzia.

2. *Garanzia e amministrazione nella teoria dell'attività amministrativa. L'attività amministrativa: una categoria ancora discussa. La dottrina più recente e i caratteri tipologici dell'attività amministrativa nell'insegnamento di Guido Zanobini: a) concretezza; b) spontaneità; c) discrezionalità. Riflessioni critiche.*

Venendo alla prima parte della ricerca, occorre partire dalla nozione di attività amministrativa, che, solo in tempo recente, ha trovato approfondita trattazione scientifica (3), in un campo di applicazione particolare, ma in forte espansione nell'ordinamento, quello delle attività delle Autorità amministrative indipendenti. La dottrina ha studiato contenuto, caratteri e limiti della categoria, per capire fino a che punto la nozione possa accogliere, nel

---

(3) Vedi, per tutti, F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, 2002, Milano, pp. 75 ss.



proprio ambito, attività diverse, per es. c.d. di garanzia o di regolazione, che a prima vista nulla sembrano avere in comune con la nozione di attività amministrativa.

Ma procediamo con ordine. Come si è detto la dottrina tradizionale<sup>(4)</sup> non ha approfondito la nozione giuridica di attività amministrativa, ma si è soffermata esclusivamente sul provvedimento e sulla sua formazione<sup>(5)</sup>, attraverso il procedimento, in omaggio ad una concezione autoritaria del diritto amministrativo, che trova la sua espressione più pregnante nella potestà pubblica di emanazione del provvedimento. Fino agli anni '90 la dottrina invoca uno statuto del procedimento che costituisce estrinsecazione della funzione amministrativa e che porta alla emanazione del provvedimento da parte della autorità. In breve il procedimento è studiato in favore del provvedimento. Dopo l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo e specialmente con le successive leggi di riforma, c.d. Bassanini, l'attività dell'amministrazione pubblica è diventata, accanto al provvedimento, oggetto di una autonoma cospicua disciplina positiva, acquisendo una rilevanza giuridica sempre più marcata<sup>(6)</sup>. La nozione di «attività» viene, così, intesa, allora, come un insieme di operazioni, comportamenti e decisioni (attività), ovvero, come un insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica nel loro complesso sia a monte che a valle del provvedimento amministrativo<sup>(7)</sup>. L'aggettivo «amministrativa» è, secondo la dottrina più recente<sup>(8)</sup>, un'attività diretta alla cura di

---

(4) R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1974, pp. 293 ss.; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1984, pp. 55 ss.; E. CAPACCIOLI, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1983, pp. 275 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, pp. 20 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 1983, pp. 3 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, pp. 241 ss.

(5) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., p. 76.

(6) Sull'attività amministrativa, in generale, vedi, in particolare, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1987, p. 83; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, III, *L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, 1997, p. 7 che offre un quadro generale e indica le linee di evoluzione del periodo recente.

(7) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., p. 77.

(8) E. CASSETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 521; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pp. 51 ss.; M. S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, pp. 988 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo* (a cura di A. Mirabelli Centurione), Milano, 2000; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 77 ss.

interessi pubblici (9). Secondo la dottrina (10) l'interesse, alla cui realizzazione deve tendere l'attività amministrativa, è un interesse pubblico, cioè fatto proprio dall'ordinamento perché (*ex art. 1 legge n. 241/1990*) l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge. L'interesse può essere condiviso da tutti i cittadini, come l'interesse alla sicurezza o alla tutela dell'ambiente o può essere un interesse dei singoli gruppi di cittadini, come gli anziani. In ogni caso è un interesse che l'ordinamento tende a realizzare predisponendo i mezzi per il suo soddisfacimento perché esso è ritenuto rilevante per l'intera collettività.

In sostanza, secondo la dottrina ricordata, l'attività amministrativa si può avere ove un soggetto sia tenuto in forza di un titolo giuridico a perseguire con la sua azione, interessi riconosciuti dalla legge come pubblici. I termini essenziali sui quali è costruita la nozione sono, quindi, da un lato, l'interesse pubblico e, dall'altro, la soggettività (pubblica o privata) del soggetto che lo ha in cura.

Secondo una prospettiva diversa (11) l'esame dell'attività amministrativa richiede uno studio sulle funzioni amministrative perché dalla loro natura e dai loro caratteri dipendono i principi e le regole che disciplinano l'attività amministrativa stessa. L'attività amministrativa è caratterizzata, così, dalla funzionalizzazione che è un fenomeno, però, generale. Il termine funzione è ricco di significati anche nel linguaggio giuridico. L'attività svolta nel perseguimento di un interesse pubblico è sempre funzionalizzata, cioè globalmente rilevante, non libera, procedimentalizzata (se è

---

(9) Gli interessi pubblici sono interessi dei quali sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi, che li hanno in cura e, in ultima analisi, il popolo, al quale è riferita la sovranità. L'attività amministrativa è rilevante nel suo complesso o in una sua parte ed, in ogni caso, è rilevante come insieme di atti od operazioni unitariamente considerati. Il fatto che l'attività sia volta alla cura di interessi pubblici evoca la nozione di funzione intesa nel suo senso originario di *deputatio ad finem*. La funzione, a sua volta, è un termine polisensu che può indicare, da un lato, l'attività nel suo modo di essere pregiuridico e, dall'altro, il modo in cui l'attività è giuridicamente rilevante. Nel primo senso la funzione indica un'attività diretta ad un fine (la cura di interessi pubblici) e resta una nozione pregiuridica, descrittiva di un suo carattere. Viceversa, nel secondo senso, con il termine funzione si indica l'attività in quanto globalmente rilevante per il diritto, cioè, si indica il modo in cui essa giuridicamente rileva. Essendo due nozioni diverse ed indipendenti le due nozioni possono coesistere perché essendo l'attività amministrativa un'attività di cura degli interessi pubblici globalmente rilevante essa è una funzione nell'uno e nell'altro senso.

(10) B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, Milano, 2000, pp. 632 ss.

(11) B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., pp. 629 ss.

volta all'emanazione di atti giuridici) e *soggetta* a controlli(12). Gli interessi che persegue l'attività amministrativa, è stato osservato(13), sono interessi pubblici in quanto ritenuti dalle norme meritevoli di tutela ed affidati alla cura delle pubbliche amministrazioni. La procedimentalizzazione è stata considerata(14) una caratteristica vistosa dell'attività amministrativa tanto da far parlare del procedimento come forma della funzione amministrativa(15). Questo principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica ha fondamento nell'art. 97 Cost. Infatti il buon andamento significa congruità dell'azione in relazione all'interesse pubblico(16). L'imparzialità direttamente applicabile all'attività amministrativa postula l'esistenza di un soggetto parte, il quale è tale in quanto persegue finalità collettive che l'ordinamento generale ha attribuito alla sua *cura*. Tali principi devono essere rispettati anche dal legislatore quando pone in essere una disciplina dell'amministrazione. Pertanto la finalizzazione permea l'amministrazione nel suo complesso, nella sua soggettività, e nei poteri ad essa riconosciuti o attribuiti (A. Romano). Ciò che rileva ai fini del principio di finalizzazione è che l'attività complessiva dell'amministrazione sia orientata al perseguimento di interessi pubblici(17).

Ma come la nozione di attività amministrativa è stata trascurata dalla dottrina meno recente, per le ragioni dette, così, secondo alcuni(18) il tema della distinzione della attività di amministrazione dalla attività di legislazione e dalla giurisdizione costituisce un tema negletto dalla dottrina, che si è adeguata passivamente all'insegnamento autorevole, ma datato di Guido Zanobini, che, fondando la distinzione tra le diverse attività dello Stato sui fini e non sugli effetti giuridici, considerava caratteri peculiari dell'attività amministrativa la *concretezza*, la *spontaneità* e la *discrezionalità*.

---

(12) Su questa nozione di funzione vedi B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., pp. 633; F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pp. 302 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1991, pp. 147 ss.

(13) B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 630.

(14) B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 631.

(15) F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 128.

(16) E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 51 ss.

(17) E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 51.

(18) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 85 ss.

L'occasione per ripensare la nozione di attività amministrativa è stata offerta dalla attività svolta dalle nuove figure amministrative che, a partire dagli anni '30, hanno fatto irruzione negli ordinamenti giuridici di *civil law* e di *common law*, vale a dire l'attività (di c.d. regolazione) svolta dalle Autorità amministrative indipendenti perché la dottrina ha immediatamente avvertito la difficoltà di inquadrare sistematicamente l'attività dei Garanti nelle categorie tradizionali e, in modo particolare, quelle attività dei Garanti che si collocavano al confine con le attività di natura giurisdizionale. La tendenza a costruire la figura unitaria della c.d. amministrazione regolatrice appare diffusa, in questa dottrina più recente, facendosi, così, confluire in un unico modello di attività amministrative, sia l'attività di normazione e, cioè, di emanazione delle regole da parte di queste Autorità, sia l'attività decisoria di applicazione delle regole, nei casi di crisi di cooperazione nella attuazione spontanea delle norme da parte dei destinatari. Nello sforzo scientifico di questa più recente dottrina è, in realtà, l'eco dell'antica disputa tra Zanobini e Treves in ordine al criterio distintivo dell'attività, sostenendo lo Zanobini che la distinzione dovesse operarsi sulla base delle diverse finalità dell'attività ed il Treves sulla base dei diversi effetti giuridici dell'attività (19).

Questa tendenza unificante delle diverse attività delle Autorità amministrative indipendenti nell'unico modello della regolazione va verificata (20).

In primo luogo essa è la trasposizione, nell'ordinamento italiano, di teorie note come teorie della c.d. *regulation*, nate e sviluppatesi soprattutto nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America, senza un adeguato approfondimento delle distinzioni tra i due ordinamenti (l'uno di *common law* e l'altro di *civil law*) e

---

(19) Sui criteri distintivi delle attività dello Stato e delle attività amministrative in particolare vedi, anche, A. DELLA RATTA-RINALDI, *Amministrazione pubblica del diritto privato e classificazione delle manifestazioni dell'azione amministrativa*, Napoli, 1980, pp. 68 ss.; G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, pp. 37 ss. È interessante osservare che il dibattito sulla categoria della attività amministrativa è stato sempre propiziato dalla influenza di attività nuove teorizzate in ordinamento stranieri. Così è stato agli albori del '900 per la c.d. amministrazione pubblica del diritto privata studiata in Germania dalla dottrina e riportata in Italia dallo Zanobini; così è avvenuto per l'attività delle Agenzie amministrative disciplinate e teorizzate nell'ordinamento americano, prima, e introdotte, poi, nell'ordinamento italiano. In queste osservazioni la categoria concettuale di riferimento (l'attività amministrativa) è stata richiamata dalla dottrina e approfondita alla luce delle nuove forme di attività amministrativa.

(20) S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, pp. 113 ss.

senza tener conto del più recente dibattito negli Stati Uniti, riportato, di recente, all'attenzione della dottrina italiana (21).

In secondo luogo il dibattito tra lo Zanolini e il Treves in ordine al criterio distintivo tra le diverse attività dello Stato (legislativa, amministrativa e giurisdizionale) è, ormai, datato, anche se non appare per niente risolto, in modo convincente sul piano teorico.

In terzo luogo, l'idea che esista uno e un solo statuto di tutte le attività dello Stato che vengono qualificate come amministrative è contraddetta da una legislazione che consente di costruire più statuti delle c.d. attività amministrative dello Stato, rompendo, così, la monoliticità della figura, sia che si guardi ai fini, sia che si guardi agli effetti giuridici dell'attività, a meno di dare alla attività amministrativa una nozione così ampia, come la cura dell'interesse pubblico, che, però, accomuna più che distinguere l'attività amministrativa, rispetto all'attività legislativa e all'attività giurisdizionale, come è anche semanticamente palese, quando si utilizzano espressioni come l'amministrazione della giustizia per definire l'attività giurisdizionale a fronte della attività amministrativa.

3. *L'esperienza delle agenzie amministrative americane e la distinzione tra rulemaking power e adjudication nella normativa contenuta nel Federal Administrative Procedure Act.*

Il disagio culturale che si avverte nel ricondurre attività amministrative distinte, caratterizzate da ragioni giuridiche diverse, come per es. l'attività di normazione, da un lato, e di aggiudicazione-garanzia, dall'altro, nell'unico stampo della c.d. regolazione, impone, allora, allo studioso di riflettere sull'esperienza giuridica di ordinamenti, come quello americano, nei quali l'attività di regolazione e di aggiudicazione si sono sviluppate da quasi un secolo. Particolarmente interessante ai nostri fini l'indagine svolta di recente sulla natura della attività delle Agenzie americane che, sulle orme della SEC, si sono sviluppate negli Stati Uniti d'America a partire dagli anni '30 e sul *Federal Administrative Procedure Act* del 1946 che ne disciplina i profili procedurali.

---

(21) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit.

È utile prima indicare la disciplina del *rulemaking power* e della *adjudication* contenuta negli artt. 6 ss. del *Federal Administrative Procedure Act* emanato l'11 giugno 1946 e, poi, inquadrare sistematicamente la legge. Ecco i dati normativi nell'ambito dei quali è utile distinguere nettamente le norme relative all'attività di *rulemaking power* e le norme relative all'attività di *adjudication*.

Partendo dalla normativa relativa all'esercizio dell'attività di *rulemaking power* giova ricordare che l'art. 4 del *Federal Administrative Procedure Act* prevede che, ogni volta che una agenzia vuole dettare una normativa, un avviso generale dell'attività regolamentare deve essere pubblicato nel «registro federale» (equivalente alla Gazzetta Ufficiale) (a meno che tutte le persone ad essa interessate siano nominate e siano notificate personalmente o ne abbiano altrimenti una conoscenza certa nei modi di legge) e deve comprendere: 1) l'indicazione del tempo, del luogo e della natura della procedura regolarmente pubblica; 2) l'indicazione del potere in base al quale si propone il regolamento; e 3) gli estremi o la sostanza del regolamento proposto o una descrizione degli argomenti e delle questioni implicate. Tranne quando l'avviso o la trattazione orale sia richiesta per legge, la norma sull'avviso non si applica ai regolamenti di interpretazione, alle direttive generali d'azione, ai regolamenti di organizzazione, di procedura, o di funzionamento dell'organo o in ogni caso in cui l'organo per fondati motivi accerta (e deve inserire l'accertamento ed una breve indicazione delle ragioni nei regolamenti emanati) che l'avviso e la procedura pubblica siano di difficile realizzazione superflui o contrari all'interesse pubblico.

Dopo l'avviso prescritto dall'art. 4 il *Federal Administrative Procedure Act* sempre all'art. 4 prevede che l'organo deve fornire alle persone interessate la possibilità di partecipare all'attività regolamentare con la sottoposizione per iscritto di dati, punti di vista, argomenti, con o senza la possibilità di presentare gli stessi oralmente in qualsiasi maniera; e, dopo l'esame di ogni questione rilevante presentata, l'organo nel regolamento adottato, deve includere una concisa esposizione generale del suo fondamento e scopo. Se è disposto per legge che i regolamenti siano emanati sulla base della documentazione conseguente ad una trattazione orale, le disposizioni degli artt. 7 e 8 si applicano in luogo della norma ricordata.

La pubblicazione prescritta o la notificazione di un regolamento con efficacia sostanziale esterna (esclusi quelli che concedono o riconoscono delle esenzioni o tolgono restrizioni o i regolamenti interpretativi e le direttive generali di azione) deve essere compiuta non meno di trenta giorni prima della data in cui entra in vigore a meno che non sia altrimenti disposto dall'organo per fondati motivi, resi noti con il regolamento.

Ogni organo deve accordare all'interessato il diritto di richiedere l'emanazione, la modifica o l'abrogazione di un regolamento.

E veniamo all'esame della disciplina della attività di *adjudication*. Questa normativa trova applicazione in ogni caso di attività decisoria. La legge richiede che la decisione venga adottata in base alla documentazione conseguente ad una trattazione orale, nei limiti in cui non si tratti: 1) di questioni soggette ad un successivo riesame di legittimità e di merito (di fatto) dei tribunali; 2) della scelta o della disciplina del rapporto di un funzionario o di un impiegato degli Stati Uniti diverso dai referendari nominati a norma dell'art. 11; 3) di procedure in cui le decisioni si basino soltanto su ispezioni, esami o votazioni; 4) dell'esercizio di funzioni militari, navali o di politica estera; 5) di casi in cui un organo agisce come ausiliare della giurisdizione ordinaria e 6) della verifica dei poteri dei rappresentanti degli impiegati. La disciplina contenuta nell'art. 5 del *Federal Administrative Procedure Act* ha ad oggetto:

a) *l'avviso*. Le persone aventi diritto all'avviso di una trattazione orale davanti ad un organo devono essere tempestivamente informate: 1) del tempo, del luogo e della natura di questa; 2) dei poteri e della competenza in base alla quale la trattazione orale si deve tenere; 3) delle questioni di fatto e di diritto addotte. Nei casi in cui le persone private sono parti procedenti, le altre parti della procedura devono dare tempestivo avviso delle questioni di fatto e di diritto controverse e negli altri casi gli organi possono di regola richiedere comparse di risposta. Nel fissare il tempo e il luogo della trattazione orale deve essere tenuta in debita considerazione la convenienza e le necessità delle parti o dei loro rappresentanti.

b) *la procedura*. L'organo deve permettere a tutte le parti interessate: 1) la possibilità di sottoporre e considerare fatti, argomentazioni, offerte di transazione o proposte di compimento quando il

momento, la natura della procedura e il pubblico interesse lo consentono; 2) nella misura in cui le parti sono incapaci di decidere in tal modo una controversia consensualmente, la trattazione orale e la decisione previo avviso, in conformità agli artt. 7 e 8.

c) *la separazione delle funzioni.* Gli stessi funzionari che presiedono all'assunzione delle prove a norma dell'art. 7 devono prendere una decisione istruttoria o una decisione preliminare richiesta dall'art. 8 eccetto quando tali funzionari divengano inutilizzabili da parte dell'organo. Nei limiti in cui non sia escluso dal potere di disposizione dell'oggetto dalle parti attribuito dalla legge, nessun funzionario deve consultare le persone o le parti sui fatti in questione, a meno che non sia dato preavviso e fornita la possibilità a tutte le parti di parteciparvi; né tale funzionario deve rispondere od essere soggetto al controllo o alla direzione di un funzionario impiegato od agente, impegnato nell'esercizio di funzioni istruttorie o inquisitive per un organo. Nessun funzionario, impiegato od agente, impegnato nell'esercizio di funzioni istruttorie o inquisitive per un organo, deve in alcun caso, nella stessa causa o in altra connessa materialmente partecipare o dare parere nella decisione, nella decisione istruttoria o nel riesame da parte dell'organo in base all'art. 8, eccetto che come testimone o rappresentante legale della procedura pubblica. Questa parte dell'articolo non si applica alla decisione di domande per il rilascio di una autorizzazione nuova alla procedura concernente la legittimità o l'applicazione di tariffe, di servizi o dell'amministrazione di servizi pubblici o di aziende di trasporto; né si applica in alcun modo all'organo o a uno o più membri dell'ente a cui appartiene l'organo.

d) *gli ordini di accertamento.* L'organo è autorizzato ad emettere, a suo proprio convincimento, con effetti simili agli altri ordini, degli ordini di accertamento per porre termine ad una controversia o per togliere incertezze giuridiche esistenti.

Il *Federal Administrative Procedure Act* del 1946 disciplina, poi, la procedura del giudizio di *adjudication* disciplinando distintamente le comparizioni delle parti, le indagini dell'autorità, le citazioni in giudizio.

a) *Comparizione.* Ad ogni persona obbligata a comparire personalmente davanti ad un organo o ad un rappresentante di questo, è accordato il diritto di essere accompagnata, rappresentata e consigliata da un avvocato o, se l'organo lo permette, da altro rappresentante qualificato. Ogni parte ha il diritto di com-



parire in persona, o mediante, o insieme con un avvocato od altro rappresentante qualificato nella procedura davanti ad un organo. Per quanto lo svolgimento ordinato degli affari pubblici lo consente, la persona interessata può comparire davanti ad un organo, ai funzionari od impiegati responsabili, per la presentazione, la trattazione o la definizione di questioni, richieste o controversie in un procedimento (interlocutorio, sommario, o d'altro tipo) o in rapporto ad altri compiti dell'organo. Ogni organo deve procedere con ragionevole celerità a sbrigare ogni questione sottopostagli, salvo il dovuto riguardo alla convenienza e alle esigenze delle parti o dei loro rappresentanti. Quest'articolo non comporta in alcun modo la concessione o il rifiuto ad una persona che non sia avvocato, del diritto di comparire per conto di altri o rappresentarli davanti ad un organo o in un procedimento davanti ad un organo.

b) *Indagini*. Nessun ordine di comparire o di riferire, nessuna ispezione od altro atto, o richiesta investigativa, sarà compiuto, eseguito o fatto eseguire in nessun modo o per nessun fine, eccetto se autorizzato per legge. Ogni persona obbligata a fornire dati o prove ha il diritto di trattenerne o di procurarsi dietro pagamento delle tariffe legalmente prescritte, una copia o un verbale; tuttavia il testimone, nel procedimento istruttorio segreto, per fondati motivi può essere ammesso solo all'esame del verbale ufficiale della sua deposizione.

c) *Citazioni*. L'organo deve citare la parte se ne ha il potere per legge o se ne riceve richiesta nei modi previsti dalle norme di procedura: insieme deve unire un'esposizione o indicazione della rilevanza generale e dell'ambito prevedibile delle prove richieste. Se è fatta opposizione, l'autorità giudiziaria conferma la citazione od altro ordine o richiesta analoghi nella misura in cui la ritenga legittima e, nella procedura per la sua esecuzione coattiva, emette un ordine con cui si richiede la comparizione del testimone o la produzione delle prove o dei documenti entro un termine ragionevole a pena di condanna per oltraggio alla Corte in caso di rifiuto volontario ad adempiere.

d) *Rigetto*. Si deve dare comunicazione tempestiva del rigetto totale o parziale di ogni istanza, petizione scritta od altra richiesta dell'interessato, presentata in rapporto ad una procedura dell'organo. A meno che non si confermi un precedente rigetto o il rigetto si motivi da sé, tale comunicazione deve essere accompa-

gnata da una semplice dichiarazione dei motivi di procedura o d'altro tipo. Viene, infine, disciplinata dalla legge la trattazione orale del giudizio distinguendo il legislatore la direzione della trattazione orale dai poteri per la trattazione orale, le prove costituenti e le prove precostituite da documentazioni.

e) *Direzione della trattazione orale.* Dirigono l'assunzione delle prove: 1) l'organo, 2) uno o più membri dell'ente a cui l'organo appartiene, o 3) uno o più referendari nominati nei modi previsti da questa legge. Questa legge non è, però, intesa a sostituire per intero, né in parte, lo svolgimento di specifiche categorie di procedimenti da o davanti ad un organo collegiale o ad altri funzionari appositamente previsti o designati per legge. I compiti di tutti i funzionari preposti alle direzioni e di tutti gli altri funzionari partecipanti alle decisioni in osservanza dell'art. 8 devono essere adempiuti in maniera imparziale. Ogni funzionario può in qualsiasi momento astenersi se si ritiene non legittimato; in base alla presentazione in buona fede di una dichiarazione giurata, tempestiva ed esauriente, della parzialità o dell'incompatibilità personale del funzionario, l'organo definisce la questione; tale decisione fa parte integrante degli atti e della decisione della causa.

f) *I poteri per la trattazione orale.* I funzionari che dirigono la trattazione orale, hanno il potere, nei limiti dei regolamenti dell'organo pubblicati e dei suoi poteri, di: 1) far prestare giuramenti e dichiarazioni, 2) emanare citazioni in conformità alla legge, 3) decidere sulle richieste di prova ed assumere le prove rilevanti, 4) assumere o di far assumere deposizioni che siano utili ai fini della giustizia, 5) disciplinare lo svolgimento della trattazione, 6) tenere riunioni per la composizione o la semplificazione consensuale delle questioni, ad opera delle parti, 7) decidere le richieste procedurali od altre questioni analoghe, 8) emanare decisioni o raccomandarne in conformità dell'art. 8, 9) compiere ogni altro atto consentito dal regolamento dell'organo, in quanto compatibile con le norme di questa legge.

g) *Prove.* A meno che altre leggi dispongano diversamente, chi richiede un regolamento od un ordine ha l'onere della prova. Può essere assunta ogni prova orale o documentale, ma l'organo come norma generale, deve disporre l'esclusione di prove non rilevanti, non importanti o superflue e nessuna sanzione deve essere imposta, né regolamenti e ordini devono essere emessi, se non sulla base della considerazione di tutti gli atti o delle parti di

questi che possano essere richiamate dalle parti e sulla base e in conformità ad un risultato probatorio che si sia potuto ragionevolmente dedurre da prove serie ed attendibili. Ogni parte ha il diritto di presentare il suo caso o i suoi argomenti di difesa con prove orali o documentali, di produrre delle controprove e di esperire un contro-interrogatorio nei modi richiesti per una piena ed esatta delucidazione dei fatti. Nell'attività regolamentare o nella decisione di pretese di denaro o benefici o delle domande per il rilascio di nuove autorizzazioni, l'organo, se l'interesse della parte non ne sia pregiudicato, può adottare procedure per la produzione di tutte o parte delle prove per iscritto.

*h) Documentazione.* Il verbale delle deposizioni testimoniali e delle altre produzioni, insieme con tutti i documenti e le domande depositate nel corso del procedimento, deve costituire la documentazione esclusiva per la decisione in conformità dell'art. 8 e, dietro pagamento delle spese legalmente prescritte, deve essere disponibile per le parti. Se la decisione di un organo si fonda sulla conoscenza d'ufficio di un fatto notorio non risultante dalle prove inserite nella documentazione, ogni parte deve avere la possibilità, su tempestiva richiesta, di dimostrare il contrario. Infine il *Federal Administrative Procedure Act* del 1946 disciplina l'attività istruttoria dei funzionari e dell'autorità giudicante in relazione alle allegazioni di parte e alle decisioni finali dell'autorità. L'art. 8 del *Federal Administrative Procedure Act* prevede che nei casi in cui l'organo non abbia diretto l'assunzione delle prove, il funzionario che vi ha presieduto (o nei casi non compresi nella lettera *c*) dell'art. 5, ogni altro funzionario o i funzionari legittimati a dirigere la trattazione a norma dell'art. 7) deve decidere preliminarmente il caso, o l'organo deve richiedere (in casi specifici o per norma generale), che l'intera documentazione gli sia trasmessa ai fini della decisione preliminare. Quando tali funzionari adottano la decisione preliminare e in assenza di un ricorso all'organo o di un riesame d'ufficio dell'organo nel termine previsto per regolamento, tale decisione, senza procedura ulteriore, diventa la decisione dell'organo. In caso di ricorso o di riesame delle decisioni preliminari di tali funzionari, l'organo, a meno che non possa limitare le questioni controverse dandone preavviso a norma di regolamento, ha tutti i poteri che avrebbe per l'emanazione della decisione preliminare. Quando l'organo prende la decisione preliminare, senza avere diretto l'assunzione delle prove, i funzionari debbono per prima cosa raccomandare

una decisione tranne che in caso di attività regolamentare o di decisioni su domande per il rilascio di nuove autorizzazioni; in tal caso: 1) l'organo può emanare una decisione provvisoria, oppure ciascuno dei suoi funzionari responsabili può raccomandare una decisione istruttoria, o 2) tale procedura può essere tralasciata se l'organo ritiene, sulla base della documentazione, che lo svolgimento debito e tempestivo della sua funzione lo imponga in modo assoluto e inevitabile. Venendo alle allegazioni di parte ed alle decisioni l'art. 8 prevede che prima di ciascuna decisione istruttoria, preliminare o provvisoria o della decisione dell'organo che riesamina la decisione dei funzionari subordinati, deve essere concesso alle parti in limiti ragionevoli la possibilità di sottoporre alla considerazione dei funzionari che partecipano ad emettere tali decisioni: 1) proposte di accertamenti e conclusioni o 2) eccezioni alle decisioni o alle decisioni istruttorie dei funzionari subordinati o alle decisioni provvisorie dell'organo e 3) argomenti in sostegno di tali eccezioni o degli accertamenti e delle conclusioni proposte. La documentazione deve indicare la decisione presa su ciascun accertamento, conclusione o eccezione presentata. Tutte le decisioni (comprese le decisioni preliminari, quelle istruttorie o provvisorie) divengono parte della documentazione e comprendono una esposizione: 1) degli accertamenti e delle conclusioni prese, nonché dei motivi o del fondamento di queste, su tutte le questioni importanti di fatto, di diritto o derivanti dall'esercizio di un potere discrezionale risultanti dalla documentazione ed 2) il regolamento, l'ordine, la sanzione, l'aiuto appropriato o il loro rifiuto.

4. *Il processo amministrativo non giurisdizionale nell'ordinamento italiano e l'administrative process (adjudication) nell'ordinamento americano: un utile confronto.*

Esaurito l'esame della normativa americana è utile un confronto critico tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento americano.

È interessante, in realtà, capire, in che modo la dottrina americana, sulla base anche della giurisprudenza costituzionale, abbia nettamente distinto le due attività di *rulemaking power* e di *adjudication*. È stato ricordato, di recente (22), che il *rulemaking*

---

(22) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 30 ss.

*power*, ai sensi del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946, è definito come il procedimento che le agenzie debbono seguire per emanare, emendare ed abrogare *rules*. Le agenzie amministrative hanno un diverso grado di *rulemaking power* in funzione delle scelte del Congresso di affidare ad esse decisioni più o meno rilevanti aventi ad oggetto le politiche pubbliche. In tale contesto, tenendo in considerazione la variabilità delle decisioni dell'organo legislativo riguardanti l'ampiezza di tali politiche, l'agenzia ha il potere di attuare i programmi del Congresso e, in tale ambito della delega, può emanare le norme regolamentari generali che trovano la fonte della loro legittimazione costituzionale in uno specifico atto di delega da parte dell'organo legislativo (23).

(23) Le modalità ed il processo decisionale attraverso il quale un'agenzia attua tale funzione quasi-legislativa sono soggette ad incisivi controlli del Congresso, oltre al potere di controllo delle Corti giudiziarie che si esercita tramite lo *judicial review*. La legge di delega di poteri contiene i principi normativi ed i criteri direttivi per l'amministrazione che servono anche da parametro per il controllo dell'attività regolamentare sotto il profilo politico da parte del Congresso e giurisdizionale da parte del potere giudiziario. Tuttavia nelle agenzie vi è la tendenza all'*instrumentalism* cioè a raggiungere i risultati piuttosto che alla conformazione puntuale alle procedure previste. Il principio di partecipazione nel *rulemaking* si svolge nel senso di assicurare alle persone interessate la possibilità di conoscere in anticipo i contenuti del regolamento e di partecipare al processo tramite la sottomissione di dati, pareri e relazioni scritte. Il *rulemaking* deve seguire delle procedure aperte alla partecipazione degli individui che hanno un interesse nella normativa proposta e deve avere il carattere della comprensività nel senso di coinvolgere gli interessi inerenti alle norme proposte. Inoltre il *rulemaking* deve dimostrare una sua ragionevolezza nel senso che l'agenzia deve essere in grado di dimostrare che ha utilizzato ragionevolmente i suoi poteri nel procedimento che ha avuto come conclusione l'emanazione di una norma regolamentare. La partecipazione diventa, così, un elemento essenziale nel processo di *rulemaking*. Un ambito di discrezionalità nell'attività amministrativa delle agenzie è inevitabile per assicurare che la competenza tecnica sia inclusa nell'attività regolamentare delle agenzie le quali devono affrontare diverse situazioni concrete che le leggi non possono prevedere. Di qui una discrezionalità tecnica dell'amministrazione che deve scegliere tra più alternative. Ma al tempo stesso tale discrezionalità deve essere limitata dalle leggi generali ed astratte in modo da non degenerare nell'arbitrio e tutelare gli interessi pubblici. Le Corti giudiziarie controllano le amministrazioni attraverso un potere di *review* che si concreta nel controllare che le agenzie rispettino i criteri direttivi contenuti nelle leggi e che seguano nelle loro decisioni una ragionevole coerenza in modo da salvaguardare le garanzie costituzionali dirette alla tutela dei diritti individuali. La genericità delle leggi di delega ha posto il problema del ruolo delle agenzie e delle Corti giudiziarie nell'interpretazione delle leggi. Nel primo modello le Corti giudiziarie interpretano *ex novo* la legge. L'agenzia è, così, una parte coinvolta nel contenzioso a cui si riconoscono competenze specifiche ma il parere dell'agenzia diventa soltanto uno dei fattori nella valutazione del giudice. Nel secondo modello l'amministrazione interpreta la legge e la Corte deve solo verificare la coerenza e la ragionevolezza dell'interpretazione offerta dall'agenzia con l'obiettivo del legislatore. Nel 1983 la Corte Suprema esaminando il caso *Chevron Usa Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* ha preferito il secondo modello deferenziale adottato dalle Corti giudiziarie. La Corte ha affermato che i giudici devono assumere un atteggiamento deferenziale in quanto devono rispettare le decisioni del legislatore di affidare le responsabilità quasi-legislative alle agenzie ed assicurare che le scelte politiche inerenti l'interpretazione delle leggi siano compiute

Dal c.d. *rulemaking power* veniamo all'analisi dell'attività di *adjudication* nelle agenzie americane. In un sistema di *common law* le decisioni amministrative costituiscono precedenti che vincolano le decisioni successive. La forza del precedente in un sistema di *common law* è equiparabile all'emanazione di una regola per i casi futuri ma sicuramente l'attività decisoria non può essere definita come tipicamente normativa. In sostanza, le agenzie amministrative hanno il potere di decidere nei casi concreti, se la condotta degli individui sia conforme alle leggi alle quali le agenzie devono dare attuazione, ma anche alle regole emanate dalle stesse agenzie su delega del legislatore. Le agenzie hanno, poi, il potere di giudicare, in via amministrativa, sui ricorsi e sui conflitti sorti tra le parti, comminando anche le relative sanzioni. Se il *rulemaking power* consiste nell'emanazione di regole generali, l'*adjudication*, da un lato, costituisce applicazione delle regole generali tra le quali sicuramente vanno ricomprese quelle emanate dalle stesse agenzie, ma, dall'altro, si concretano in un'attività decisionale puntuale, avente come oggetto l'emanazione di *final dispositions*, che possono consistere in decisioni di vario genere, ed, in particolare, *orders*, cioè specifiche disposizioni, autorizzazioni, irrogazioni di sanzioni, etc. (24). In conclusione nonostante la forza del precedente l'*adjudication* non è mai attività di normazione pura ma pur sempre attività decisoria di un caso concreto e non astratto.

La procedura dell'*adjudication* è basata sul principio del contraddittorio tra le parti in causa, per garantire l'imparzialità e la ragionevolezza delle decisioni dell'*Administrative Law Judge*. Il

---

da soggetti che sono responsabili nei confronti degli organi politici piuttosto che essere affidate ai giudici non eletti. La deferenza, in questo caso, è necessaria per evitare un'usurpazione da parte dei giudici delle funzioni che il Congresso vuole affidare alle agenzie. In sostanza, la *Chevron doctrine* stabilisce che quando nella legge non vi siano questioni dubbie la *rule of law* richiede che l'agenzia rispetti gli intenti del Congresso. Tuttavia nel caso in cui il Congresso non abbia disciplinato tutti gli aspetti in modo chiaro un'agenzia può adottare un'interpretazione ragionevole, anche se le Corti possono ritenere che altre interpretazioni siano più ragionevoli. Pertanto il principio racchiuso nella *Chevron doctrine* è che, in caso di ambiguità, l'interpretazione delle agenzie prevale se è ragionevole. Il caso *Chevron* appare, così, di notevole interesse perché la Corte Suprema riconosce che le scelte politiche devono essere lasciate agli organi di governo politicamente più responsabili emarginando in tali scelte le Corti giudiziarie. Se il Congresso non si impegna in una scelta politica su una specifica questione la Corte Suprema individua l'organo esecutivo e l'amministrazione, piuttosto che il potere giudiziario, come i soggetti istituzionali più adeguati ad assumere tale responsabilità politica.

(24) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 194 ss.

principio del contraddittorio e l'imparzialità del giudicante radicano, nell'ordinamento americano, l'esistenza di un vero e proprio processo amministrativo non giurisdizionale. È interessante approfondire questo punto in relazione alla struttura del processo americano di *adjudication*.

La decisione si basa sia sull'accertamento dei fatti, sia sull'applicazione della legge. Il processo per giungere all'*adjudication* è, in buona sostanza, il modello processuale dell'*adversary procedure*. Naturalmente gli *adjudicators* dell'agenzia si trovano in una posizione diversa rispetto ai giudici, perché dall'*administrative law judge* ci si aspetta soprattutto una decisione esperta e, cioè, tecnicamente approfondita sulle norme relative ad un determinato settore, in modo che la sua decisione sia conforme non solo alla normativa specifica di settore, ma anche all'esperienza pratica e tecnica del settore (25).

---

(25) L'affidamento di poteri di *adjudication*, nonostante il dettato dell'art. 3 della Costituzione che affida il potere giudiziario solo ad una Corte Suprema e a quelle Corti di grado inferiore che il Congresso potrà, di volta in volta, creare e costituire, ha posto il problema se le agenzie, nelle loro decisioni delle controversie, svolgano alcune funzioni assimilate a quelle delle Corti giudiziarie. Nonostante il conferimento di poteri quasi-giudiziali ad organismi amministrativi non è limitato solo agli Stati Uniti, ma è avvenuto nel corso del Novecento sia negli ordinamenti di *common law*, sia in quelli di *civil law*, una interpretazione rigida meramente letterale dell'art. 3 Cost. americana comporterebbe che l'esercizio del potere giudiziario debba avvenire solo attraverso le Corti giudiziarie. Ma tale lettura è attenuata dalla c.d. *necessary and power clause* costituzionale a cui si collega la facoltà del Congresso di affidare parte del potere giudiziario al di fuori delle Corti giudiziarie. D'altra parte l'allocazione di parte del potere giudiziario alle agenzie in base alla clausola prevista dall'art. 1 della Costituzione è stata riconosciuta legittima dalla Corte Suprema nel rispetto della Costituzione. Di particolare interesse è la problematica sviluppatasi nella giurisprudenza americana e nella dottrina, in ordine alla competenza a decidere questioni di diritti soggettivi privati o diritti c.d. pubblici (sociali nella nostra visione). Un caso significativo è stato *Crowell v. Benson* del 1932 in cui vi è la distinzione tra i diritti pubblici e i diritti privati ed è sancito un criterio generale per verificare la legittimità dell'attribuzione dei poteri quasi-giudiziali alle agenzie amministrative. Secondo tale decisione, l'art. 3 della Costituzione deve trovare un'applicazione rigida quando la materia del contendere riguarda i diritti privati. Tali diritti sono i classici diritti protetti dalla *common law* (le libertà ed i diritti patrimoniali la cui titolarità spetta all'individuo come componente la società civile e preesistono alle leggi) e la tutela di tali diritti non può essere affidata alle agenzie amministrative ma necessita di alcune garanzie di imparzialità che solo le corti istituite in base all'art. 3 possono assicurare. I diritti pubblici, invece, possono essere tutelati anche al di fuori del potere giudiziario ed il Congresso può affidare la risoluzione delle controversie riguardanti tali diritti alle agenzie amministrative. La distinzione sulla natura dei diritti da tutelare determina una separazione del potere giudiziario dal potere esecutivo e legislativo sulla tutela dei diritti privati affidando esclusivamente la tutela di tali diritti al potere giudiziario. La tutela dei diritti pubblici, invece, può essere affidata all'*adjudication* di un'agenzia che è il risultato della delega del Congresso ad organismi amministrativi indipendenti o collegati all'esecutivo. Nei tempi più recenti la Corte Suprema svuota la distinzione delle categorie dei diritti da tutelare e stabilisce che la costituzionalità della delega di funzioni giudiziali alle agenzie amministrative deve essere valutata in riferimento agli obiettivi che sono alla base del-

Il punto centrale, sul quale occorre fermare l'attenzione, è che nell'attività di *adjudication* è presente il principio del contraddittorio e l'imparzialità del giudice. Il diritto a partecipare all'*adjudication* può essere, infatti, limitato solo quando si accerta che non esiste un interesse significativo nel procedimento per alcuni individui che potrebbero, così, ritardare il processo amministrativo e l'agenzia deve nell'attività di *adjudication* operare un bilanciamento tra l'esigenza di rispettare il principio del contraddittorio, con la necessaria partecipazione delle parti durante l'*adjudication* e la necessità che il processo sia rapido ed efficiente (26).

Il principio del contraddittorio, che caratterizza il processo, nella legge statunitense, richiede, poi, alcuni passaggi obbligatori che includono la necessità che siano citate le parti private interessate, la fase di assunzione delle prove, le *hearings*, oltre all'acquisizione dei documenti che le parti possono presentare in ogni momento. Ogni singola fase deve essere documentata e le motivazioni riferite ai singoli momenti del processo amministrativo devono essere presenti nelle decisioni.

È stato osservato che le audizioni in contraddittorio, che assumono la forma del processo, hanno subito una trasformazione nel tempo (27). Infatti se esse sono state introdotte per risolvere eventi episodici, quando le relazioni sociali ed economiche erano lasciate prevalentemente all'autonomia contrattuale dei privati e la regolazione pubblica rappresentava un'eccezione, successivamente con l'avvento dello Stato interventista e l'obbligo dell'amministrazione di ascoltare i soggetti interessati, le *hearings* sono diventate il momento più importante del processo di *adjudication*.

Assume, allora, importanza centrale individuare le parti legittimate al contraddittorio con l'agenzia (*standing*) ed a partecipare ed intervenire nel processo amministrativo. In sostanza la legittimazione ad intervenire dipende generalmente dall'interpretazione

---

l'art. 3 della Costituzione. La Corte attribuisce un rilievo maggiore ai diritti privati che devono essere affidati ad un giudice imparziale ed indipendente ed afferma che tale imparzialità è garantita dalla posizione indipendente della funzione giudiziaria all'interno dello schema costituzionale di governo separato (vedi, per tutti, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 199).

(26) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 203.

(27) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 203.



che l'agenzia dà della legge, ma la legge è spesso vaga per cui si lascia all'agenzia un'ampia discrezionalità nelle decisioni che può essere confermata o meno dalle Corti nel successivo *judicial review*.

Inoltre mentre in un primo momento le sole persone fisiche e giuridiche potevano partecipare al contraddittorio con l'agenzia per tutelare i diritti individuali, coerentemente con l'antica impostazione liberale del sistema, negli anni sessanta e settanta, la giurisprudenza ed il Congresso hanno ampliato la legittimazione a ricorrere. E tale cambiamento si è fondato su due considerazioni. In primo luogo si riteneva che i processi amministrativi erano caratterizzati dalla pressione degli interessi privati più forti, ed, in secondo luogo, un numero considerevole di gruppi di interesse hanno chiesto di intervenire in sede di *adjudication* perché sono stati sempre più interessati alle decisioni amministrative.

Inoltre l'istituzione di agenzie di regolazione di settori economici nell'interesse pubblico, come quelle in materia ambientale e di tutela dei diritti dei consumatori, ha indotto la giurisprudenza a riconoscere la legittimazione ad intervenire nell'*adjudication* in tutti i casi in cui vi fosse una connessione tra il diritto soggettivo e l'eventuale danno per la lesione dello stesso, senza alcuna necessità di provare un collegamento tra il danno ed il diritto legalmente riconosciuto. La partecipazione al processo amministrativo dei soggetti portatori di interessi diffusi ha fatto sì che si tenesse conto degli interessi dei gruppi coinvolti e in tal guisa gli antichi diritti dei singoli individui diventavano, per così dire, più deboli, rispetto agli interessi diffusi le cui ragioni originariamente solo diffuse erano, però, sostenute da associazioni o soggetti adeguatamente organizzati per la tutela di tali interessi diffusi, laddove gli antichi titolari di più consistenti diritti soggettivi individuali molto spesso si rivelavano, alla prova dei fatti, assenteisti nella tutela dei propri diritti (28).

Il principio del contraddittorio, nel processo amministrativo americano delle Agenzie, si concreta, quindi, come già detto, nell'obbligo di avvertire le parti private interessate perché facciano sentire le loro ragioni e nella fase di assunzione di prove e nella fase di *hearings* (udienze nel nostro linguaggio processuale) e nell'acquisizione dei documenti che le parti possono presentare in

---

(28) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 209.

ogni momento del procedimento amministrativo. Ogni singola fase deve essere documentata e le motivazioni riferite ai singoli momenti del processo amministrativo devono potersi ritrovare nelle decisioni (29).

È, poi, interessante rimarcare un altro profilo caratteristico dell'ordinamento americano richiamato dalla dottrina italiana che ha approfondito l'argomento. La distinzione netta tra *rulemaking power* e *adjudication* si riflette anche in ordine alla posizione del soggetto concretamente chiamato a decidere. I soggetti chiamati all'attività di aggiudicazione, pur rientrando nell'ambito della Agenzia, debbono per legge ricoprire una posizione giuridica del tutto particolare di autonomia e di indipendenza: in sostanza questi soggetti sono definiti *Administrative Law Judges* perché garantiscono un alto grado di neutralità nell'*adjudication* amministrativa (30).

Le decisioni amministrative sono, poi, soggette al controllo delle Corti federali che funzionano, in sostanza, come giudici di appello rispetto al processo amministrativo di primo grado. Ma il controllo del giudice di appello non deve diventare «eccessivamente oppressivo», secondo la giurisprudenza della Corte Suprema. Inoltre poiché le agenzie amministrative sono create dal Congresso con lo scopo di attuare le leggi, lo *judicial review* mira ad assicurare che le agenzie non vadano oltre i poteri ad essi affidate e che la legge di delega rispetti la Costituzione. Lo *judicial review* è, pertanto, un controllo di legittimità sull'attività decisoria svolta nella c.d. *adjudication*. Ma è anche un controllo indiretto sulla attività legislativa del Congresso poiché verifica la legittimità costituzionale delle leggi di delega del Congresso alle Agenzie, attraverso le quali il Congresso delega ad autorità amministrative l'esercizio di attività sostanzialmente giudiziali di tutela di diritti soggettivi oltre che di interessi diffusi, sottraendo la materia alla giurisdizione delle Corti. Le Corti giudiziarie svolgono,

---

(29) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 203.

(30) Gli *Administrative Law Judges* hanno finanche il compito di risolvere in prima istanza il contenzioso tra l'agenzia ed i soggetti ricorrenti, ma essi, da un lato, non fanno parte del potere giudiziario caratteristico e, dall'altro, hanno una posizione diversa dagli altri funzionari dell'Agenzia. Infatti gli *Administrative Law Judges*: a) devono essere indipendenti e non devono avere rapporti di subordinazione gerarchica all'interno dell'agenzia nella quale prestano servizio; b) non sono soggetti a valutazione; c) possono essere rimossi solo per giusta causa.

così, un ruolo importante nella difesa dei principi e dei valori costituzionali, al fine di evitare eccessi nella delega da parte del Congresso. Le Corti hanno, invero, il potere di annullare la decisione amministrativa non solo se vi è una violazione delle norme costituzionali o di altre norme di diritto, ma anche se le agenzie vanno oltre i poteri di *adjudication* conferiti dal Congresso oppure eccedano nella discrezionalità nella attività di aggiudicazione. La decisione naturalmente può essere, poi, ancora annullata, anche, se viola norme procedurali o non si giustifica in base ai documenti ed alle prove acquisite durante l'istruzione del processo di *adjudication*. In buona sostanza, l'attività giudiziaria svolge un vero e proprio giudizio di secondo grado rispetto alle decisioni adottate dalle Agenzie, nell'espletamento dell'attività di *adjudication* di primo grado.

5. *L'attività amministrativa di garanzia come genus. L'attività amministrativa processuale di garanzia (adjudication) e l'attività amministrativa regolatrice (rulemaking power) come species dell'attività amministrativa di garanzia.*

L'esperienza giuridica americana consente al giurista europeo e italiano, in particolare, una serie di riflessioni di teoria generale.

In primo luogo trova conferma, sulla base dell'ordinamento americano, che, per primo, ha ideato e disciplinato la figura delle Amministrazioni indipendenti, l'attività di aggiudicazione, come attività amministrativa processuale non giurisdizionale (*administrative process*), valida per la teoria generale della attività amministrativa.

In secondo luogo, trova conferma la distinzione netta tra due attività amministrative, quella di *rulemaking* e quella di *adjudication*, sulla base della disciplina americana, che differenzia in modo netto le due attività sia per quanto concerne lo *status* dei soggetti pubblici, sia per quanto concerne la procedura di svolgimento delle due attività.

In terzo luogo trova conferma la costruzione della regolazione non come *genus*, ma come *species* dell'attività dei c.d. Garantisti (Agenzie), accanto all'attività di vigilanza ed all'attività di aggiudicazione (31).

---

(31) Per una critica alla qualificazione dell'intera attività delle Autorità amministrative indipendenti come attività di regolazione vedi F. BOCCHINI, *La legge 675 e la tu-*

In quarto luogo l'esperienza americana dimostra che la processualità non solo si impone nei processi di *adjudication*, ma tende a penetrare in altri rami dell'attività dei Garanti (Agenzie), con il conforto della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, al punto che la Corte Suprema ritiene illegittimo, sulla base della Costituzione americana e del *Federal Administrative Procedure Act* del 1946, l'esercizio del c.d. *rulemaking power* in tutti i casi nei quali la regola è emanata, senza il contraddittorio con le parti interessate alla emanazione della regola (c.d. processualizzazione del *rulemaking power*) (32).

Ma l'esperienza giuridica americana ci consente, poi, di portare il nostro contributo a quella dottrina (33), che ha avuto il merito storico di proporre all'attenzione degli studiosi la necessità di ricostruire una teoria dell'attività amministrativa da collocare accanto alla teoria degli atti e, in particolare, del provvedimento (34). Nella costruzione di questa teoria generale dell'attività amministrativa, noi pensiamo che non si possa separare la nozione di attività dal contesto normativo e, quindi, dallo statuto che, volta a volta, la governa. L'esperienza giuridica concreta dimostra che questo sforzo di teorizzazione è pregevole proprio perché consente di individuare nozioni strutturali indispensabili per la costruzione del sistema amministrativo. Occorre, allora, andare avanti: non si può pretendere di attribuire caratteristiche omogenee, individuando nell'attività amministrativa un nucleo e una fattispecie compatti ed omogenei, in tutte le esperienze giuri-

---

*tela amministrativa dei diritti della persona umana*, in *Riv. notariato*, n. 1, 1998, pp. 164 ss.

(32) Infine, sull'esempio dell'esperienza americana, trova nuovo spazio (vedi Disegno di legge sulla tutela del risparmio n. 3328, artt. 22-23, già approvato nella XIV legislatura da un ramo del Parlamento) una distinzione netta tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Si fa, così, applicazione di un principio (quello della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie) che è caratterizzante del giusto processo, tanto che nell'ordinamento italiano, per ora, esso trova applicazione nel solo processo penale, che, incidendo sulla libertà della persona umana, costituisce, in certo senso, l'archetipo paradigmatico del processo *tout court*. A quest'ultimo riguardo è degno di nota osservare che, nell'ordinamento italiano, la distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie è prevista dal legislatore, nel solo processo penale, mentre manca, nel processo civile dove il giudice istruttore decide anche la causa, nonostante abbia egli stesso curato, come istruttore, la raccolta delle prove, che poi giudica. L'ordinamento più recente (art. 22 Disegno di legge sulla tutela del risparmio n. 3328) sembra, allora, anche, per questa via, imboccare, per la attività di aggiudicazione, la strada del processo e non del solo procedimento amministrativo.

(33) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 93 ss.

(34) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 97 ss.

diche concrete nelle quali l'attività si svolge, onde non sembra corretto individuarne uno statuto normativo compatto dell'attività amministrativa perché sembra più corretto individuare solo alcuni principi generali applicabili all'attività amministrativa (come i principi di buon andamento, trasparenza, ragionevolezza, tempestività e proporzionalità) come bene osserva la dottrina (35). In realtà la nozione di attività amministrativa presenta per lo studioso l'indubbio vantaggio di individuare i caratteri che distinguono una serie di attività dello Stato rispetto ad altre (legislazione e giurisdizione). Per usare una espressione colorita si potrebbe dire che la nozione di attività amministrativa delineata dalla dottrina è utile, ma nella misura nella quale si comprende che è più una nozione di contenuto negativo che positivo. E ciò nel senso che i caratteri della concretezza, spontaneità e discrezionalità indicano, a ben vedere, con certezza, ciò che l'attività amministrativa non è: invero la concretezza, da un lato, e la spontaneità, dall'altro, sembrano marcare molto bene la differenza tra l'attività amministrativa da un lato e l'attività normativa che deve avere carattere astratto e non concreto e, dall'altro, con l'attività giurisdizionale che non deve avere carattere spontaneo: *ne procedat iudex ex officio*. Ma l'utilità della categoria e l'individuazione dei suoi caratteri finisce qui. L'esperienza giuridica della disciplina delle Autorità indipendenti dimostra che sarebbe errato sul piano scientifico intendere la definizione giuridica dell'attività amministrativa fin qui data dalla dottrina, come definizione positiva compatta. Invero la disciplina dell'attività delle Autorità amministrative indipendenti dimostra che non esiste uno statuto dell'attività amministrativa omogeneo e compatto per ogni tipo di attività amministrativa in quanto l'attività (non normativa e non giurisdizionale) è disciplinata non da uno ed un solo statuto di diritto amministrativo. In altre parole, si voglia o meno raccogliere un gruppo di attività che non hanno i caratteri dell'attività normativa o giurisdizionale sotto il comune denominatore negativo dell'attività non giurisdizionale e non normativa (poi amministrativa), il problema reale è la verifica dei limiti di applicabilità dei diversi istituti che compongono lo statuto dell'attività ammini-

---

(35) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., p. 97.

strativa, quando si passa ad esaminare i diversi campi di applicazione dell'attività amministrativa.

Va, poi, rilevato che la molteplicità degli statuti dell'attività amministrativa consente di enucleare statuti omogenei in relazione alle singole attività amministrative che si aggiungono alle regole generali che disciplinano l'attività amministrativa *tout court*. Tra questi può essere enucleata, come si è dimostrato in altra sede (36), l'attività amministrativa processuale che presenta uno statuto particolare. Invero l'attività processuale amministrativa delle Autorità indipendenti ha natura amministrativa per la sua concretezza, in quanto ogni decisione dell'Autorità è posta in essere in relazione ad una fattispecie concreta, ma non presenta, sicuramente, il carattere della *spontaneità*, in quanto presuppone una crisi di cooperazione e l'iniziativa della parte lesa (*ne procedat iudex ex officio*), né presenta, poi, i requisiti della *discrezionalità* nella valutazione dell'interesse pubblico come nella attività di amministrazione attiva.

La conclusione è che le singole normative che compongono il tessuto normativo organico della c.d. attività amministrativa non debbano necessariamente ricevere una applicazione integrale, nel senso che esista un blocco omogeneo e compatto di norme che o si applicano tutte o non si applicano per niente laddove solo i principi generali di buon andamento, regionevolezza, etc. — come insegna lo Scoca — tornano applicabili a tutte le attività amministrative. Al contrario lo statuto dell'attività amministrativa presenta caratteri di *elasticità*, in ogni sua parte, nel senso che l'applicazione anche parziale dello statuto consente egualmente di distinguere l'attività amministrativa da quella normativa e giurisdizionale, essendo sufficiente che anche una sola delle caratteristiche *negative* (non concretezza e non spontaneità) ricorra per negare che si sia in presenza di attività amministrativa.

Questa sembra essere la vicenda giuridica che si consuma nell'esperienza delle Autorità amministrative indipendenti, l'attività delle quali ha natura amministrativa, ma si articola in due specie attività di *rulemaking power* e attività di *adjudication*, anche se non torna applicabile ad essa, quando l'attività si declina come attività di *adjudication*.

---

(36) F. BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, Napoli, 2004, pp. 313 ss.

L'esperienza giuridica americana, poi, insegna che la dottrina italiana (37) che ha unificato ogni attività delle Autorità indipendenti, nel contenitore *omnibus* della c.d. regolazione, sulla base dell'esperienza americana, sembra avere dimenticato due cose.

In primo luogo, nell'esperienza americana il sistema di *common law* eleva la decisione del caso concreto (*adjudication*) a precedente avente valore, anche formale, di *regula iuris*, laddove nel sistema di *civil law* la decisione non costituisce mai dato normativo.

In secondo luogo, nella stessa esperienza giuridica americana, così efficacemente studiata di recente (38), la disciplina e la struttura dell'attività di *rulemaking* è nettamente distinta dalla attività di *adjudication* (processuale), vuoi con riferimento allo *status* dell'autorità che decide vuoi con riferimento all'attività svolta imperniata sul principio del contraddittorio e sulla imparzialità dell'Agenzia dando vita ad un vero e proprio processo amministrativo decisorio di garanzia, ma non giurisdizionale (*administrative process*).

6. *Le attività di regolazione, vigilanza e aggiudicazione come attività di garanzia.*

È possibile, allora, teorizzare, come è stato autorevolmente osservato di recente (39), che l'attività amministrativa è un *genus* retto da una serie di principi generali, di legalità, di buon andamento, di imparzialità, di efficienza, di generale applicazione e, poi, da una serie di discipline specifiche riguardanti, volta a volta, la singola specie di attività, disciplinata, in primo luogo, dalla legge con una disciplina legislativa di settore e, poi, nei settori nei quali l'ordinamento crea Autorità amministrative indipendenti, anche dalle regole tecniche poste dalle Autorità amministrative indipendenti.

Da questa premessa discende, poi, sulla base dello statuto *ad hoc* e, cioè, del complesso di norme applicabili alle diverse attività delle Autorità amministrative indipendenti, la qualificazione e l'inquadramento sistematico delle attività amministrative dei garanti,

---

(37) S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., pp. 113 ss.

(38) G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 165 ss.

(39) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., pp. 97 ss.

che si concreta nella *emanazione delle regole*, nella *vigilanza* sulla osservanza delle stesse, nella attività di *aggiudicazione*, in caso di violazione delle regole o crisi di cooperazione alla loro attuazione.

È importante fermarsi sulla struttura di quest'ultima attività prima di inquadrare tutte e tre le attività considerate sotto la comune funzione della garanzia.

Escluso che l'attività delle Autorità amministrative indipendenti a tutela dei diritti soggettivi possa qualificarsi come attività di amministrazione attiva, consultiva o di controllo viene in rilievo la qualificazione dell'attività di aggiudicazione come attività contenziosa (40).

Le Autorità che svolgono attività contenziose tipiche sono, secondo la dottrina, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (oggi Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), perché queste svolgono attività caratterizzate da forme di partecipazione dell'interessato al procedimento iniziato dall'autorità e da un vero e proprio contraddittorio, la cui instaurazione appare come un requisito di legittimità della procedura promossa dall'autorità (41).

La base normativa per questa teoria sembrerebbe offerta dalla legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E che, dopo aver previsto all'art. 3, la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria di tutte le cause per le contravvenzioni e di tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, prevede che «gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osser-

---

(40) A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 108 e ss.

(41) A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 108 e ss. osserva che l'anticipazione della tutela in un momento diverso da quello giurisdizionale postula la necessità per le Autorità amministrative di organizzarsi secondo modelli idonei ad assicurare la funzione di tutela imparziale del cittadino. Si riscopre, così, il carattere dell'indipendenza delle Autorità amministrative che si realizza in modo particolare nell'attività contenziosa perché essa si presenta non tanto come attività partecipata, ma come attività posta in essere in contraddittorio. Il contraddittorio costituisce, così, una soluzione che si impone alle parti in conflitto grazie ad un intervento in nome dell'indipendenza. È necessaria, perciò, una attività organizzata secondo moduli che ne assicurino l'indipendenza per risolvere il conflitto. Il contraddittorio è, così, una spia dell'esistenza di un'organizzazione indipendente e di una funzione caratterizzata dall'indipendenza. Il giudizio è, infatti, deciso da un soggetto che è terzo, il cui intervento è necessario non tanto perché proviene da un'Autorità, quanto perché proviene da un soggetto che non è parte e che svolge un'attività indipendente. In questo senso l'attività indipendente sembra precedere, almeno logicamente, la predisposizione da parte dell'ordinamento di un soggetto in posizione di indipendenza. Secondo questa teoria il contraddittorio è, dunque, collegato all'indipendenza.



vazioni in scritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati». Secondo questa teoria, il fondamento di diritto positivo della amministrazione c.d. contenziosa sarebbe da rinvenire nell'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (42). Quindi l'articolo 3 della legge 2248/1865 All. E si occuperebbe non dell'attività amministrativa *tout court*, ma dell'attività amministrativa contenziosa e, cioè, dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione per definire le controversie (43).

Il pregio della teoria è l'aver superato il pregiudizio secondo cui la giurisdizione avrebbe il monopolio della tutela dei diritti dei cittadini posto che questa teoria ritiene, invece, che anche la amministrazione possa tutelare i diritti dei cittadini, sempre che la normativa assicuri l'indipendenza delle amministrazioni, evitando che il peso di tutti i conflitti e della loro soluzione gravi necessariamente ed esclusivamente sulla giurisdizione. Si supera, in tal guisa, il pregiudizio del monopolio dei giudici nella tutela dei diritti soggettivi dei cittadini, che relegava, in secondo piano, l'intervento dell'amministrazione, in funzione giustiziale e di attuazione del principio di legalità. La teoria ha, cioè, l'indubbio merito di aver spostato l'attenzione della dottrina, a proposito delle attività delle autorità amministrative indipendenti a tutela dei diritti soggettivi, dal piano *sostanziale* al piano *contenzioso*.

---

(42) L'elemento significativo è costituito dal fatto che il potere-dovere di sentire le parti interessate è previsto non in relazione all'attività amministrativa compiuta dai pubblici poteri ma in relazione agli affari non compresi nell'articolo precedente che sono affari contenziosi, vere e proprie controversie, la cui definizione è rimessa alle autorità amministrative.

(43) A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 121 e ss. osserva che in sostanza, secondo questa dottrina, l'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo indica che vi è attività amministrativa contenziosa quando vi è contraddittorio in senso proprio, cioè, quando l'amministrazione è investita non del generico obbligo di provvedere in relazione ad una determinata fattispecie ma quando essa deve risolvere un conflitto che può intercorrere tra soggetti diversi dell'amministrazione o tra l'amministrazione ed il cittadino. La c.d. amministrazione contenziosa appare, quindi, una modalità dell'azione amministrativa che non si limita a consentire una partecipazione del soggetto che costituisce il terminale dell'azione amministrativa in funzione di una generica rappresentanza di interessi, bensì, si risolve in un'azione amministrativa in funzione della risoluzione dei conflitti. L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato rappresenterebbe un modello di amministrazione strutturata secondo il principio di indipendenza e una sorta di legge tipo sull'esercizio delle attività indipendenti e, quindi, anche di quella attività indipendente che è costituita dall'attività contenziosa. Infatti l'attività tipica di questa Autorità si può definire contenziosa nel duplice senso che essa è organizzata secondo un modello volto ad assicurare il contraddittorio e che essa è strutturata come attività che risolve un conflitto in materia di abuso di posizione dominante, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di operazioni di concentrazione.

Fin qui il merito della teoria. Le osservazioni che la teoria solleva sono, però, numerose. La prima osservazione è che la teoria sembrerebbe attribuire al *genus* dell'attività dei Garanti le caratteristiche della *species* rappresentate dall'attività contenziosa posto che non tutta l'attività dei Garanti è l'attività contenziosa.

La seconda osservazione è che la legge del 1865 è una legge di abolizione del contenzioso amministrativo, perché, prima della legge del 1865, esisteva un contenzioso amministrativo che era esattamente l'opposto del moderno giudizio che si svolge davanti alle Autorità amministrative indipendenti. L'art. 3, per «determinati affari», lasciava sopravvivere un c.d. contenzioso amministrativo, ma quel contenzioso era tutto nelle mani della Pubblica amministrazione, la quale era *parte e giudice* di quel contenzioso, in guisa che quando il cittadino subiva una lesione dei propri diritti da parte della pubblica amministrazione ricorreva ... alla pubblica amministrazione stessa. Questo era il contenzioso amministrativo che nel 1865 veniva abolito. La sopravvivenza per alcune materie di quel contenzioso amministrativo costituiva un retaggio del passato. E ciò rende quello schema culturale improponibile per le Autorità amministrative indipendenti che costituiscono un modello di contenzioso in certo senso opposto al modello ottocentesco del contenzioso amministrativo, onde il fondamento positivo di questa teoria per le attività delle Autorità amministrative indipendenti non può essere l'art. 3 della legge 2248/1865 All. E per le ragioni dette.

La terza osservazione che può muoversi alla tesi in esame è che l'oggetto della tutela dell'art. 3 della legge 2248/1865 All. E non è chiaro. Gli «affari non compresi nell'articolo precedente» sono indicati nell'art. 3 cit. per sottrazione. ma è, ancora, aperto il dibattito in dottrina<sup>(44)</sup> sulla individuazione delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'art. 3 della legge 2248/1865 All. E. È controverso, infatti, se siamo di fronte a diritti soggettivi o al primo nucleo degli interessi legittimi. Quindi non può essere l'art. 3 cit. a costituire la base normativa di una moderna teoria dell'attività amministrativa processuale che può trovare fondamento ultimo solo nella costituzione democratica del '48 e, in ultima analisi, nel principio di imparzialità della pubblica ammini-

---

(44) A. ROMANO, *Commentario breve alla legge sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 62.

strazione consacrato nell'art. 97 Cost. Ciò detto è, ora, venuto il momento di concludere in ordine alla distinzione tra *rulemaking power* e *adjudication power* delle Autorità amministrative indipendenti.

*L'adjudication power* o l'attività amministrativa processuale, per definizione, non pone mai la regola astratta e generale, ma si limita ad applicare la stessa, con un atto amministrativo di decisione che non è mai un atto normativo generale ed astratto. E la decisione concreta a differenza della regola astratta presuppone la crisi di cooperazione nell'attuazione della regola e la risoluzione di tale crisi di cooperazione costituisce il fine specifico della funzione processuale.

### 7. Conclusioni.

La ricerca dimostra che, nei settori dell'ordinamento più sensibili alla tutela della persona umana, *attività di regolazione*, *attività di vigilanza* e *attività di aggiudicazione* si presentano come stadi successivi e, cioè, come vere e proprie strutture variabili di una medesima funzione, la funzione amministrativa di garanzia. Questa trova il suo fondamento nella Carta lì dove all'art. 2 la Carta espressamente prevede che la Repubblica non solo tutela, ma anche «garantisce» i diritti inviolabili della persona umana. Autorevole dottrina (45) già nel 1938 osservava che, nel significato più generale, garanzia è qualunque mezzo per assicurare o, comunque, per accrescere la sicurezza del godimento di un diritto (o nell'assolvimento di un obbligo) (46).

Se si approfondisce la nozione di garanzia nella teoria generale ci si accorge che, al di là della polemica dottrinarica se la nozione di garanzia sia un elemento del concetto stesso del diritto garantito o piuttosto un *quid* che ne sta fuori, e, quindi, se il potere di aggressione appartenga al soggetto leso o allo Stato, questione che non ha conseguenze praticabili apprezzabili (47), resta il punto fondamentale che, nella nozione di garanzia, entra non soltanto lo strumento della protezione del diritto a carattere san-

---

(45) G. BO, voce *Garanzia*, in *Noviss., Dig. it.*, vol. VI, Torino, 1938, pp. 192 ss.

(46) A. MONTEL, voce *Garanzia (Diritti reali di)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, p. 742.

(47) G. BO, voce *Garanzia*, cit., pp. 193 ss.

zionatorio che presuppone la lesione del diritto, ma anche lo strumento della prevenzione, per prevenire la violazione stessa del diritto nell'interesse non solo del titolare del diritto, ma, anche, indirettamente della collettività.

Questa doppia anima della nozione di garanzia, l'una con funzione preventiva, l'altra con funzione repressiva, spiega come la garanzia si caratterizzi per la sua impronta marcatamente funzionale e per la sua inerenza ad una distinta situazione soggettiva che essa mira a proteggere e a rafforzare rendendone più sicura la realizzazione (48).

La dottrina ha correttamente osservato che queste caratteristiche contribuiscono a rendere neutro il contenuto della garanzia sul piano strutturale, onde la medesima funzione ultima di garanzia può essere assicurata da figure giuridiche diverse quanto a struttura. La preminenza dell'aspetto funzionale e la varietà degli interessi suscettibili di essere presidiati determinano una tendenzialmente illimitata estensione dell'ambito di operatività della garanzia il cui concetto è presente, con accezioni e specificazioni varie e eterogenee, in tutti i settori del diritto pubblico e privato, dal diritto costituzionale a quello internazionale, dal diritto sostanziale a quello processuale (si vedano, ad esempio, gli artt. 2, 10, 32 e 37 Cost.; artt. 106 e 108 c.p.c.; Libro VI (Della tutela dei diritti) Titolo III (Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale) c.c. e artt. 2784 e 2808, 1266 e 1267, 1476, n. 3, e 1575, n. 3, c.c.).

La funzione unitaria di garanzia, come sopra inquadrata nella teoria generale, costituisce il denominatore comune delle attività poste in essere dai c.d. Garanti a tutela del diritto alla riservatezza, come aspetto del diritto della personalità.

Si precisa, ora, la differenza tra la nozione di *garanzia* e la nozione di *tutela* nel linguaggio giuridico. La *tutela* presuppone la violazione del diritto ed impone l'onere al cittadino di ricorrere ad un giudice al quale è affidato il rimedio contro la violazione, non essendo consentito l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, mentre la *garanzia* non presuppone necessariamente la lesione del diritto che, anzi, mira a prevenire. Inoltre la nozione di *garanzia* non si limita a porre un diritto astratto del cittadino a promuo-

---

(48) D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 127; S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Milano, 1950, pp. 15 ss.

vere un giudizio dall'esito incerto, ma pone, per così dire, un *obbligo di garanzia*, prestata dalla stessa Repubblica nei confronti della persona umana.

Si direbbe, con il linguaggio del diritto privato, che la Carta Costituzionale all'art. 2 preveda non un'*obbligazione di mezzi*, ma un'*obbligazione di risultato*. Invero essa non si limita a predisporre un giudice che costituisce il mezzo della eventuale tutela, ma vuole che la Repubblica *garantisca un risultato* e, cioè, che il diritto inviolabile dell'uomo si realizzi nell'effettività.

La *funzione* di garanzia si collega, allora, a più *strutture* giuridiche come l'attività di regolazione, l'attività di vigilanza e l'attività di aggiudicazione.

L'attività di regolazione (*rulemaking power*) consente ai Garanti di dettare le regole concrete specifiche e tecniche in grado di tradurre il precetto legislativo generale ed astratto per impedire che le condotte specifiche dei destinatari si traducano in lesioni dei diritti garantiti dalle Autorità e, più a monte, dalla legge.

Trova, poi, giusta collocazione nel sistema di garanzia da noi prefigurato un potere di vigilanza amministrativa e, cioè, di prevenzione della violazione da parte dei singoli destinatari delle regole poste dal Garante nell'esercizio del potere di regolazione.

Trova, infine, collocazione il potere di aggiudicazione, nel contraddittorio delle parti, per sanzionare, con la decisione amministrativa puntuale, la violazione delle regole da parte del singolo destinatario attraverso una vera e propria attività processuale amministrativa (processo amministrativo non giurisdizionale).

Tutto ciò è, però, perfettamente coerente con il piano di valori che l'ordinamento persegue, che è quello di garantire «un risultato» e non, come nelle Costituzioni dell'800, la «costituzionalizzazione di una (teoria dell') azione» (49).

---

(49) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2002, pp. 7 ss. e pp. 465 ss.; A. PROTO PISANI, *Breve premessa ad un corso sulla giustizia civile*, in *Dir. giur.*, 1977, pp. 170 ss.

MARCO LOPEZ DE GONZALO

## LA TUTELA DEL PASSEGGERO NEL REGOLAMENTO CE N. 261/2004 (\*)

SOMMARIO: 1. La liberalizzazione del trasporto aereo ed il «terzo pacchetto» del 1992. — 2. La responsabilità del vettore aereo di persone dalla Convenzione di Varsavia alla Convenzione di Montreal. — 3. Le principali disposizioni della Convenzione di Montreal. — 4. I Regolamenti comunitari nn. 2027/92, 889/2002 e 785/2004 in tema di responsabilità del vettore aereo. — 5. La disciplina dei pacchetti turistici e la responsabilità del *tour operator*. — 6. La disciplina dell'*overbooking*, della cancellazione di voli e del ritardo nel quadro della politica comunitaria dei trasporti. — 7. Sintesi dei contenuti del Regolamento n. 261/2004. — 8. Il coordinamento tra le norme del Regolamento n. 261/2004 e la disciplina della responsabilità del vettore aereo. — 9. Il coordinamento tra le norme del Regolamento n. 261/2004 e la disciplina della responsabilità del *tour operator*. — 10. Caratteri di discontinuità del Regolamento n. 261/2004 rispetto alla tradizionale disciplina della responsabilità del vettore aereo. — 11. La sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006. — 12. La «effettività» dei rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 a favore dei passeggeri.

### 1. *La liberalizzazione del trasporto aereo ed il «terzo pacchetto» del 1992.*

L'attenzione della Comunità europea nei confronti del trasporto aereo è in una prima fase indirizzata a promuovere e realizzare la liberalizzazione del settore. Tale liberalizzazione si attua attraverso una serie di interventi, culminati con il c.d. «terzo pacchetto» nel 1992 (1).

---

(\*) Questo lavoro fa parte di una ricerca sul tema dei Servizi di Interesse Generale - PRIN 2004.

(1) Sulla liberalizzazione del trasporto aereo ed in particolare sul «terzo pacchetto» del 1992 cfr. F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996, pp. 175 ss.; ID., *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. Un. eur.* 1999, p. 207; G. RINALDI BACCELLI, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo nella Comunità*

In tale contesto, la protezione degli interessi dei passeggeri si realizza, in primo luogo, nella prospettiva tipica di tutti gli interventi di «liberalizzazione» e cioè mediante il miglioramento (quantitativo e qualitativo) dell'offerta e la riduzione dei prezzi che dovrebbero conseguire alla apertura di mercati ed all'operare di una effettiva concorrenza (2). Inoltre, i requisiti ai quali è subordinato il rilascio delle licenze e dei certificati di operatore aereo dovrebbero consentire l'accesso al mercato solo a vettori che «operino sempre su solide basi economiche e a un elevato livello di sicurezza» e che «siano sufficientemente assicurati agli effetti dei rischi di responsabilità civile» (3).

La protezione del passeggero è così affidata a meccanismi di (de)regolazione del mercato e di selezione degli operatori che operano su tale mercato, tali da realizzare un miglioramento complessivo del servizio.

## 2. *La responsabilità del vettore aereo di persone dalla Convenzione di Varsavia alla Convenzione di Montreal.*

La tutela del passeggero rispetto alle conseguenze pregiudizievoli della inesecuzione o cattiva esecuzione delle prestazioni di trasporto ed in particolare dei sinistri che si verificano in occasione della esecuzione del trasporto, era invece tradizionalmente affidata alla normativa internazionale uniforme in tema di responsabilità del vettore aereo.

Il testo fondamentale al riguardo è costituito dalla Convenzione di Varsavia del 1929 (4). Secondo lo schema «classico»

---

*Economica Europea*, in *Trasp.* 1993, p. 35; S. BUSTI, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in *Dir. com. sc. int.* 1993, p. 187; P. GIRARDI, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in *Dir. trasp.* 1993, p. 39; AA.VV., *Aspetti della disciplina comunitaria sui servizi aerei*, Cagliari, 1999.

(2) Cfr. il preambolo al Regolamento n. 2408/1992, ove si afferma che «per stimolare lo sviluppo del settore di trasporti aerei della Comunità ed assicurare così servizi migliori agli utenti è necessario eliminare le restrizioni relative alle designazioni multiple e ai diritti di traffico di quinta libertà e procedere alla progressiva introduzione dei diritti di cabotaggio».

(3) Così si esprime il preambolo al Regolamento n. 2407/1992. Più specificamente, l'art. 5 del Regolamento fissa i requisiti di carattere economico-finanziario per il rilascio della licenza di vettore aereo e l'art. 9 stabilisce che il rilascio della licenza sia subordinato al possesso di un certificato di operatore aereo, che attesta che l'operatore ha la capacità professionale e l'organizzazione necessaria ad assicurare l'esercizio dei suoi aeromobili in condizioni di sicurezza.

(4) Sulla Convenzione di Varsavia del 1929 e sulla successiva evoluzione della disciplina internazionale uniforme ci si limita, senza alcuna pretesa di completezza, a se-

delle normative di diritto uniforme dei trasporti, la Convenzione di Varsavia del 1929 ha proprie norme strumentali che ne delimitano l'ambito di applicazione e, sul piano sostanziale, regola il contenuto del documento di trasporto, i criteri di imputazione della responsabilità e le cause di esonero, i limiti risarcitori ed alcuni aspetti di diritto processuale.

La Convenzione di Varsavia del 1929 si differenzia invece in modo significativo dalla di poco precedente Convenzione di Bruxelles del 1924 in tema di trasporto marittimo (come pure dalle altre normative di diritto uniforme dei trasporti) per il fatto di disciplinare, in unico strumento, sia la responsabilità del vettore di cose che quella del vettore di persone. Più in particolare, con riferimento a quest'ultimo, la Convenzione di Varsavia prende in considerazione le responsabilità per (i) morte o lesioni personali del passeggero, (ii) perdita o danneggiamento del bagaglio (registrato e non), (iii) ritardo.

Forse anche a causa di tale complessità e disomogeneità di contenuti, ma soprattutto a causa della rapida evoluzione, tecnologica e sociale, del trasporto aereo, la Convenzione di Varsavia ha formato oggetto, a partire dal Protocollo dell'Aja del 1955, di una serie di modifiche e «aggiornamenti» (5), complessivamente volti a migliorare la posizione contrattuale del passeggero, sotto il profilo dei criteri di imputazione della responsabilità e dei limiti risarcitori, posti in essere sia mediante altri strumenti di diritto internazionale uniforme, sia mediante iniziative unilaterali di alcuni Stati, sia infine mediante pratiche volontarie di autoregolamentazione dei vettori aerei.

La dettagliata ricostruzione della evoluzione della disciplina della responsabilità del vettore aereo esula dagli scopi di questo

---

gnalare alcuni contributi di autori italiani: G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959; S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001; A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, regolamento comunitario*, in *Dir. trasp.* 2000, p. 615; M. COMENALE PINTO, *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv. dir. comm.* 2002, I, p. 67.

(5) Cfr. per es. già alla fine degli anni sessanta, L.M. BENTIVOGLIO, *La crisi del sistema di Varsavia ed il problema della responsabilità del vettore aereo*, in *Annali Ist. dir. aer.* 1969, I, p. 11. Cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale italiana 6 maggio 1985 n. 132, *Coccia c. Turkish Airlines*, in *Dir. mar.* 1985, 752, con nota di E. FOGLIANI; in *Foro it.* 1985, I, c. 1586, con nota di E. PARDOLESI; in *Foro pad.* 1985, 157, con nota di T. BALLARINO e in *Giust. civ.* 1985, I, 2456, con nota di M. GRIGOLI.



contributo. È sufficiente, in questa sede, ricordare il punto di arrivo di tale evoluzione, costituito dalla Convenzione di Montreal del 1999 (6), con la quale la materia viene «riordinata», mantenendo però la tradizionale impostazione della Convenzione di Varsavia del 1929 e cioè la disciplina, in unico testo normativo, della responsabilità del vettore di cose e di quella del vettore di persone, a sua volta articolata nelle fattispecie di (i) morte e lesioni personali, (ii) perdita o danno del bagaglio (registrato e non), (iii) ritardo.

### 3. *Le principali disposizioni della Convenzione di Montreal.*

In estrema sintesi, il sistema di responsabilità del vettore aereo di persone è delineato dalla Convenzione di Montreal nei termini che seguono.

(i) La responsabilità del vettore aereo per morte o lesioni personali ha carattere oggettivo fino all'importo di 100.000 DSP. Al di sopra di tale importo, è invece consentito al vettore di esonerarsi da responsabilità fornendo la prova che il danno non è stato causato da colpa sua o dei suoi «*servants or agents*», ovvero che il danno è stato causato esclusivamente dal fatto doloso o colposo di terzi. Dal punto di vista quantitativo, la responsabilità del vettore aereo per morte o lesioni personali è quindi illimitata; l'importo di 100.000 DSP, infatti, non costituisce un massimale di risarcimento, ma rileva solo al fine di determinare l'applicazione di un diverso criterio di imputazione della responsabilità. L'art. 28 della Convenzione di Montreal prevede inoltre, in ter-

---

(6) Sulla Convenzione di Montreal del 1999, ancora una volta senza pretesa di completezza, cfr. S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, cit.; M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal 1999 sul trasporto aereo*, in *Dir. mar.* 2000, p. 798; E. ROSAFIO, *Problemi applicativi a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale*, in *Dir. turismo*, 2004, p. 32; A. ZAMPONE, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri*, in *Dir. trasp.* 2000, p. 7; M. BRIGNARDELLO, *Problematiche relative alla firma ed alla ratifica della Convenzione di Montreal 1999 da parte della Comunità Europea*, in *Dir. mar.* 2001, p. 3; G. ROMANELLI, *Diritto uniforme dei trasporti e Convenzione di Montreal*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, p. 581; L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, p. 599; A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale e in quello internazionale*, in *Dir. mar.*, 2000, p. 1180; M. COMENALE PINTO, *La nuova disciplina del trasporto aereo internazionale*, in *Dir. turismo*, 2004, p. 5; M. GRIGOLI, *La tutela delle vittime degli incidenti aerei nella più recente evoluzione del diritto comunitario e uniforme*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 363.

mini generici e rinviando al riguardo alla legge nazionale del vettore, l'obbligo del vettore, in caso di incidenti che provochino la morte o lesioni, di erogare un pagamento anticipato per sopperire alle necessità immediate.

(ii) Il vettore aereo è responsabile per la perdita o danneggiamento del bagaglio registrato, per tutto il tempo in cui si trova nella sua custodia, salvo che la perdita o il danno siano dovuti a caratteristiche proprie del bagaglio stesso. Per il bagaglio non registrato la responsabilità del vettore sussiste solo se la perdita o il danno sono dovuti a colpa del vettore stesso o dei suoi «*servants or agents*». La responsabilità del vettore aereo per perdita o danneggiamento del bagaglio è limitata all'importo di 1000 DSP per passeggero (salvo che non sia stata fatta una apposita «dichiarazione di valore»).

(iii) Il vettore aereo risponde del danno causato dal ritardo nell'arrivo a destinazione, a meno che il vettore stesso non fornisca la prova di aver preso tutte le misure che potevano ragionevolmente richiedersi per evitare il ritardo o che era impossibile prendere tali misure. La responsabilità del vettore aereo per danno da ritardo è limitata all'importo massimo di 4150 DSP.

Due altre disposizioni della Convenzione di Montreal devono essere menzionate in questo rapidissimo *excursus*: l'art. 50, che prevede che gli Stati contraenti impongano ai propri vettori di dotarsi di una copertura di responsabilità civile (i cui contenuti minimi peraltro non vengono precisati), e l'art. 3.4, che impone al vettore di inserire nella documentazione contrattuale una «*written notice*» che informi il passeggero in merito al regime di responsabilità previsto dalla Convenzione.

#### 4. *I Regolamenti comunitari nn. 2027/92, 889/2002 e 785/2004 in tema di responsabilità del vettore aereo.*

L'intervento della Comunità europea volto alla liberalizzazione del mercato dei trasporti aerei e la tormentata evoluzione della normativa internazionale uniforme in tema di responsabilità del vettore aereo non potevano però continuare a muoversi lungo binari paralleli, destinati a non incontrarsi mai.

Infatti, in termini generali, la Comunità è sempre più orientata ad assegnare ai trasporti un ruolo centrale e strategico, intervenendo quindi in tale settore in modo sempre più significativo e rilevante. In termini più specifici, la «liberalizzazione» del mercato deve essere

seguita da misure volte ad armonizzare le regole operative applicabili alle imprese attive su tale mercato liberalizzato ed ad impedire che la concorrenza tra vettori divenga una concorrenza principalmente sul ribasso dei prezzi, realizzata mediante tagli di costi che incidano negativamente sulla sicurezza e sulla qualità del servizio.

Da un altro punto di vista, la tutela del consumatore costituisce uno dei settori «classici» dell'azione comunitaria.

È in questo contesto che, posta di fronte alla ormai evidente inadeguatezza della Convenzione di Varsavia ed alle incertezze del procedimento di revisione della stessa, la Comunità europea interviene sulla materia della responsabilità del vettore aereo di persone con il Regolamento n. 2027/97 (7).

L'oggetto del Regolamento n. 2027/97 è limitato alla fattispecie più rilevante di responsabilità del vettore aereo e cioè quella di morte e lesioni personali del passeggero. Le insufficienze della Convenzione di Varsavia vengono individuate sia nei criteri di imputazione della responsabilità, sia nelle limitazioni al risarcimento. Il Regolamento impone così ai vettori comunitari un sistema di responsabilità «two-tier», che anticipa sostanzialmente quello che sarà poi fatto proprio dalla Convenzione di Montreal.

Il Regolamento inoltre: a) prevede l'obbligo del vettore di provvedere a favore degli aventi diritto ai pagamenti anticipati che si rendano necessari per far fronte ad immediate necessità ed in misura non inferiore, in caso di morte, a 15.000 DSP; b) precisa l'obbligo di copertura assicurativa di responsabilità civile (indicato dal Regolamento n. 2407/92 quale requisito per il rilascio della licenza), nel senso che detta copertura deve operare fino al limite di 100.000 DSP e, oltre tale limite, fino ad un livello ragionevole.

Una volta firmata la Convenzione di Montreal del 1999, il Regolamento (CE) n. 2027/97 perde la sua funzione «anticipatrice» e viene modificato (o, per meglio dire, sostituito) dal Regolamento (CE) n. 889/2002 (8), per effetto del quale il regime di re-

---

(7) In argomento cfr. G. ROMANELLI, *Il regime di responsabilità del vettore aereo per infortunio a passeggero in base al Regolamento CE del Consiglio n. 2027/97*, in *Studi in memoria di M.L. Corbino*, Milano, 1999, p. 768; G. SILINGARDI, *Regolamento CE n. 2027 del 1997 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Dir. trasp.*, 1998, p. 621; B. FRANCHI, *Il nuovo regime di responsabilità dei vettori aerei comunitari*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1244; M. GRIGOLI, *In merito alla regolamentazione comunitaria della responsabilità del vettore aereo*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 305.

(8) Cfr. i commenti al Regolamento n. 889/2002 di N. PARISI, in *Dir. turismo*, 2003, p. 62 e di L. PIERALLINI, in *Nuove leggi civ. comm.* 2002, p. 699.

sponsabilità del vettore aereo di persone previsto (per le ipotesi di morte o lesioni personali, ed anche per quella di perdita o danneggiamento del bagaglio e di ritardo) dalla Convenzione di Montreal del 1999 viene esteso a tutti i vettori aerei comunitari, sia per i voli internazionali che per quelli nazionali. In relazione a quanto previsto dall'art. 28 della Convenzione di Montreal in merito ai pagamenti anticipati da effettuare in caso di morte o lesioni personali, l'importo minimo di tali pagamenti in caso di morte viene fissato in 16.000 DSP per passeggero. Il Regolamento n. 889/2002 prevede inoltre a carico di tutti i vettori aerei che operino nella Comunità obblighi di informazione in merito al regime legale di responsabilità ed alle relative limitazioni di risarcimento, più ampi e dettagliati di quanto previsto dall'art. 3.4 della Convenzione di Montreal del 1999.

Come detto, tanto la Convenzione di Montreal del 1999 (all'art. 50) quanto la normativa comunitaria (il Regolamento n. 2407/92 sul rilascio delle licenze di vettore aereo ed i Regolamenti n. 2027/97 e n. 889/2002 in tema di responsabilità del vettore aereo) prevedono l'obbligo per i vettori aerei di dotarsi di una copertura assicurativa dei rischi di responsabilità civile, ma non regolano in modo completo ed analitico i contenuti e le caratteristiche di tale copertura assicurativa (9). La lacuna viene colmata dal Regolamento (CE) n. 785/2004 che stabilisce i requisiti assicurativi minimi per tutti i vettori aerei che effettuino voli all'interno del territorio di uno Stato membro, a destinazione o in provenienza dallo stesso o che la sorvolano. Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità per morte o lesioni personali il limite minimo della copertura assicurativa viene fissato in 250.000 DSP per passeggero.

##### 5. *La disciplina dei pacchetti turistici e la responsabilità del tour operator.*

Il quadro così sommariamente delineato dell'azione comunitaria in tema di tutela del passeggero nel trasporto aereo deve es-

---

(9) Sulle problematiche lasciate aperte dalla Convenzione di Montreal del 1999 e dal Regolamento n. 2027/97 cfr. A. CAPOTOSTI, *Criteri di ragionevolezza e obbligo di assicurazione della responsabilità civile del vettore aereo comunitario per i danni ai passeggeri*, in *Assic.*, 1997, II, p. 244 e M. PIRAS, *L'assicurazione di responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Dir. traspr.*, 2001, p. 461.

sere completato con un breve accenno ad un'altra normativa, che pur avendo un oggetto diverso dal trasporto aereo, viene ad interferire con esso, e cioè la Direttiva CE n. 90/314(10) (recepita dall'Italia con il d.lgs. n. 111/1995, oggi trasfuso nel «Codice del consumo»)(11), in tema di viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»; è infatti assai frequente che i «pacchetti turistici» oggetto di tale normativa comprendano anche servizi di trasporto aereo.

A differenza di quanto avviene per la responsabilità del vettore aereo, la cui disciplina è assai dettagliata ed articolata a seconda delle diverse ipotesi di inadempimento (morte o lesioni personali, perdita o danneggiamento del bagaglio, ritardo, *overbooking*, cancellazione), la responsabilità del *tour operator* è regolata dal d.lgs. n. 111/1995 con norme di portata generale (e di formulazione non sempre felice).

L'art. 14 del d.lgs. n. 111/1995 dispone che il *tour operator* risponda del mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte, a meno che non provi che tale mancato o inesatto inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile. L'art. 17.1 dello stesso d.lgs. n. 111/1995 dispone inoltre che il *tour operator* sia esonerato da responsabilità quando la mancata o inesatta esecuzione del contratto sia imputabile al consumatore

---

(10) Anche sulla Direttiva n. 90/314 e sul d.lgs. n. 111/1995 la bibliografia è ormai amplissima; ci si limita, ancora una volta, a segnalare alcuni scritti di autori italiani: L. PIERALLINI, *I pacchetti turistici*, Milano, 1998; G. TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998; V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato. Prime riflessioni sul decreto legislativo n. 111/1995*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, III, p. 689; A. ANTONINI, *Prestazione di servizi turistici e diritti del cliente danneggiato*, in *Riv. dir. civ.* 1997, p. 391; C.S. CARCASSI, *Il contratto di viaggio*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, p. 1765; M. DEIANA, *Il contratto di turismo organizzato*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, Milano, 1996, p. 567; M. DEMARCHI, *La direttiva sui viaggi « tutto compreso »*, in *Resp. civ. prev.* 1992, p. 518; M. DEMARCHI, *La direttiva n. 314/90 del 13 giugno 1990 sui viaggi e vacanze « tutto compreso » e la ricezione nel nostro ordinamento mediante il d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111*, in *I contratti di viaggio e turismo*, Milano, 1995, p. 11; M. LA TORRE, *Il contratto di viaggio « tutto compreso »*, in *Giust. civ.* 1996, II, p. 27; AA.VV. (a cura di V. ROPPO) commento al d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, in *Nuove leggi civ. comm.* 1997, p. 1; G., SILINGARDI-F. MORANDI, *La vendita di pacchetti turistici* (2a ed.), Torino, 1998; G. CIURNELLI, *Il contratto di viaggio e la vendita di pacchetti turistici*, in *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2003, p. 488; F. MORANDI-M. COMENALE PINTO-M. LA TORRE, *I contratti turistici*, Milano, 2004; A. LEZZA, *Il contratto di viaggio*, in *Diritto privato europeo*, 1997, II, p. 869.

(11) Come indicato nel testo, il d.lgs. n. 111/1995 è stato trasfuso nel Capo II («Servizi turistici») del Titolo III («Disposizioni relative a singoli contratti») della Parte III («Il rapporto di consumo») del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 205, noto come «Codice del consumo». In argomento cfr. il commento di A.M. MANCALEONI, in *Dir. turismo*, 2005, p. 385.

o a fatto imprevedibile o inevitabile di un terzo o a caso fortuito o a forza maggiore. Si tratta di una formulazione che non coincide con quella dell'art. 14, anche se i problemi di coordinamento sono forse più teorici che pratici. La formulazione in termini generali della norma dell'art. 14 (ed anche, per quanto occorra, dell'art. 17) la rende applicabile a tutte le prestazioni che facciano parte del pacchetto turistico e quindi anche a quelle di trasporto aereo. Il fatto che tali prestazioni non vengano eseguite direttamente dal *tour operator* non modifica il regime di responsabilità. Infatti, il secondo comma dello stesso art. 14 dispone che il *tour operator* che si avvalga di altri prestatori di servizi (quale, per es., un vettore aereo) è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore.

Manca nel d.lgs. n. 111/1995 una disposizione analoga a quelle contenute negli artt. 14 e 15 della Convenzione CCV(12), in virtù delle quali i servizi di trasporto (fossero essi eseguiti direttamente dal *tour operator* o invece da terzi) erano sottoposti alla disciplina propria di tali servizi, e cioè alla normativa in tema di trasporto.

Un parziale richiamo della normativa specifica in tema di trasporto è operato dall'art. 15.1 del d.lgs. n. 111/1995 con riferimento alla limitazione di risarcimento per danni alla persona. In base a tale norma, il danno alla persona derivante dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico è risarcibile « nei limiti delle convenzioni internazionali che disciplinano la materia, di cui sono parte l'Italia e l'Unione Europea » e quindi, in particolare, con riferimento al trasporto aereo, « nei limiti previsti dalla Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 ». La entrata in vigore della Convenzione di Montreal del 1999 e la conseguente sopravvenuta inoperatività nell'ordinamento italiano (ed in quello degli altri Stati membri della UE) della Convenzione di Varsavia pone un non facile problema interpretativo. Non sembra possibile infatti sostenere che, pur non essendo la Convenzione di Varsavia più in vigore, i limiti di responsabilità da essa previsti valgano ancora, per effetto del richiamo da parte dell'art. 15.1 del d.lgs. n. 111/1995, a defi-

---

(12) Sulla Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 (CCV) cfr. i commenti di V. ROPPO, in *Nuove leggi civ. comm.* 1978, p. 1757 e di A.M. MEOTTI, in *Commentario breve al codice civile — Leggi complementari*, Padova 1995, 923.

nire i limiti di responsabilità del *tour operator* in caso di danni alla persona del passeggero nel corso del trasporto aereo; il riferimento a convenzioni internazionali «che disciplinano la materia», sembra indicare che deve trattarsi di convenzioni effettivamente in vigore. Tale riferimento alle convenzioni «che disciplinano» il trasporto aereo sembrava autorizzare una interpretazione evolutiva della norma in virtù della quale il riferimento alla Convenzione di Varsavia dovrebbe ritenersi sostituito dal riferimento alla Convenzione di Montreal del 1999. Tale impostazione ha trovato conferma nella parziale riformulazione della norma nel «Codice del Consumo» ove si richiamano anche «i limiti stabiliti dalle ulteriori convenzioni, rese esecutive nell'ordinamento italiano, alle quali aderiscono i Paesi dell'Unione Europea ovvero la stessa Unione Europea». Peraltro la Convenzione di Montreal non prevede limiti massimi di responsabilità per i danni alla persona ed il riferimento ad essa non sarebbe quindi in concreto di nessuna efficacia. L'interpretazione più favorevole al *tour operator* sarebbe quella di ritenere che, caducato il richiamo ai limiti di risarcimento della Convenzione di Varsavia, operi il richiamo al limite pari a 50.000 Franchi-oro di cui alla Convenzione CCV, previsto in via residuale dall'art. 15.1 del d.lgs. n. 111/1995 «per ogni altra ipotesi di responsabilità» del *tour operator*.

Per i danni diversi dal danno alla persona, non è previsto alcun rinvio ai limiti di risarcimento di cui alla normativa in tema di trasporto. È invece previsto, in via generale, il rinvio ai limiti di cui all'art. 13 della Convenzione CCV e cioè 2000 Franchi-oro per i danni alle cose e 5000 Franchi-oro per ogni altro tipo di danno.

L'art. 16 del d.lgs. n. 111/1995 sembra consentire, per i danni diversi da quelli alla persona, limitazioni contrattuali di responsabilità; in realtà, per effetto della infelice formulazione della norma, tale astratta previsione è in concreto di nessuna utilità, in quanto, da un lato, la limitazione contrattuale non può essere inferiore a quella legale della CCV e, dall'altro, in assenza di patteggiamenti contrattuali, si applica comunque detta limitazione legale.

È anche importante segnalare che la Direttiva n. 90/314 ed il d.lgs. n. 111/1995 pongono a carico del *tour operator* obblighi nei confronti del passeggero di natura diversa da quelli di tipo risarcitorio conseguenti all'inadempimento o al difettoso adempimento (che si concreti in un danno alla persona o in un danno di altro tipo) delle prestazioni, ivi comprese le prestazioni di trasporto, in-

cluse nel «pacchetto». Si tratta, in primo luogo, di obblighi di informazione, da attuarsi nelle fasi della contrattazione e nella documentazione contrattuale; tali obblighi di informazione non riguardano però, a differenza di quelli previsti dall'art. 3.4 della Convenzione di Montreal e dall'art. 5 del Regolamento n. 2027/97 (come modificato dal Regolamento n. 889/2002) il regime di responsabilità del *tour operator*. In secondo luogo, vi sono obblighi posti a carico del *tour operator* qualora circostanze sopravvenute (non necessariamente imputabili al *tour operator*) rendano impossibile la regolare attuazione del programma di viaggio: l'art. 12 del d.lgs. n. 111/1995 prevede l'obbligo del *tour operator* di predisporre «adeguate soluzioni alternative» qualora, dopo la partenza, una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto non possa essere effettuata; l'art. 17.2 impone al *tour operator* di apprestare con sollecitudine «ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio».

6. *La disciplina dell'overbooking, della cancellazione di voli e del ritardo nel quadro della politica comunitaria dei trasporti.*

La disciplina dell'*overbooking* di cui al Regolamento (CEE) n. 295/91 (13), e quella più ampia, estesa anche alla fattispecie della cancellazione di volo e del ritardo, di cui al Regolamento (CE) n. 261/2004 (14), si inseriscono quindi nell'ambito di una articolata pluralità di interventi della Comunità nel settore del trasporto aereo, condividendone gli obiettivi di fondo ed integrandone la realizzazione. Sotto questo profilo, la disciplina dell'*overbooking*, della cancellazione di voli e del ritardo, di cui ai Regolamenti n. 295/91 e 261/2004 si inserisce nel più ampio contesto

---

(13) Sul Regolamento n. 295/91 cfr. P. GIRARDI, *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, in *Dir. traspr.*, 1992, p. 413; S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, in *Dir. traspr.*, 1993, p. 313; M. COMENALE PINTO, *Considerazioni in tema di sovrapprenotazioni nei servizi di trasporto aereo*, in *Studi in memoria di M.L. Corbino*, Milano, 1999, p. 159; M. CAVALLI-P. DONDI, *Il regolamento CEE sull'overbooking nei trasporti aerei*, in *Dir. com. sc. int.*, 1991, p. 429.

(14) Per i primi commenti al Regolamento n. 261/2004 cfr. E. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo: nuove regole per il trasporto aereo comunitario di persone*, in *Dir. turismo*, 2004, p. 205; M. FRAGOLA, *Prime note sul regolamento CE n. 261/2004 che istituisce nuove norme comuni in materia di overbooking aereo*, in *Dir. com. sc. int.* 2005, p. 129; L. MORELLO, *La nuova disciplina dell'overbooking nel Regolamento CE n. 261/2004*, in *Contr. imp. Eur.*, 2004, p. 1273; AA.Vv. (a cura di M. DEIANA), *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari, 2005.



delineato dal Libro Bianco «La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte» ed in particolare concorre alla realizzazione degli obiettivi indicati nella parte terza del Libro Bianco, dedicata alla tutela degli utenti-consumatori.

Il collegamento con la politica di liberalizzazione risulta evidente dal preambolo del Regolamento n. 295/91, ove si enuncia l'utilità di norme minime comuni in tema di compensazione per negato imbarco al fine di «garantire il mantenimento della qualità dei servizi offerti dai vettori aerei in un contesto di maggiore concorrenza».

La tutela del passeggero realizzata mediante la disciplina della responsabilità del vettore nelle ipotesi «tradizionali» (potenzialmente fonte di danni gravissimi ma, fortunatamente, meno frequenti) di morte o danni alla persona, viene integrata con la regolamentazione di altre «disfunzioni» del trasporto aereo, che seppure meno gravi sul piano delle conseguenze dannose (tanto da essere definite nel preambolo del Regolamento n. 261/2004 in termini di «disagi e fastidi»), sono tali da incidere in modo significativo sulla qualità del servizio di trasporto nella sua fisiologica quotidianità, e quindi sulla qualità della vita dei sempre più numerosi utenti di tale servizio.

Il preambolo al Regolamento n. 261/2004 prende le mosse da tale situazione, rilevando gli insufficienti risultati conseguiti dal Regolamento n. 295/91 e richiamando le già ricordate finalità dell'azione comunitaria in questo campo: «l'intervento della Comunità nel settore del trasporto aereo dovrebbe mirare ... a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri» ... «la Comunità dovrebbe pertanto migliorare le norme di protezione ... sia per rafforzare i diritti dei passeggeri sia per provvedere affinché, nell'ambito di un mercato liberalizzato, i vettori aerei operino secondo condizioni armonizzate».

#### *7. Sintesi dei contenuti del Regolamento n. 261/2004.*

Rispetto al precedente Regolamento n. 295/91, il nuovo Regolamento n. 261/2004 ha un ambito di applicazione considerevolmente più ampio sotto tre profili: (i) si applica non solo ai voli di linea, ma anche ai voli non di linea, (ii) si applica non solo ai voli in partenza da un aeroporto comunitario, ma anche ai voli in partenza da un aeroporto di un paese terzo e con desti-

nazione in un aeroporto comunitario, operati da un vettore comunitario, (iii) si applica non solo alla fattispecie del negato imbarco (*overbooking*), ma anche a quelle della cancellazione del volo o del ritardo (alla partenza) (15).

Gli strumenti di tutela del passeggero (o, dal punto di vista opposto, gli obblighi posti a carico del vettore) riprendono, rafforzandone i contenuti, le tipologie già adottate dal Regolamento n. 295/91 e cioè *a*) compensazione pecuniaria, *b*) rimborso del biglietto o volo alternativo, *c*) assistenza. Più specificamente, i diritti dei passeggeri sono definiti come segue.

(i) *negato imbarco*

L'art. 4 del Reg. 261/2004 prevede, in primo luogo, che il vettore ricerchi «volontari» disposti a rinunciare all'imbarco in cambio di «benefici» da concordare. Al di fuori di tali ipotesi, il passeggero al quale venga negato l'imbarco ha diritto a

*a*) compensazione pecuniaria, di importo variabile da 250 e 600 Euro a seconda della lunghezza del volo; tali importi possono essere ridotti del 50% se viene offerta una «riprotezione» che consente di contenere il ritardo entro limiti variabili tra due e quattro ore a seconda della lunghezza del volo; la compensazione pecuniaria dovrebbe essere versata «immediatamente» e, salvo diverso accordo, in contanti;

*b*) la scelta tra il rimborso del biglietto «allo stesso prezzo al quale è stato acquistato» per le parti di viaggio non effettuate ed anche per quelle già effettuate ma divenute inutili (nonché, se del caso, un volo di ritorno al punto di partenza iniziale) e un volo alternativo per la destinazione finale;

*c*) assistenza, consistente, a seconda delle circostanze, in pasti e bevande, sistemazione in albergo, trasferimenti da e per l'aeroporto, due chiamate telefoniche o messaggi.

(ii) *Cancellazione del volo*

In caso di cancellazione del volo, il passeggero ha diritto a

*a*) compensazione pecuniaria, nei termini già visti per l'ipotesi di mancato imbarco; tale compensazione non è dovuta, oltre che nelle ipotesi di cancellazione per «circostanze eccezionali»,

---

(15) Sulla tutela del passeggero nelle ipotesi di cancellazione o ritardo, anteriormente alla entrata in vigore del Regolamento n. 261/2004 cfr. A. BOTTI, *Brevi appunti in tema di tutela del passeggero nel caso di ritardo o di cancellazione del volo*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, p. 607.

quando la cancellazione sia stata comunicata almeno due settimane prima della partenza o anche in termini più brevi se sono state offerte adeguate riprotezioni (come precisato dall'art. 5 del Regolamento);

b) la scelta tra il rimborso e volo alternativo, nei termini già visti per l'ipotesi di negato imbarco;

c) assistenza, nei termini già visti per il negato imbarco.

(iii) *Ritardo*

In caso di ritardo alla partenza che superi i limiti analiticamente previsti dall'art. 6 in funzione della lunghezza del volo, il passeggero

a) diversamente da quanto previsto per il negato imbarco e la cancellazione, non ha diritto ad una compensazione pecuniaria immediata;

b) se il ritardo supera le cinque ore, ha diritto al rimborso del biglietto (analogamente a quanto previsto per negato imbarco e cancellazione, ma senza la possibilità di scegliere invece un volo alternativo);

c) ha diritto a ricevere assistenza, con le modalità già viste in relazione alle ipotesi di negato imbarco e di cancellazione.

Il sistema di rimedi a disposizione del passeggero e di obblighi a carico del vettore è integrato da due norme di chiusura. La prima (art. 12) fa espressamente salvo il diritto del passeggero al risarcimento del maggior danno. La seconda (art. 13) prevede la possibilità di rivalsa del vettore aereo nei confronti di terzi responsabili per gli eventi in relazione ai quali siano sorti a carico del vettore stesso gli obblighi sopra sinteticamente illustrati.

Infine, va ricordato che l'art. 14 prevede dettagliati obblighi di informazione al fine di portare a conoscenza dei passeggeri i diritti ad essi spettanti a norma del Regolamento.

#### 8. *Il coordinamento tra le norme del Regolamento n. 261/2004 e la disciplina della responsabilità del vettore aereo.*

Le norme del Regolamento n. 261/2004 sollecitano alcune riflessioni di ordine generale (sulle quali si tornerà nei paragrafi successivi) e pongono alcuni problemi di coordinamento con le altre normative cui si è fatto cenno nei paragrafi precedenti, di cui occorre dare brevemente conto.

Rispetto alla normativa in tema di responsabilità del vettore dettata dalla Convenzione di Montreal del 1999 e dai Regolamenti comunitari n. 2027/97 e 889/2002, il coordinamento con il Regolamento n. 261/2004 risulta relativamente agevole.

L'unica area di sovrapposizione tra i due sistemi normativi si verifica in relazione alla fattispecie del ritardo (16). Un primo rilievo al riguardo concerne la differente definizione di ritardo: nella Convenzione di Montreal del 1999 si tratta di un ritardo nell'arrivo a destinazione, di durata non definita e quindi presumibilmente da definirsi secondo criteri di ragionevolezza (nell'ambito dei quali peraltro dovrà tenersi conto della essenzialità degli obblighi di puntualità nell'economia del contratto); nel Regolamento n. 261/2004 si tratta di un ritardo alla partenza che superi limiti dettagliatamente indicati nell'art. 6 (17).

Il coordinamento si realizza al livello dei rimedi posti a disposizione del passeggero. In base all'art. 6 del Regolamento, il passeggero ha diritto all'assistenza di cui all'art. 9 e, qualora il ritardo superi le cinque ore, alla scelta tra il rimborso del biglietto ed un volo alternativo, come previsto dall'art. 8, salvo il diritto al maggior danno (espressamente previsto dall'art. 12). La Convenzione di Montreal prevede invece come unico rimedio proprio quel risarcimento del danno (fino al limite di 4150 DSP) che non viene disciplinato, ma viene espressamente fatto salvo, dal Regolamento n. 261/2004 (18).

Il problema del coordinamento tra il Regolamento n. 261/2004 e la Convenzione di Montreal del 1999 ha formato oggetto di una recente pronuncia della Corte di giustizia (19). La deci-

---

(16) Nel senso che la fattispecie dell'*overbooking* non fosse disciplinata dalla Convenzione di Varsavia (e non sia oggi disciplinata dalla Convenzione di Montreal) cfr. V. CORONA, *La tutela per overbooking nella Convenzione di Varsavia*, in *Dir. trasp.* 2004, p. 335 e L. TULLIO, *Overbooking o ritardo*, in *Dir. trasp.* 2001, p. 187; E. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, cit. p. 209.

(17) In questo senso cfr. S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 102.

(18) Sulla disciplina della responsabilità del vettore per ritardo (nella Convenzione di Montreal e nel Regolamento n. 261/2004) cfr. S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 87; M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria*, *ibidem*, p. 155; E. ATTILI, nota a G. pace Palermo 4 ottobre 2002, in *Dir. turismo* 2003, p. 173.

(19) Sentenza 10 gennaio 2006 in causa C-344/04, *IATA e ELFAA c. Department of Transport*. Il concreto comportamento delle compagnie aderenti, o almeno di alcune di esse, che si sono sforzate, in misura diversa e con iniziative di vario tipo, tra le quali la

sione della Corte trae origine dal rinvio da parte della High Court of Justice inglese nell'ambito di una causa promossa dalla IATA (associazione di vettori aerei) e della ELFAA (associazione di compagnie *low-cost*) e volta a censurare sotto diversi profili (sui quali v. anche *infra* al paragrafo 11) la legittimità del Regolamento n. 261/2004.

La prima questione sottoposta alla Corte riguardava la compatibilità o meno con la Convenzione di Montreal dell'art. 6 del Regolamento, che disciplina la fattispecie del ritardo. La decisione della Corte, che afferma la piena compatibilità dell'art. 6 del Regolamento con le norme della Convenzione di Montreal in tema di responsabilità da ritardo, è fondata sulla sottolineatura della sostanziale diversità dei danni presi in considerazione, e dei rimedi conseguentemente apprestati, dalle due normative. Il Regolamento n. 261/2004 prende infatti in considerazione i danni «quasi identici per tutti i passeggeri» derivanti dal disagio di un ritardo prolungato<sup>(20)</sup>, rispetto ai quali il rimedio più adeguato è costituito dalle forme di assistenza previste dal Regolamento. La Convenzione di Montreal disciplina invece, utilizzando lo strumento del risarcimento pecuniario, i «danni individuali» che i passeggeri possono subire, in relazione al motivo del loro spostamento, il cui risarcimento richiede una valutazione caso per caso e può quindi essere oggetto solo di compensazione a posteriori.

La conclusione della Corte è quindi che «poiché l'assistenza ed il supporto dei passeggeri previsti dall'art. 6 del Regolamento n. 261/2004 in caso di ritardo prolungato del volo costituiscono misure di risarcimento uniformi ed immediate, esse non rientrano tra quelle per cui la Convenzione in parola fissa le condizioni di esercizio». In sintesi, «il dispositivo previsto dal summenzionato

---

predisposizione di «codici di condotta» non sembra peraltro in perfetta sintonia con l'atteggiamento «oltranzista» della IATA.

(20) Sulla natura dei danni (diversi da quelli economici) provocati dal disagio conseguente al ritardo cfr. S. GIACOBBE, *Ancora in tema di risarcibilità del danno da ritardo fra danno biologico e danno esistenziale*, in *Dir. trasp.* 2003, p. 634; S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore per ritardo*, cit., p. 140 ss. Più in generale sui danni di natura non patrimoniale conseguenti alle fattispecie disciplinate dal Regolamento n. 261/2004 cfr. anche G. DI GIANDOMENICO, *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. trasp.* 2005, p. 1; B. LOSSU, nota a G. pace Alghero 4 agosto 2004, *Brigida c. Volare Group*, in *Dir. turismo* 2005, p. 374; B. IZZI, *La tutela della persona del caso di overbooking. I limiti di ammissibilità del danno da noia*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 213.

art. 6 si colloca così semplicemente a monte di quello che risulta dalla Convenzione di Montreal».

9. *Il coordinamento tra le norme del Regolamento n. 261/2004 e la disciplina della responsabilità del tour operator.*

Il coordinamento si presenta più complesso rispetto alla Direttiva n. 90/314 ed al d.lgs. n. 111/1995 (21). Le due normative hanno, all'evidenza, destinatari diversi: nel primo caso, il vettore aereo, nel secondo il *tour operator*. La necessità di coordinamento nasce dal fatto che i pacchetti turistici possono includere (e spesso includono) servizi di trasporto aereo e che il Regolamento n. 261/2004 si applica anche ai voli inclusi in «pacchetti turistici». L'art. 3.6 del Regolamento n. 261/2004 chiarisce inoltre che il Regolamento stesso non si applica alla cancellazione di un intero pacchetto turistico per motivi diversi dalla cancellazione del volo; in tale ipotesi, pertanto, è solo la cancellazione del pacchetto a venire in rilievo ed i rimedi a disposizione del passeggero sono (solo) quelli previsti dalla Direttiva n. 90/314 e dalle relative norme nazionali di attuazione.

Lo stesso art. 3.6 del Regolamento n. 261/2004 fornisce il criterio fondamentale di coordinamento allorché chiarisce che «il presente Regolamento lascia impregiudicati i diritti dei passeggeri stabiliti dalla Direttiva 90/314/CEE». Ciò significa che, nelle ipotesi di *overbooking*, cancellazione del volo o ritardo, i passeggeri possono far valere sia, nei confronti del vettore aereo, i diritti previsti dal Regolamento n. 261/2004 sia, ove ne ricorrano i presupposti, nei confronti del *tour operator*, i diritti derivanti dal d.lgs. n. 111/1995. In questa prospettiva, l'obbligo di rimborso o riprotezione posto a carico del vettore aereo dall'art. 8 del Regolamento si sovrappone, senza coincidere con essi, agli obblighi posti a carico del *tour operator* dagli artt. 12 e 13 del d.lgs. n. 111/1995 per i casi di sopravvenuta impossibilità di realizzare il programma di viaggio originariamente pattuito. Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento agli obblighi di

---

(21) Per qualche indicazione sul punto cfr. M. FRAGOLA, *Prime note sul Regolamento CE n. 261/2004 che istituisce norme comuni in materia di overbooking aereo*, cit., p. 139; M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 163; E. ROSAFIO, *Overbooking, cancellazione e ritardo*, cit., p. 211.

assistenza previsti rispettivamente dall'art. 9 del Regolamento n. 261/2004 e dall'art. 17.2. del d.lgs. n. 111/1995.

Il concetto espresso dal citato art. 3.6 viene riformulato, da una diversa prospettiva, nell'art. 12 dello stesso Regolamento n. 261/2004, ove si precisa che restano impregiudicati «i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare»; tale diritto ad un risarcimento supplementare può essere fatto valere dal passeggero sia nei confronti del vettore aereo (ad esempio in base alle norme della Convenzione di Montreal del 1999 in tema di responsabilità da ritardo), sia nei confronti del *tour operator* (ad esempio con la richiesta di risarcimento del c.d. «danno da vacanza rovinata»)(22).

Infine l'art. 13 del Regolamento n. 261/2004 regola il regresso del *tour operator* nei confronti del vettore aereo, stabilendo che «nessuna disposizione del presente Regolamento può essere interpretata come una limitazione del diritto dell'operatore turistico di chiedere un rimborso o un risarcimento al vettore operativo conformemente al diritto applicabile». Tale rimborso o risarcimento può avere ad oggetto sia il «rimborso supplementare» di cui al precedente art. 12 del Regolamento, sia quelle prestazioni (di «riprotezione» o di assistenza) che il *tour operator* abbia eventualmente fornito sostituendosi al vettore.

Manca invece nel Regolamento n. 261/2004 una disposizione analoga a quella di cui all'art. 5 del precedente Regolamento n. 295/91, che prevedeva, per i voli compresi in pacchetti turistici,

---

(22) La risarcibilità del danno da vacanza rovinata è stata definitivamente affermata, così superando le divergenze della giurisprudenza e della dottrina italiana al riguardo, dalla sentenza delle Corti di giustizia 12 marzo 2002, in causa C-168/00, *Leitner c. TUI*, in *Dir. mar.* 2003, 107 e in *Dir. turismo* 2003, 25. Sul tema del danno da vacanza rovinata cfr. tra i contributi più recenti, E. GUERINONI, *Il danno da vacanza rovinata*, Padova, 2003; S. POLLASTRELLI, *Il risarcimento del danno morale nei viaggi turistici organizzati*, in *Dir. mar.* 2003, p. 43; A. ARLOTTA, *Il contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento: danno da vacanza rovinata e overbooking*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, p. 456; M. RIGUZZI, *Il danno da vacanza rovinata e quantificazione del danno*, in *Dir. turismo* 2005, p. 233; M. GAZZARA, *Vacanze tutto compreso e risarcimento del danno morale*, in *Danno e resp.* 2003, p. 24; D. GENNARI, *Breve rassegna in materia di danno da vacanza rovinata*, in *Giur. it.* 2003, I, p. 258; P.M. PUTTI, *Danno da vacanza rovinata*, in *Contratti*, 2002, p. 954 e L. SESTA, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, in *Giur. it.* 2002, I, c. 1801. Sulla riconducibilità del danno da vacanza rovinata nella più ampia categoria del danno esistenziale, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da vacanza rovinata: questioni pratiche e prassi applicative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 879; F. MORANDI, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 623; L. MORLOTTI, *Vacanza rovinata e pretesa risarcibilità del danno esistenziale in aggiunta al danno biologico temporaneo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, I, p. 956.

la corresponsione della compensazione pecuniaria dovuta dal vettore in caso di *overbooking* al *tour operator* ed il successivo obbligo di quest'ultimo di trasferire la somma così percepita al passeggero.

10. *Caratteri di discontinuità del Regolamento n. 261/2004 rispetto alla tradizionale disciplina della responsabilità del vettore aereo.*

Il sistema di tutela del passeggero delineato dal Regolamento n. 261/2004 sollecita, come detto, alcune riflessioni di carattere generale.

La prima attiene alla individuazione dei soggetti destinatari della tutela, definiti come «passeggeri» e non come «consumatori» (23). Pur essendo ovviamente la parte «debole» del contratto di trasporto aereo, il passeggero risponde ad una definizione più ampia di quella di consumatore, consolidata in numerosi testi di diritto comunitario, rendendo superflua l'indagine, non sempre agevole (ed a volte ingiustificatamente discriminatoria) in merito ai motivi, personali o professionali, dell'acquisto del biglietto aereo (24).

La caratteristica più significativa del Regolamento n. 261/2004 è però costituita dalla discontinuità che essa segna rispetto all'impianto tipico della normativa internazionale uniforme in tema di responsabilità del vettore, basato su criteri di imputazione della responsabilità e regole di determinazione del danno risarcibile, fermo restando che l'esistenza ed entità di tale danno devono essere provati dal passeggero e vengono risarciti per equivalente (e cioè mediante somme di denaro).

I rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 prescindono invece da qualsiasi valutazione in merito all'imputabilità dell'inaidempimento e sono disponibili in base al mero verificarsi del negato imbarco, della cancellazione o del ritardo. L'unica eccezione

---

(23) Sulla interferenza tra la disciplina in materia di trasporto e quella in materia di consumatore cfr. B. FIORE, *Il contratto e di trasporto e la nozione di consumatore*, in *Dir. trasp.* 2001, 173. Più in generale, sulla nozione di consumatore cfr. G. PIZZOLANTE, *La nozione del consumatore nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. int.* 2003, p. 319.

(24) La opportunità di prescindere dalla qualifica come consumatore delle parte debole di alcuni rapporti contrattuali viene affermata, con riferimento ai contratti di assicurazione, da F. POCAR, *Conflitti di legge e di giurisdizione in materia di assicurazione nella Comunità Economica Europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1987, p. 428.



al riguardo è costituita dalla compensazione pagabile in caso di cancellazione, che può essere esclusa dal vettore dimostrando che la cancellazione del volo è stata causata da «circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso». Così come prescindono (con la sola eccezione di cui si è appena detto) dalla valutazione in merito alla imputabilità dell'inadempimento, i rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004, ed in particolare la compensazione pecuniaria pagabile nelle ipotesi di negato imbarco e di cancellazione, prescindono anche dalla prova del danno; ed è ben noto quanto possano risultare problematiche la prova e la liquidazione del danno (patrimoniale e, ancor più, non patrimoniale) conseguente alle fattispecie contemplate dal Regolamento n. 261/2004.

I rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 risultano quindi difficilmente riconducibili allo schema classico delle norme in tema di responsabilità del vettore e di risarcimento pecuniario del danno da inadempimento. Nel sistema di tutela predisposto dal Regolamento n. 261/2004 la preferenza viene piuttosto accordata a strumenti, quali gli obblighi di riprotezione o di assistenza di cui agli artt. 8 e 9, definibili, secondo le categorie civilistiche, in termini di prestazioni sostitutive all'inadempimento o di risarcimento in forma specifica (25). Tali rimedi sono ritenuti più consoni alla natura dell'inadempimento, da un lato qualificabile in termini di «disagio e fastidio» e dall'altro statisticamente assai frequente e ormai quasi «fisiologico». In tale prospettiva, rimedi che, operando nell'immediatezza, consentano al passeggero di conseguire, sia pure in modo imperfetto (e cioè non del tutto conforme al programma contrattuale), le «utilità» oggetto del contratto sono risultati preferibili al risarcimento pecuniario, inevitabilmente destinato ad operare in un momento successivo.

Quanto alla compensazione pecuniaria pagabile nelle ipotesi di mancato imbarco e cancellazione, essa assolve indubbiamente

---

(25) Sulla natura dei rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 cfr. M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo*, cit., pp. 177 ss.; B. IZZI, *La tutela della persona nel caso di overbooking*, cit., pp. 228 ss.; in termini più generali, ma anche con specifico riferimento al Regolamento n. 295/91 in tema di overbooking ed alla Direttiva n. 90/314 in tema di pacchetti turistici, cfr. A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione Europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, p. 1037.

una funzione riparatoria e compensativa, assimilabile ad un risarcimento (forfetizzato) del danno, ma sembra difficile negare ad essa anche una funzione deterrente e sanzionatoria (26) o di strumento di coercizione indiretta all'adempimento.

11. *La sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006.*

Proprio a motivo delle caratteristiche appena delineate, i rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 dovrebbero, oltre a fornire una adeguata tutela individuale al passeggero vittima del negato imbarco, della cancellazione o del ritardo, costituire una spinta al miglioramento complessivo della qualità dei servizi (27). La effettiva idoneità degli strumenti previsti dal Regolamento a raggiungere tale obiettivo indiretto del miglioramento della qualità del servizio ha formato oggetto di due delle questioni sottoposte alla Corte di giustizia nell'ambito del già citato procedimento originato dall'azione instaurata di fronte alla High Court of Justice dalla IATA e dalla ELFAA (28). Le ricorrenti infatti censuravano la legittimità delle norme del Regolamento sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità, in quanto, da un lato, non idonee a ridurre il numero dei casi di cancellazione e ritardo e, dall'altro, eccessivamente onerose per i vettori aerei.

Nel respingere le censure, affermando così la piena legittimità delle norme in questione, la Corte precisa che l'obiettivo fondamentale del Regolamento, ampiamente esplicitato nel preambolo, è quello di «accrescere la tutela dei passeggeri». Pur non potendosi escludere l'esistenza di «obiettivi secondari», quale appunto quello di ridurre, a monte, il numero di cancellazioni, è rispetto a tale obiettivo principale che deve essere compiuta la valutazione di proporzionalità. A questo riguardo non sembra possano esservi dubbi in merito alla idoneità delle misure previste

---

(26) Si noti, invece, che l'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999 espressamente esclude la risarcibilità di «punitive, exemplary or any other non-compensatory damages».

(27) Cfr. a questo riguardo le osservazioni di M PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo*, cit., p. 157, secondo il quale «la risposta normativa ai disservizi ai danni dell'utente è una implicita ammissione che il regime della concorrenza non è stato in grado di assicurare la tutela del passeggero».

(28) Sentenza 10 gennaio 2006 in causa C-244/04, cit. alla nota 19.

dal Regolamento a migliorare sensibilmente il livello di tutela del passeggero.

L'esigenza di proporzionalità è inoltre soddisfatta dalla graduazione dei rimedi previsti dal Regolamento in funzione delle circostanze (durata del ritardo, preavviso alla cancellazione) e della esclusione della compensazione pecuniaria quando la cancellazione sia dovuta a forza maggiore. Il rispetto del principio di proporzionalità non richiede invece che i rimedi previsti dal Regolamento siano proporzionati al prezzo del biglietto; il disagio sofferto dal passeggero (la cui riparazione costituisce, come visto, scopo fondamentale delle norme in questione) non cambia affatto a seconda della somma pagata per il biglietto.

Quanto agli oneri sopportati dalle compagnie aeree, la Corte, da un lato, sottolinea la mancanza di dati certi ed attendibili e, dall'altro, rileva che l'art. 13 del Regolamento consente al vettore aereo di ridurre tali oneri mediante la rivalsa nei confronti di soggetti terzi eventualmente responsabili della cancellazione o del ritardo.

12. *La «effettività» dei rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 a favore dei passeggeri.*

Un ulteriore ordine di considerazioni attiene alla «effettività» dei rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004. Tale effettività viene perseguita con diversi mezzi.

In primo luogo, rafforzando gli obblighi di informazione posti a carico del vettore aereo (29). A differenza di quelli previsti dalla Convenzione di Montreal del 1999 o dai Regolamenti n. 2027/97 e 889/2002 (30), gli obblighi di informazione previsti dal Regolamento n. 261/2004 non ineriscono alla fase pre-contrattuale o al contenuto minimo obbligatorio del documento di trasporto, ma si situano invece nella fase del verificarsi della «patologia» del contratto. L'art. 14 del Regolamento n. 261/2004 impone infatti al vettore aereo (i) di far affiggere nella zona di registrazione un avviso che inviti i passeggeri, in caso di negato im-

---

(29) In argomento cfr. M. FRAGOLA, *Prime note sul Regolamento CE n. 261/2004*, cit., p. 135 e M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo*, cit., p. 164.

(30) Sugli obblighi di informazione previsti dai Regolamenti n. 2027/97 e 889/2002 cfr. M.S. SCARDIGNO, *La tutela del passeggero nel trasporto aereo alla luce di nuovi orientamenti comunitari*, in *Contr. imp. Eur.* 2002 p. 1018 ss.

barco, cancellazione o ritardo, a rivolgersi al banco accettazione o alla porta di imbarco per ottenere un testo che enumeri i diritti ad essi spettanti, (ii) a fornire ai passeggeri, in caso di negato imbarco, cancellazione o ritardo, un testo scritto contenente le regole in materia di compensazione e assistenza (31). La immediata disponibilità di informazioni in merito ai diritti spettanti ai passeggeri, nel momento stesso in cui sorgono i presupposti per azionare tali diritti (e non in un formulario letto frettolosamente o completato distrattamente al momento della conclusione del contratto), rende assai più agevole (e quindi assai più probabile) che i diritti in questione vengano concretamente esercitati.

In secondo luogo, i rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 hanno carattere di automaticità; le prestazioni (pecuniarie e non) poste a carico del vettore aereo devono essere fornite immediatamente, prescindendo da qualsiasi accertamento giudiziale. Viene così evitata la fase contenziosa (o pre-contenziosa), tipica invece delle normative in tema di responsabilità del vettore e del connesso risarcimento del danno, la cui durata ed i cui costi, spesso sproporzionati all'entità del danno, sono (oltre che una «diseconomia» del sistema) un forte disincentivo per il passeggero a far valere i propri diritti (32).

Considerazioni analoghe inducono la Corte di giustizia (nella già citata sentenza del 10 gennaio 2006) ad escludere, nell'ambito della valutazione di proporzionalità, che assicurazioni volontarie stipulate da passeggeri possano costituire valide alternative ai rimedi previsti dal Regolamento; anche in questo caso infatti mancherebbe la immediatezza della tutela apprestata in loco.

In ultima istanza, la «effettività» del sistema di rimedi previsti dal Regolamento n. 261/2004 è affidata dal Regolamento

---

(31) Va altresì ricordato che, in aggiunta alla imposizione di obblighi di informazione a carico dei vettori aerei con i Regolamenti n. 261/2004 e n. 889/2002, l'Unione Europea ha pubblicato una «Carta dei diritti dei passeggeri», avviando una campagna di informazione al riguardo. La Carta espone sinteticamente i diritti spettanti ai passeggeri in relazione a (i) mancato imbarco, cancellazione e ritardo (Reg. n. 261/2004), (ii) responsabilità del vettore per danni alla persona, perdita o danneggiamento del bagaglio e ritardo (Reg. n. 889/2002), (iii) mancata o difettosa esecuzione di servizi compresi in pacchetti turistici (Dir. 90/314). Per un sintetico commento cfr. I. PALANDRI, *Carta dei diritti dei passeggeri del trasporto aereo. L'Unione europea rafforza la tutela dei viaggiatori*, in *Dir. turismo* 2005, p. 163.

(32) Sulla rilevanza dei costi di transazione rispetto a «small claims» (come sono normalmente quelli relativi alle fattispecie di cui al Regolamento n. 261/2004) cfr. B. IZZI, *La tutela della persona nel caso di overbooking*, cit., p. 227.

stesso agli Stati membri. L'art. 16 del Regolamento impone infatti agli Stati di designare un organismo responsabile dell'applicazione del Regolamento, che adotti «tutte le misure necessarie per garantire che siano rispettati i diritti dei passeggeri»(33). Tra tali «misure» rientrano anche «sanzioni» che gli Stati membri devono stabilire per le violazioni del Regolamento; la natura e l'entità di tali sanzioni non viene precisata e l'art. 16 del Regolamento si limita a disporre che esse siano «effettive, proporzionate e dissuasive»(34).

---

(33) In argomento cfr. M. FRAGOLA, *Prime note sul Regolamento CE n. 2617/2002*, cit., p. 134 e M. PIRAS, *Il rifiuto di trasportare e il ritardo del vettore aereo*, cit., p. 165.

(34) Pur l'Italia, le sanzioni previste dall'art. 16 del Regolamento sono state introdotte con il d.lgs. n. 69/2006.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Sezione I; 13 ottobre 2005, procedimento C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* (\*).

**Appalti pubblici - Appalti pubblici di servizi - Affidamento gestione di un parcheggio pubblico a pagamento - Concessione pubblico servizio - Direttiva 92/50/CEE - Non vi rientra - Concessione di pubblici servizi - Affidamento a società per azioni - Caso di specie - Gara - Necessità.**

*L'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (1).*

*Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente (2).*

### **(1-2) Nota alla sentenza *Parking Brixen*: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di *in house providing***

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Introduzione al concetto di *in house providing*: la sentenza *Teckal*. — 3. La sentenza *Stadt Halle*. — 4. La sentenza *Coname*. — 5. La causa *Parking Brixen* nelle conclusioni dell'Avvocato generale. — 6. La sentenza della Corte di giustizia. — 7. Conclusioni.

#### 1. Premessa.

L'anno 2005 sarà probabilmente ricordato, tra l'altro, come l'*annus horribilis* del concetto di *in house providing* quale era inteso sino a pochi mesi fa.

---

(\*) La motivazione della sentenza è pubblicata per esteso nel fascicolo n. 6/05 di questa *Rivista*.

La sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005(1) non è infatti che l'ultima della serie di recenti pronunce con le quali la Corte di giustizia delle Comunità europee ha chiarito, a più di un lustro dalla sentenza *Teckal*(2), che cosa sia l'*in house providing*, interpretando questa nozione in modo restrittivo.

Se già la sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*(3) (di seguito *Stadt Halle*) aveva fatto trasalire molti commentatori, mettendo dei limiti ben severi all'uso fatto dalle amministrazioni aggiudicatrici di questo strumento e dei partenariati pubblico privati in generale(4), la sentenza *Parking Brixen* ha chiarito che nemmeno quando le amministrazioni aggiudicatrici siano proprietarie al 100% della società asseritamente *in house* può dedursi in modo automatico che ricorre un caso di *in house providing* e che quindi un affidamento diretto è legittimo.

La Corte ha affermato che quando la società abbia un'anima commerciale o goda di un'ampia autonomia gestionale è parimenti escluso che si possa parlare di società *in house*.

La sentenza *Coname* (5), pronunciata nel luglio del 2005, aveva nel frattempo fatto comprendere come il criterio interpretativo che la Corte intendeva adottare fosse diretto a restringere lo spazio riservato a quegli affidamenti che di fatto sottraggono alla libera concorrenza tra gli operatori del mercato una parte importante delle commesse pubbliche(6).

---

(1) Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Raccolta* 2005, p. I-8612.

(2) Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999 nella causa C-107/98, *Teckal*, *Raccolta* 1999, p. I-8121.

(3) Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee dell'11 gennaio 2005, nella causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, *Raccolta* 2005, p. I-1. Si veda per un commento V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in questa *Rivista*, 2005, p. 1004-1023, nonché l'analisi critica condotta da S. FERRANDO, *Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria dell'investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica Amministrazione*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1/2005, p. 167-186.

(4) Va precisato che la sentenza *Stadt Halle* intende riferirsi in modo specifico ai partenariati pubblico privati di tipo istituzionale, quelli cioè nei quali la collaborazione tra pubblico e privato si sviluppa in seno a un soggetto giuridico costituito all'uopo. Categoria differente è quella dei partenariati di tipo contrattuale, quelli cioè nei quali questa collaborazione si svolge sulla base di una disciplina di tipo convenzionale, spesso di tipo consensuale. Questa distinzione emerge dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativo ai partenariati pubblico-privato e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 15 novembre 2005, COM(2005)569 final. Su tale documento si veda anche *infra* la nota n. 25.

(5) Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 21 luglio 2005 nella causa C-231/03, *Coname*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

(6) Per completezza, va messo in rilievo che, successivamente alla pronuncia della sentenza *Parking Brixen*, la Corte ha pronunciato, in data 10 novembre 2005, la sentenza nella causa C-29/04, *Commissione | Repubblica d'Austria*. Questa sentenza,

Finalità di questa nota è di dare conto del contenuto della sentenza *Parking Brixen* evidenziandone i passaggi più interessanti.

Un breve resoconto del dibattito precedente a questa pronuncia in materia di *in house providing* sembra però un passaggio ineludibile per cogliere lo sviluppo della giurisprudenza della Corte e giungere, nella parte conclusiva, ad esprimere alcune brevi considerazioni sul tema (7).

## 2. *Introduzione al concetto di in house providing: la sentenza Teckal.*

Ma che cos'è l'*in house providing*? La normativa comunitaria in materia di appalti prevede che una messa in concorrenza mediante procedura di evidenza pubblica debba essere svolta quando un'amministrazione aggiudicatrice affida a un soggetto distinto rispetto ad essa il compito di eseguire una determinata prestazione a suo favore, sia questa di forniture, servizi o lavori (8).

Detta disciplina non si applica quando l'amministrazione medesima provvede con risorse proprie a soddisfare i suoi bisogni oppure quando il soggetto che eroga questa prestazione è solo formalmente un soggetto distinto ma sostanzialmente non è altro che un'emanazione dell'ente pubblico controllante.

In passato si è ritenuto che l'*in house providing* potesse presentarsi in tre diverse forme:

1. l'amministrazione aggiudicatrice è titolare del 100% delle quote della società *in house*;

---

pur avendo come oggetto un preteso caso di *in house providing*, non ha introdotto elementi interpretativi di particolare novità richiamandosi in sostanza al principio di diritto stabilito dalla sentenza *Stadt Halle* e di cui si tratterà nel seguito del presente contributo.

(7) Per un esame del tema dell'*in house providing* sulla base della giurisprudenza della Corte sino al 2005 si veda G. GRECO, Nota a commento della sentenza *Arge* del 7 dicembre 2000 nella causa C-94/99, in questa *Rivista*, 2000, p. 1442-1469, G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. «affidamenti in house»*, in questa *Rivista*, p. 945-1005, M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in questa *Rivista*, 2004, p. 929-944.

(8) Volutamente non ci si sofferma sui limiti oggettivi e soggettivi dati per l'applicazione delle cosiddette «*direttive appalti*» e cioè le direttive 93/36/CEE per gli appalti di forniture, della 93/37/CEE per gli appalti di lavori, della 92/50/CEE per gli appalti di servizi e della direttiva 93/38/CEE per gli appalti nei cosiddetti *settori speciali* cioè relativi ai settori dell'acqua, dell'energia dei trasporti e delle telecomunicazioni. Al 31 gennaio 2006 è fissata la scadenza del termine di trasposizione delle nuove «*direttive appalti*»: la 2004/17/CE (appalti nei cosiddetti settori speciali cioè acqua, energia, trasporti e servizi postali) e la 2004/18/CE (appalti di lavori, forniture e servizi). A questi testi vanno affiancate le cosiddette «*direttive ricorsi*» che appunto definiscono il quadro giuridico che gli Stati Membri devono approntare per rendere effettiva la possibilità di ricorso nell'ambito delle procedure di appalto. Queste direttive sono la 89/665/CEE e la 92/13/CEE.



2. l'amministrazione aggiudicatrice detiene la maggioranza delle quote e la restante parte è nella titolarità di uno o più partner privati;

3. diverse amministrazioni aggiudicatrici detengono la totalità delle quote.

La sentenza *Teckal*, pronunciata dalla Corte il 18 novembre 1999, ha affermato il principio che di *in house* può parlarsi quando la società controllata, formalmente distinta dall'ente pubblico in quanto dotata di distinta personalità giuridica, è sostanzialmente un'emanazione di essa.

Furono enunciate in tale occasione le due condizioni che devono essere assolute da una società perché essa possa essere considerata *in house* (9).

La prima condizione è che l'ente pubblico eserciti sulla società *interna* un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». In pratica le due entità, pur distinte, devono essere in un rapporto di assoluta subordinazione gerarchica (10).

La seconda condizione è invece data dalla necessità che la medesima società controllata esegua la «parte più importante» della sua attività a beneficio dell'ente pubblico controllante (11).

Ponendo questa condizione, la Corte sembrava voler scoraggiare la costituzione di società pretesamente *in house* ma nella sostanza commerciali il cui fine non fosse di fare fronte ai bisogni di approvvigionamento dell'ente pubblico, ma di operare sul mercato come un qualsiasi operatore godendo di una posizione di privilegio data dalla possibilità di beneficiare di affidamenti diretti da parte dell'ente controllante, senza alcun confronto in regime di concorrenza con altri soggetti.

Se il secondo criterio enunciato nella sentenza *Teckal* poneva difficoltà interpretative relative, ben più irto di ostacoli è stato il percorso per giungere a chiarire quale sia il contenuto del primo criterio.

Quando può dirsi che un soggetto esercita nei confronti di un altro un controllo «analogo a quello esercitato sui propri servizi»? E come si caratterizza rispetto alle tre situazioni sopra descritte? (12).

---

(9) Non vengono qui commentate le prime sentenze nelle quali la Corte iniziò, abbozzandola, l'elaborazione del concetto di *in house providing*: si tratta della sentenza *Arnhem*, pronunciata il 10 novembre 1998 nella causa C-306/96, *Raccolta* I-5923 e della sentenza *RI.SAN* pronunciata il 9 settembre 1999 nella causa C-108/98, *Raccolta* p. I-5219. Si veda anche C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in questa *Rivista*, 2001, p. 495-529.

(10) Sentenza *Teckal*, punto 50.

(11) Sentenza *Teckal*, punto 50.

(12) Le difficoltà interpretative dei due «criteri *Teckal*» sono risultate immediatamente evidenti non solo agli interpreti ma anche agli stessi organi giurisdizionali comunitari. Sul punto basti leggere il punto 55 delle Conclusioni del 15 giugno 2000 dell'Avvocato Generale Philippe Léger nella causa C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, in *Raccolta* 2000, p. I-11037: «Si potrà rimpiangere la mancanza di precisione di cui risentono tali criteri. L'esistenza di un ente distinto è facile da concepire e da identificare, poiché basta accertare che l'operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella

La giurisprudenza della Corte dell'anno 2005 ha chiarito molti di questi aspetti.

3. *La sentenza Stadt Halle.*

La Corte si è trovata a doversi pronunciare su una domanda pregiudiziale proveniente dall'*Oberlandesgericht Naumburg*, organo giurisdizionale tedesco, che chiedeva: ove una società sia partecipata in modo assolutamente maggioritario da un ente pubblico, residuando comunque una partecipazione privata, può parlarsi di rapporto *in house*?

I giudici del Lussemburgo hanno risposto a questo quesito con la sentenza del 13 gennaio 2005 nella quale hanno affermato che, all'interno di una società mista, la partecipazione pubblica e quella privata perseguono fini tra loro disomogenei: nel primo caso si mira a realizzare obiettivi di interesse generale, nel secondo l'utile dell'investitore privato.

Per questa ragione, qualora entrambe le finalità convivano all'interno di una società, questa non potrà mai essere *in house* perché non può esservi da parte dell'ente pubblico un controllo totale, assoluto e ispirato al perseguimento di finalità esclusivamente pubbliche. La Corte sostiene che il socio privato e quindi il fine dell'investimento privato condiziona comunque lo svolgimento dell'attività della società e questo anche quando abbia proporzioni infime.

Quello che avviene è quindi una sorta di contaminazione: ove vi sia una presenza di investimento privato nella compagine societaria, una società non può beneficiare della legittima posizione di privilegio caratteristica dell'*in house providing*.

4. *La sentenza Coname.*

Nella sentenza *Coname* la Corte ha ribadito quanto già affermato nella sentenza *Stadt Halle*. Essa ha però evitato di rispondere a un importante quesito posto dal Tribunale Amministrativo della Lombardia e cioè come vada inquadrata nel contesto dell'*in house providing* una società che è partecipata da diversi soggetti, tutti pubblici.

Ci si chiedeva in particolare se la comune finalità pubblica perseguita dai titolari delle quote fosse sufficiente a integrare il primo crite-

---

dell'amministrazione aggiudicatrice. Per contro, non è semplice rendersi conto del grado di autonomia di cui l'ente dispone. La natura del controllo esercitato da un ente territoriale su un organismo giuridicamente distinto o il livello a partire dal quale si ha diritto di considerare che quest'ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica da cui dipende, in particolare, possono suscitare gravi incertezze».

rio *Teckal*, se potesse vedersi in una tale fattispecie una subordinazione assoluta della società a tutti gli enti pubblici titolari di quote.

A questo quesito la Corte non ha risposto, preferendo invece semplicemente richiamarsi alla sentenza *Stadt Halle*, in virtù dell'asserzione, non del tutto sostenuta dai fatti, che vi fosse nel preteso soggetto *in house* allora esaminato (13) una partecipazione azionaria privata che quindi, come sopra illustrato, escludeva la configurabilità di un caso di *in house providing* (14).

Rimane quindi ad oggi senza risposta da parte della Corte il quesito se una società costituita da più enti pubblici possa essere considerata o meno una società *in house* rispetto a tutti i soggetti titolari di quote.

La questione è di importanza capitale per l'interprete: si pensi, con riferimento alla realtà italiana, che sono proprio società con queste caratteristiche che nel nostro Paese solitamente gestiscono, ad esempio, la distribuzione dell'acqua, lo smaltimento dei rifiuti o, come nel caso della sentenza *Coname*, la gestione e manutenzione della rete per la conduzione del gas metano.

---

(13) Si trattava del Consorzio Aziende Metano (*Co.na.me*) al quale il comune di Cingia dé Botti aveva affidato il servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza del gas metano. Il consorzio *Co.na.me* era partecipato da quasi tutti i comuni della provincia di Cremona e tra questi dal comune di Cingia dé Botti, titolare dello 0,97% delle quote. Risulta altresì dal testo della sentenza (punto 26) che la società era semplicemente «*aperta, almeno in parte, al capitale privato*». Da una tale affermazione, e anche alla luce del dibattito in udienza, sembrerebbe che la compagine societaria fosse composta solamente da soggetti pubblici e che quindi la partecipazione di soggetti privati fosse solo un'eventualità. Cionondimeno la Corte, già al punto 28, si riferisce alla *Co.na.me* come a un soggetto «*a prevalente capitale pubblico*» che quindi, coerentemente con quanto affermato nella sentenza *Stadt Halle*, non può essere *in house*.

(14) Va d'altra parte messo in rilievo un altro aspetto interessante della sentenza *Coname* e cioè quanto in essa affermato a proposito dell'obbligo di adeguata pubblicità per gli appalti che non siano disciplinati dalle direttive comunitarie. Si ricorderà infatti come la sentenza *Telaustria e Telefonadress* (*infra* nota 13) avesse sancito che anche gli appalti pubblici che non sono disciplinati dalle direttive comunitarie devono rispettare gli obblighi di non discriminazione in base alla nazionalità e parità di trattamento sanciti dal Trattato: il rispetto di tali principi imponeva alle stazioni appaltanti un obbligo di trasparenza e quindi di «*adeguata pubblicità*» del loro bisogno di ottenere l'esecuzione di una determinata prestazione e ciò al fine di garantire il corretto sviluppo della concorrenza e il controllo sul rispetto delle procedure. Sul concetto di «*adeguata pubblicità*», in verità abbastanza vago, si sono interrogati per molto tempo gli interpreti. Nella sentenza *Coname* vi è un elemento nuovo e cioè viene prospettata la possibilità che in casi particolari, quali ad esempio un appalto pubblico di valore «*molto limitato*», esso non sia verosimilmente di interesse di fornitori stabiliti in uno Stato membro differente da quello in cui è stabilita l'amministrazione aggiudicatrice con l'effetto che viene ad elidersi la possibilità che siano lese le libertà garantite dal Trattato, in quanto sembrerebbe venir meno la dimensione transfrontaliera.

Il concetto di valore «*molto limitato*» di un appalto pubblico presenta connotati di vaghezza facili da rilevare, e ciò del resto in misura analoga all'«*adeguata pubblicità*». Per questa ragione è ben probabile che la Commissione pubblicherà sul punto una comunicazione interpretativa nel primo semestre del 2006.

5. *La causa Parking Brixen nelle conclusioni dell'Avvocato generale.*

La fattispecie esaminata in questa causa si riferiva all'affidamento diretto della gestione di un parcheggio decisa dal Comune di Bressanone a beneficio della società ASM Bressanone S.p.A., (di seguito ASM), società per azioni nata nell'ottobre del 2001 dalla trasformazione di un'azienda autonoma del Comune medesimo. Questa azienda, costituita a sua volta nel 1999, era dotata di personalità giuridica e di autonomia gestionale.

Nella fase di trasformazione e di redazione del nuovo statuto, l'oggetto sociale era stato ampliato ed erano state approntate una serie di regole dirette a disciplinare il funzionamento della S.p.A.

In particolare la società avrebbe potuto operare tanto sul piano locale quanto su quello nazionale e internazionale in numerosi settori, quali il rifornimento e lo smaltimento delle acque, la fornitura di calore e energia, la costruzione di strade, lo smaltimento di rifiuti, il trasporto di persone e di merci, nonché l'informatica e le telecomunicazioni. Oltre a ciò essa avrebbe potuto gestire parcheggi e autosili.

Quanto al funzionamento della società, il Consiglio di amministrazione sarebbe stato a norma di statuto nominato per la maggioranza dei suoi membri dal Comune di Bressanone, come i due terzi del Collegio sindacale.

Il Consiglio di amministrazione, pur soggetto a diverse restrizioni, avrebbe potuto compiere determinate operazioni in autonomia e in particolare rilasciare garanzie sino a un valore di 5.000.000 di Euro.

La trasformazione dell'azienda speciale in società per azioni aveva quindi portato con sé una serie di novità rilevanti.

Rispetto all'azienda speciale il nuovo soggetto avrebbe avuto una competenza territoriale molto più estesa, essendo essa precedentemente limitata al territorio comunale e alla cooperazione extraterritoriale con altre aziende.

Venivano ad essere incluse nell'oggetto sociale attività quali l'informatica e le telecomunicazioni.

Infine, il Consiglio di amministrazione nell'azienda speciale era nominato interamente dal Comune e doveva svolgere le sue attività nel rispetto degli obiettivi generali stabiliti dal Consiglio comunale<sup>(15)</sup>. Nella S.p.A. solo la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione sarebbe stata in ogni caso nominata dal Comune di Bressanone come i due terzi del Collegio sindacale e questo anche in caso di futura cessione di parte delle quote a privati.

---

(15) In tal senso si veda il punto 22 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott dell'1 marzo 2005.

È facile quindi rilevare un netto cambio di prospettiva e il nascere di una società dotata di strumenti idonei a perseguire finalità commerciali.

Il Tribunale Amministrativo Regionale, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano, pone alla Corte dei quesiti al fine di definire alcuni aspetti della fattispecie.

Quanto al rapporto si chiede, in primo luogo, di chiarire se un rapporto come quello tra Comune di Bressanone e ASM possa caratterizzarsi come una concessione di servizi o invece come un appalto di servizi.

L'attenzione si sposta poi sulla società affidataria del servizio di gestione del parcheggio: può una società di questo tipo essere considerata *in house* rispetto al comune di Bressanone e quindi ricevere in affidamento diretto l'incarico di gestire il parcheggio? Oppure essa non ha le caratteristiche per beneficiare di una tale posizione di privilegio e deve quindi partecipare a una procedura ad evidenza pubblica? Il dettato dell'art. 86 n. 1 del Trattato CE è in proposito molto chiaro: società pubbliche e concorrenti privati operano su un piano di parità; con l'eccezione di quanto disposto dal paragrafo n. 2 del medesimo articolo (16), le prime non possono essere privilegiate nei confronti delle seconde.

Non occorre soffermarsi lungamente sulla domanda pregiudiziale posta in relazione alla qualificazione del rapporto: l'Avvocato Generale Julianne Kokott ritiene che ricorre il tratto caratterizzante di una concessione di servizi e cioè che la remunerazione del concessionario consiste «*nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione*» (17).

---

(16) Art. 86 del Trattato: «1. Gli Stati Membri non emanano né mantengono, nei confronti 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.

2. 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.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati Membri, opportune direttive e decisioni.»

Sulla portata dell'art. 86 in rapporto all'*in house providing* nello specifico ambito dei servizi di interesse economico generale si veda il *Libro verde sui servizi di interesse generale* della Commissione europea del 21 maggio 2003, COM(2003)270 definitivo, in particolare il paragrafo 80. Sulla nozione e sull'applicazione nel diritto italiano del concetto di contratto di servizio si veda M. Capantini, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in questa *Rivista*, 2004, p. 801-821.

(17) Tale definizione è tratta dalla sentenza della Corte del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress, Raccolta* pag. I-10475, punto 58. Una definizione si trova anche all'art. 1 n. 4 della direttiva 2004/18/CE: la «*concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato a un prezzo*».

Ben più articolata è la risposta ai quesiti relativi alla presunta società *in house*.

Si è visto come il caso di specie riguardasse una concessione di servizi che, in quanto tale, non è disciplinata dalle cosiddette *direttive appalti* ma deve comunque rispettare i principi del Trattato come chiarito dalla celeberrima sentenza *Telaustria e Telefonadress* (18).

Resta da chiarire se ricorresse una giustificazione perché i soggetti, in virtù del legame tra loro esistente, venissero esonerati dall'applicazione delle norme comunitarie di rango primario e in particolare del divieto di discriminazione in base alla nazionalità che si traduce in un obbligo positivo di accordare pari trattamento a tutti i soggetti interessati a una determinata prestazione messa in concorrenza. Un obbligo di trasparenza e quindi di adeguata pubblicità è sancito proprio perché sia verificabile il rispetto di tale precetto, rendendo conoscibili (e quindi impugnabili) eventuali decisioni discriminatorie da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Il quesito che l'Avvocato Generale si pone è se siano assolti i due criteri *Teckal* e se quindi la società possa essere considerata *in house*.

Il primo criterio *Teckal*: il controllo esercitato dal Comune di Bressanone sulla ASM è assimilabile «a quello da esso esercitato sui propri servizi»?

Sul punto l'Avvocato Generale argomenta partendo dalla sentenza *Stadt Halle* e mettendo in evidenza come sia previsto dalla legge italiana (d.lgs 267/2000 (19)) un obbligo di privatizzazione entro un termine di due anni dalla trasformazione dell'azienda speciale in società per azioni. Tale obbligo configura già quella contaminazione tra interesse pubblico e interesse privato che era servito alla Corte per escludere che ricorresse un caso di *in house* nella causa *Stadt Halle*? La certezza del diritto porta il magistrato comunitario a negare che la futura privatizzazione possa valere ad escludere la subordinazione organica caratteristica del primo criterio *Teckal*: fino a quando la società non verrà privatizzata non può escludersi la possibilità che la società controllante possa evitare legittimamente di ricorrere alla messa in concorrenza (20).

Riguardo invece agli ampi margini di autonomia accordati dallo statuto della ASM alla società medesima, l'Avvocato Generale fornisce una personale interpretazione del primo criterio *Teckal* di grande interesse: essa afferma infatti che, nel verificare se vi sia un controllo «*analogo a quello esercitato sui propri servizi*», non può essere preso come punto riferimento solo l'aspetto formale ma va accertato se esso consti in concreto.

---

(18) Sentenza *Telaustria e Telefonadress* cit. punti 60-62.

(19) Sulle vicende che hanno caratterizzato l'applicazione e l'evoluzione del d.lgs. 267/2000 si veda V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in questa *Rivista*, 2005, p. 1004-1023.

(20) Conclusioni dell'Avvocato Generale, punto 62.

Non è quindi indispensabile che l'ente pubblico abbia le medesime possibilità giuridiche di controllo sulla società pretesamente *in house* e sui propri servizi, ma rileva invece sino a che punto esso sia effettivamente in grado di condizionarne le scelte. Quindi, ove vi sia un controllo al 100% delle quote da parte dell'ente pubblico e conseguentemente non vi sia commistione tra interesse privato e interesse pubblico nel perseguimento dei fini, la società potrà essere considerata *in house* a patto che in seno ad essa l'ente pubblico controllante «*sia concretamente in grado di realizzare gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico*» (21).

Esaurito il commento del primo criterio *Teckal*, l'Avvocato Generale si trova a dover verificar l'assolvimento del secondo criterio *Teckal* e cioè se l'attività svolta dalla ASM sia in prevalenza a beneficio del suo azionista pubblico.

Potrebbe far propendere per una risposta negativa la varietà della tipologia di attività che può essere svolta dalla ASM secondo lo statuto oltre che l'ambito territoriale, non limitato al Comune di Bressanone o alla provincia di Bolzano, ma esteso invece ad un contesto nazionale ed internazionale.

Anche in questo caso però l'Avvocato Generale ritiene che non siano questi elementi decisivi per valutare se di società *in house* trattasi.

L'ampiezza dell'oggetto sociale può infatti corrispondere a una volontà di procedere a un successivo ampliamento della gamma di servizi senza che si renda necessaria una modifica dello statuto e quindi non è un elemento decisivo, essendo diverso lo *status quo* al momento della formulazione della domanda pregiudiziale.

Parimenti non decisiva è l'ampia competenza territoriale che non può escludere che in realtà l'attività della società sia svolta in prevalenza per il Comune di Bressanone (22).

Secondo l'Avvocato Generale quindi la ASM può effettivamente essere considerata una società *in house* del Comune di Bolzano ed è legittimo l'affidamento diretto ad essa della concessione di servizi avente ad oggetto la gestione di un parcheggio.

#### 6. *La sentenza della Corte di giustizia.*

Sul fatto che la Corte concordasse con l'Avvocato generale riguardo alla qualificazione giuridica del rapporto oggetto di esame sembravano esservi pochi dubbi e infatti così è stato: i giudici del Lussemburgo hanno confermato che si tratta di una concessione di servizi.

---

(21) Conclusioni Avvocato Generale punto 72.

(22) Conclusioni dell'Avvocato Generale punto 85.

Molto attesa era invece la decisione della Corte sulla legittimità dell'affidamento diretto della concessione a una società con le caratteristiche della ASM.

La Corte ha evidenziato come i principi stabiliti dal Trattato trovano applicazione a una concessione di servizi salvo che non ricorra un caso di rapporto *in house* tra il comune di Bressanone e la società affidataria (23). In questo caso non troverebbero applicazione gli articoli 12, 43 e 49 del Trattato perché i due soggetti parti del rapporto, seppur formalmente distinti, sarebbero nella sostanza riconducibili a uno solo di essi e cioè al comune controllante.

Visto che però una tale situazione si caratterizza come eccezione rispetto alla regola generale, il ricorrere dei presupposti fissati nella sentenza *Teckal* va verificato con un criterio restrittivo.

Già l'esame alla luce del primo criterio *Teckal* chiarisce i termini della questione.

Il controllo del comune di Bressanone sulla ASM è analogo a quello esercitato dall'ente territoriale medesimo su un proprio servizio?

La Corte riflette sulla evoluzione avuta dalla ASM nella trasformazione da azienda speciale a società per azioni e osserva come essa abbia comportato l'acquisto di una vocazione commerciale da parte della società controllata.

Questa affermazione è avvalorata a giudizio della Corte da una serie di elementi:

- la forma giuridica assunta dalla ASM e cioè quella di una S.p.A. la cui natura testimonia una vocazione commerciale;
- l'ampliamento dell'oggetto sociale ad attività, quali l'informatica e le telecomunicazioni, prima non comprese;
- l'apertura, certa nell'*an*, a capitali privati;
- la possibilità di svolgere l'attività non solo nel comune di Bressanone o nell'ambito comunque locale ma in tutta Italia e anche all'estero;
- gli estesi poteri del Consiglio di amministrazione apparentemente libero, a parere della Corte, da ogni controllo da parte del Comune.

In particolare, a proposito dei poteri del Consiglio di amministrazione, va osservato che esso è autorizzato a compiere tutti gli atti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, può rilasciare garanzie fino al considerevole importo di 5.000.000 di Euro e realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci.

---

(23) La difesa della ASM invocava anche il fatto che i principi del diritto comunitario non potessero trovare applicazione in virtù del fatto che la situazione oggetto di esame era puramente interna, essendo tutti italiani i soggetti coinvolti. La Corte ha respinto questa argomentazione sostenendo che ciò non escludeva una possibile lesione della concorrenza a detrimento delle imprese straniere.



La Corte infine osserva che dall'ordinanza di rinvio emerge come il medesimo organo direttivo goda di una autonomia ampia anche alla luce del fatto che il comune non dispone che degli ordinari strumenti del diritto societario per esercitare il proprio controllo.

Le conclusioni che traggono i giudici del Lussemburgo sono consequenziali: non occorre nemmeno esaminare la fattispecie alla luce del secondo criterio *Teckal* perché la spiccata vocazione commerciale della ASM e gli elementi sopra evidenziati fanno escludere che su di essa il comune di Bressanone eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Conseguentemente di *in house* non si può parlare e la concessione di servizi relativa alla gestione del parcheggio non poteva essere oggetto di un affidamento diretto, bensì doveva avvenire nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza e quindi dandole pubblicità e mettendola in concorrenza.

## 7. Conclusioni.

La sentenza *Parking Brixen* è stata accolta da molti commentatori come un autentico cataclisma foriero di difficoltà per le pubbliche amministrazioni europee. In alcuni casi è sembrato che si volesse velatamente rimproverare alla Corte di aver voluto stravolgere lo *status quo* senza tentare un approccio più mediato alla questione che permettesse agli Stati membri di conformarsi alla nuova pronuncia evitando interventi drastici.

Una tale interpretazione non sembra condivisibile.

La Corte di giustizia nella sentenza *Teckal* aveva stabilito dei criteri per l'individuazione dei casi in cui fosse legittimo parlare di *in house providing*. Questi criteri avevano effettivamente nella scarsa chiarezza il loro punto debole in quanto imponevano uno sforzo interpretativo, privo di solidi punti di riferimento.

In tale fase si è perso di vista il principio generale in base al quale le eccezioni all'applicazione della norma generale della messa in concorrenza delle commesse pubbliche vanno interpretate in modo restrittivo e si è invece analizzata la norma con un criterio estensivo.

Ciò ha comportato l'avverarsi del timore manifestato dall'Avvocato Generale Georges Cosmas nelle sue conclusioni nella causa *Teckal* e cioè che, ove fosse stata adottata una nozione ampia di *in house*, ciò sarebbe equivalso all'apertura degli *otri di Eolo* con un grave *vulnus* alla logica stessa della disciplina degli appalti pubblici (24).

---

(24) «Se ammettiamo la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la forniture»

All'interpretazione estensiva dell'*in house* ha posto fine la Corte di giustizia con le sentenze degli ultimi mesi.

Un soggetto può essere *in house* quando esso è al 100% partecipato da un ente pubblico. Ma non basta. Esso deve conservare la dimensione di ente strumentale e quindi non può godere di alcun margine di autonomia che non sia strettamente essenziale al suo funzionamento né può avere statutariamente uno spirito commerciale che non sia coerente con il fine di assecondare l'ente controllante nel perseguimento di un oggetto che è essenzialmente pubblico.

La Corte, una volta di più, ha distinto in modo chiaro tra soggetti pubblici che perseguono l'interesse pubblico e soggetti privati che invece ricercano il proprio utile. Non può essere una società *in house* né un soggetto che è partecipato tanto dall'investitore privato quanto dall'investitore pubblico, né un soggetto che formalmente è pubblico ma sostanzialmente, oltre a godere di un ampio margine di autonomia nei confronti dell'ente controllante, presenta le caratteristiche di un operatore commerciale privato.

Questo dibattito rappresenta una delle declinazioni della tematica del partenariato pubblico privato, recentemente approfondito dalla Commissione europea.

Nella recente comunicazione interpretativa (25), che ha fatto seguito alla consultazione avviata con il Libro Verde adottato il 30 aprile 2004 (26), la Commissione ha preso atto di come esistano vari aspetti

---

*tura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture». Conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas pronunciate il 29 giugno 1999, punto 65.*

(25) *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni relativa ai partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* infra nota n. 4. Per quanto attiene ai partenariati pubblico-privati (qui di seguito PPP), la riflessione della Commissione si articola sui due diversi schemi già individuati nel libro verde di seguito citato: i PPP di natura contrattuale e i PPP di natura istituzionale. Nel primo caso, la collaborazione tra socio privato e socio pubblico viene disciplinata da una convenzione che può avere forma di concessione, nel secondo, invece, essi costituiscono un nuovo soggetto giuridico del quale ciascuno detiene una certa partecipazione. È evidente come la sentenza *Stadt Halle* abbia portato nuovi importanti spunti di riflessione per quanto attiene ai PPP di natura istituzionale.

Sui partenariati pubblico-privati e in particolare sugli aspetti giurisdizionali nel diritto italiano si veda anche M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in questa *Rivista*, 2005, p. 167-212.

Su un altro caso di partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto, si veda G. FIDONE e B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. «prelazione» del promotore*, in questa *Rivista*, 2005, p. 949-972.

(26) Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* adottato il 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo. Va d'altra parte riportato come l'importanza

sui quali è opportuno fare chiarezza. I contributi portati da vari soggetti hanno evidenziato come l'applicazione del diritto comunitario a questi partenariati non sia ad oggi immune da errori interpretativi.

È per questa ragione che è stata annunciata per il 2006 l'adozione da parte della Commissione di una nuova comunicazione interpretativa che avrà come oggetto in particolare i partenariati pubblico privati di natura istituzionale, quelli cioè nei quali il socio pubblico e il socio privato danno vita insieme a un nuovo soggetto al fine di collaborare (27).

È fuori luogo speculare su quale sarà il contenuto di questo documento, certo è che l'approccio sarà rigoroso e ispirato alla giurisprudenza *Stadt Halle* e questo nonostante alcuni Stati membri abbiano chiaramente posto l'accento sulla opportunità che vi sia una rilettura maggiormente flessibile della tematica dell'*in house* (28).

Pare comunque che la Commissione disponga di solidi argomenti perché il suo intervento possa portare chiarezza in questo ambito.

Ci sarebbe piuttosto da chiedersi perché un tentativo non sia stato fatto prima. La sentenza *Teckal* è del 1999, ci si può quindi interrogare sul perché ci siano volute le recenti pronunce della Corte di giustizia prima che la Commissione ritenesse che fosse opportuna un'iniziativa chiarificatrice.

Sotto questo aspetto però del realismo si impone. Un intervento della Commissione a livello interpretativo diretto a restringere i casi di applicazione dell'*in house providing* non avrebbe avuto una base giuridica sufficientemente solida considerando la scarsa chiarezza spesso imputata alla sentenza *Teckal* e nel contempo le forti pressioni degli Stati membri per un approccio quanto più morbido possibile alla questione.

Le sentenze del 2005 hanno consentito di disporre di argomenti idonei a riportare l'*in house providing* nella sua vera dimensione, quella riservata a enti che devono essere al 100% partecipati da un ente pubblico e assolutamente strumentali ad esso. Residuano alcuni aspetti che necessitano di ulteriore chiarimento (ad esempio le società partecipate da più enti pubblici) ma è giusto rilevare come, parafrasando l'Avvocato Generale Cosmas, gli *otri di Eolo* dell'affidamento *in house*, nei quali si erano aperte delle vistose crepe negli ultimi anni, potranno ora essere richiusi (29).

MASSIMO BALDINATO

---

del tema dei partenariati pubblico privato fosse ben presente alla Commissione già nella Comunicazione dell'11 marzo 1998 *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM(98)143.

(27) L'utilizzo del partenariato pubblico privato nel Regno Unito presenta aspetti di grande interesse, in particolare per quanto attiene allo strumento del PFI (Public Finance Initiative). Sul punto si veda K. HARTLEY, *Problems of Using Partnering and Similar Private Sector Practice in the Public Sector Environment: The Example of PPPs/PFI*, in S. ARROWSMITH e M. TRYBUS, *Public Procurement The continuing Revolution*, Kluwer Law International 2003, p. 187-195.

(28) *Ibidem* p. 11.

(29) Cit. nota 24.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione V; sentenza 8 agosto 2005, n. 4207; *Admenta c. Federfarma*(\*).

**Giurisdizione nazionale - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - Giudici di ultima istanza - Quando sono obbligati.**

**Giurisdizione nazionale - Norma appositamente modificata con sentenza della Corte costituzionale in un'area della tutela dei diritti ad essa riservata - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - Non è consentito.**

*Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile, dovendosi ritenere che l'obbligo di rinvio venga meno quando l'applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla violazione da dare alla questione sollevata(1).*

*Non è consentito al giudice nazionale, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che la vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, prospettare alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata(2).*

## **Norme fondamentali del Trattato CE private dell'effetto diretto: la sentenza *Admenta***

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I fatti all'origine della controversia. — 2.1. Segue: la sentenza del Consiglio di Stato. — 3. L'efficacia diretta e il primato dei «principi» contenuti nel Trattato CE. — 4. L'obbligo del rinvio pregiudiziale *ex art. 234*, comma 3. — 4.1. Le deroghe all'obbligo di rinvio *ex art. 234*, comma 3. — 5. Limiti all'applicabilità della cd. teoria dei «contro-limiti». — 6. Un altro potenziale caso di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri? — 7. Conclusioni.

### 1. *Premessa.*

La sentenza in epigrafe(1) rappresenta un'anomalia di non poco conto nel quadro della più recente giurisprudenza amministrativa italiana che, seppure dopo qualche iniziale perplessità(2), sembrava oramai avere raggiunto un elevato livello di maturità e di sensibilità rispetto alle tematiche di rilievo comunitario(3).

---

(\*) La motivazione della sentenza è pubblicata per esteso nel fascicolo n. 6/05 di questa *Rivista*.

(1) Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto, n. 4207. Per un ulteriore commento alla sentenza v. A. BARONE, *Il Consiglio di Stato fra tutela dei diritti fondamentali e rispetto delle libertà comunitarie: applicazione della teoria dei controlimiti o decisione in (inconsapevole) controtendenza?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, in corso di pubblicazione.

(2) Cfr. M. FILIPPI, *La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario*, in questa *Rivista*, 1993, pp. 1181 e ss.

(3) Tuttavia per un ulteriore caso «anomalo» cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto, n. 4208.

L'effetto diretto delle norme comunitarie, i limiti al primato del diritto comunitario, nonché il dovere di collaborazione tra giudice nazionale e giudice comunitario, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, sono, infatti, principi cardine del sistema giuridico comunitario con i quali i giudici nazionali devono sempre più spesso rapportarsi.

Il caso in questione offre l'occasione per segnalare che, a distanza di più di quarant'anni dalle prime sentenze della Corte di Giustizia nelle quali si riconosceva l'effetto diretto di una norma del Trattato, si registrano ancora decisioni che mettono in dubbio o, peggio, escludono l'effetto diretto di norme fondamentali, come quelle che sanciscono la libertà di circolazione di beni, persone, servizi e capitali nel mercato comune.

## 2. *I fatti all'origine della controversia.*

La questione trae origine da un procedimento amministrativo con il quale il Comune di Milano, trasformando in società per azioni l'azienda municipalizzata che gestiva le farmacie comunali e decidendo di cedere l'80% del pacchetto azionario di questa società a privati, aveva affidato, in seguito a regolare gara, il controllo delle farmacie comunali all'Admenta Italia s.p.a, impresa controllata da un gruppo societario europeo che svolge, tra l'altro, attività nel settore della distribuzione dei farmaci.

L'aggiudicazione veniva impugnata dalla Federazione Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani dinanzi al TAR, prospettando, in particolare, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge n. 362 del 1991 (4) per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione. La norma in questione, infatti, prevedeva — per evitare la creazione di «canali preferenziali» nell'attività di vendita e distribuzione dei farmaci e quindi tutelare il diritto alla salute — l'incompatibilità tra la gestione societaria di farmacie private con qualsiasi tipo di attività nel campo della distribuzione, produzione, intermediazione ed informazione scientifica del farmaco, mentre nessun tipo di incompatibilità era contemplato a carico dei soggetti che gestivano farmacie comunali.

Giudicando la questione rilevante e non manifestamente infondata, il TAR rimetteva la causa alla Corte Costituzionale (5), che accoglieva il quesito ricordando come nel contesto di un quadro regolamentare volto ad eliminare qualsiasi forma di «conflitto d'interessi» (6), fosse ragionevole che alla norma in questione venisse attribuita una portata generale (7). La Consulta in particolare riconosceva che «la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute» (8).

(4) Legge 8 novembre 1991, n. 362, in *GURI*, 16 novembre 1991, n. 269.

(5) Sentenza della Corte costituzionale del 24 luglio 2003, n. 275.

(6) Cfr. par. 4 della sentenza della Corte cost.

(7) Cfr. par. 8 della sentenza della Corte cost.

(8) *Ibid.* par. 9.

La sentenza del TAR (9), applicando l'art. 8 della l. 362/91, così come integrato dalla pronuncia della Corte Costituzionale, affermava l'illegittimità della partecipazione dell'Admenta alla gara per l'aggiudicazione della gestione di farmacie comunali in quanto parte di un gruppo comunitario, non residente in Italia, cui fanno capo anche società che svolgono attività incompatibili ai sensi della sopravvenuta disciplina (10).

### 2.1. (Segue): *la sentenza del Consiglio di Stato.*

Dinanzi al Consiglio di Stato l'Admenta censurava la pronuncia del TAR, tra l'altro, sotto il profilo del contrasto della norma in questione, così come interpretata dal giudice di prime cure, con gli articoli 12, 43 e 56 del Trattato CE che sanciscono, rispettivamente, il principio di non discriminazione, la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (11).

La ricorrente richiedeva, inoltre, la sospensione della sentenza di primo grado in attesa dell'esito della procedura d'infrazione che la Commissione aveva aperto, ex art. 226 del Trattato CE, invitando il Governo italiano a presentare osservazioni in merito al presunto contrasto dell'art. 8 della legge n. 362/91 con gli articoli 43 e 56 del Trattato (12).

La sentenza del Consiglio di Stato rigettava tutte le censure dell'appellante: il giudice amministrativo, infatti, *in primis*, negava che le norme del Trattato CE invocate dalle parti fossero provviste di effetto diretto e, pertanto, capaci di giustificare la «disapplicazione» della normativa nazionale contrastante.

In secondo luogo, nella controversia in questione, il Consiglio di Stato non giudicava possibile, comunque, utilizzare il rimedio della cd. «interpretazione conforme» (13). Alla luce di questo principio, infatti, è richiesto al giudice nazionale di interpretare la normativa interna in maniera quanto più possibile «conforme» agli obiettivi delineati dal sistema comunitario. In mancanza di norme comunitarie direttamente applicabili, i giudici nazionali dovrebbero quantomeno garantire, attraverso la loro attività ermeneutica, l'effetto utile del diritto comunitario. Neppure questa soluzione veniva però accolta dal Consiglio

(9) Sentenza del TAR Lombardia, del 29 settembre 2004, n. 4195.

(10) Nella specie si trattava della GEHE AG con sede in Germania.

(11) Sentenza del Consiglio di Stato, 8 agosto 2005, n. 4207.

(12) Lettera di messa in mora del 16/03/2005, Bruxelles, 2004/4928, C(2005)762.

(13) Per un'analisi della giurisprudenza sull'interpretazione conforme v. sentenza del 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson et Kamann*, in *Racc.*, 1984, p. 1891; sentenza del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, p. I-4135; sentenza del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, p. I-3325; sentenza del 23 febbraio 1999, causa C-63/97, *BMW*, in *Racc.*, 1999, p. I-905; sentenza del 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a 244/98, *Oceano Grupo Editorial*, in *Racc.*, 2000, p. I-4941; sentenza del 23 ottobre 2003, causa C-408/01, *Adidas-Salomon*, in *Racc.*, 2003, p. I-12537; sentenza del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a 403/01, *Pfeiffer*, in *Racc.*, 2004, p. I-8835; sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2003, p. I-14637. Per un commento a quest'ultima sentenza v. O. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 262 e ss.; in generale sul tema v. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S.P. PANUNZIO E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, Milano, 2002, pp. 133 e ss.

di Stato, il quale, pur riconoscendo che in assenza di una norma comunitaria direttamente applicabile è possibile un'interpretazione della norma nazionale contestata in senso conforme ai principi del Trattato, negava l'utilizzazione di tale criterio sull'assunto che si sarebbe trattato, nella fattispecie, di un'interpretazione *contra legem*, come tale inammissibile. Infatti, «la norma inserita nell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991, non può che essere interpretata nel senso della incompatibilità del contemporaneo svolgimento delle due attività considerate, e la pretesa disapplicazione non rientrerebbe nel fenomeno della preferenza per la norma comunitaria, che non esiste, ma equivarrebbe ad una vera e propria abrogazione da parte del giudice, con disapplicazione della sentenza della Corte Costituzionale» (14).

In terzo luogo, il Consiglio di Stato rigettava anche la domanda avanzata dalla ricorrente, in via gradata, con la quale si chiedeva di rimettere la questione alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234, comma 3, del Trattato CE, al fine di ottenere una pronuncia interpretativa delle pertinenti norme del Trattato, agli articoli 12, 43 e 56, si da verificare la compatibilità della normativa italiana in questione. Il Collegio riteneva, infatti, che, sebbene giudice di ultima istanza e quindi «tenuto» al rinvio *ex art.* 234, comma 3, nella fattispecie in causa si versasse in una delle ipotesi «eccezionali» in cui è possibile derogare all'obbligo di rinvio (15).

Infine, nessuna rilevanza veniva attribuita alla circostanza che, parallelamente alla questione *de qua*, in sede comunitaria si stesse svolgendo una procedura, *ex art.* 226 CE, volta ad accertare, tra l'altro, la pretesa compatibilità tra la norma in questione, così come modificata dalla pronuncia della Corte Costituzionale, e gli articoli 43 e 56 del medesimo Trattato.

### 3. *L'efficacia diretta e il primato dei «principi» contenuti nel Trattato CE.*

I motivi di ricorso sembrano muovere da premesse consolidate, che la maggior parte della dottrina comunitarista non esiterebbe a definire addirittura scontate (16), quali l'effetto diretto degli artt. 12, 43 e 56 del Trattato e la con-

(14) Par. 3.3 sent. Consiglio di Stato, cit. Sul punto ci sembra possibile rilevare che il giudice amministrativo abbia qualche incertezza sulla distinzione tra effetto diretto ed interpretazione conforme. Infatti, sebbene nel caso in questione effettivamente si trattava di un caso d'interpretazione *contra legem* e, dunque, egli ha correttamente rifiutato questa soluzione, il criterio in esame non mira alla «disapplicazione» della norma nazionale bensì ad una sua applicazione «alla luce» di quanto previsto dalla disciplina comunitaria. Nel caso in esame, pertanto, non si è potuto procedere ad un'interpretazione conforme non perché, come sostenuto dal Consiglio, la norma comunitaria «non esisteva» ma piuttosto perché essa si poneva in diretto contrasto con quanto statuito a livello nazionale.

(15) Sul punto v. *infra* par. 4.1.

(16) V. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 167, secondo cui «l'effetto diretto dell'art. 25 non sorprende più nessuno, così come quello di altre norme che siano formulate allo stesso modo». Tuttavia, occorre ricordare che queste sono caratteristiche oramai riconosciute anche dalla lettura non comunitarista, cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2005. In particolare, con specifico riferimento al caso in esame, V. L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella di-*

seguinte non applicazione delle norme nazionali con essi contrastanti, in virtù del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno. Effetto diretto e primato sono, infatti, due caratteristiche fondamentali e complementari del diritto comunitario: non è possibile invocare la *primauté* di una norma comunitaria rispetto al diritto nazionale laddove questa non sia direttamente applicabile e, viceversa, il singolo non potrà giovare dell'effetto diretto di un atto comunitario se non si riconosce, allo stesso tempo, che questo debba prevalere sulle norme interne confliggenti.

Invero, il Consiglio di Stato nella sentenza in esame non mette in discussione la posizione accolta dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza *Granital*(17), con la quale si è riconosciuto, per la prima volta nell'ordinamento italiano(18), che i giudici nazionali in caso di contrasto tra norma comunitaria provvista di effetto diretto e norma nazionale debbano «disapplicare» quest'ultima e applicare la disciplina comunitaria.

Tuttavia la sentenza elude il problema in premessa negando che gli articoli 12, 43 e 56 siano norme provviste di effetto diretto e pertanto suscettibili di immediata applicazione da parte del giudice nazionale. Secondo il giudice amministrativo, infatti, nel caso in questione «l'ipotesi della «disapplicazione» non appare percorribile per difetto di una disciplina comunitaria direttamente applicabile»(19), essendo gli articoli in esame «principi generali» enunciati dal Trattato, la cui diretta applicazione da parte del giudice nazionale comporterebbe un «inammissibile stravolgimento della distinzione e della separazione tra le fondamentali potestà di creazione e applicazione del diritto»(20).

Il Consiglio di Stato, dunque, nella pronuncia in rassegna, sembra del tutto ignorare la ormai consolidata giurisprudenza comunitaria sull'effetto diretto(21), in forza della quale ogni norma comunitaria provvista dei caratteri della chiarezza e della precisione, la cui applicazione non è condizionata all'emanazione di ulteriori atti nazionali o comunitari, è provvista di effetto diretto e può quindi, fra l'altro, essere direttamente invocata dal singolo innanzi al giudice o all'autorità nazionale. Definire il divieto di discriminazione in base alla naziona-

---

*disciplina del provvedimento amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 39 e ss.

(17) Sentenza n. 170 del 1984. Per un approfondimento di questa giurisprudenza si rimanda a G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pp. 186 e ss. e alla bibliografia ivi citata.

(18) La Corte di giustizia delle Comunità Europee era, infatti, già pervenuta alla medesima conclusione nella sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, 1977, p. 629.

(19) Par. 3.3, sent. *Admenta*, cit.

(20) *Ibid.*

(21) Cfr. il *leading case Van Gend en Loos*, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, in *Racc.*, 1963, p. 1. I contributi della dottrina sull'argomento sono sterminati, tra i molti si rimanda a P. PESCATORE, *The Doctrine of «Direct Effect»: an Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, pp. 155 e ss.; A. BARAV, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1978, pp. 265 e ss.; P. CRAIG, *Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *European Law Review*, 1997, pp. 519 e ss.; S. PRECHAL, *Does direct effect still matter?*, in *CMLR 2000*, pp. 1047 e ss.; J.M. PRINSSEN (a cura di), *Direct effect: Rethinking a classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002.



lità, contenuto, tra l'altro, nelle norme che sanciscono la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali alla stregua di «principio generale» privo di effetto diretto e quasi come indicazione non vincolante appare senza dubbio errato. La giurisprudenza sull'effetto diretto (22) è nata proprio in relazione ad una norma del Trattato che sancisce una «libertà», nella specie l'art. 25 sulla libera circolazione delle merci, e alla stessa conclusione si è agevolmente pervenuti anche rispetto alle altre norme — tra cui appunto gli articoli 43 e 56 del Trattato — che realizzano e consolidano il mercato comune (23).

Considerazioni analoghe valgono per l'art. 12, il quale, sancendo uno dei principi cardine del sistema comunitario, ovvero il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, è senza alcun dubbio provvisto di effetto diretto (24). La circostanza che l'art. 12 sia compreso nella parte prima del Trattato CE intitolato appunto ai «principi» non può, infatti, ingannare il lettore avvertito sulla sua «forza» di norma direttamente applicabile (25).

Sulla giurisprudenza comunitaria in tema di effetto diretto non vi è tuttavia traccia nella sentenza in commento, la quale, nel definire una norma comunitaria provvista di effetto diretto, fa riferimento solo ad una non ben precisata «normativa di settore emessa dagli organi comunitari competenti» (26), limitandosi a relegare gli articoli 12, 43 e 56 a mere norme programmatiche.

#### 4. *L'obbligo del rinvio pregiudiziale ex art. 234, comma 3.*

Il Consiglio di Stato, poi, sebbene giudice di ultima istanza, ha rigettato la soluzione, richiesta in subordine dalla ricorrente, di rimettere la questione alla Corte di giustizia in virtù dell'art. 234, comma 3, CE.

(22) *Van Gend en Loos*, cit.

(23) In particolare per quel che concerne l'effetto diretto dell'art. 43 cfr. sentenza del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, in *Racc.*, 1974, p. 631; mentre in relazione all'art. 56 cfr. sentenza del 26 febbraio 1995, cause C-358/93 e C-416/93, *Bordessa*, in *Racc.*, 1995, p. I-361; sentenza del 14 dicembre 1995, C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Sanz de Lera*, in *Racc.*, 1995, p. I-4821. Occorre tuttavia precisare che in materia di libera circolazione dei capitali il riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme del Trattato è stato più travagliato; per un approfondimento sul punto si rimanda al commento di S. FORTUNATO-G. GODANO, *Art. 56*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004, pp. 416 e ss.

(24) Sull'applicazione diretta della norma in questione cfr. sentenza del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.*, 1989, p. 195, p.to 11; sentenza del 20 ottobre 1993, cause C-92/92 e 326/92, *Phil Collins*, in *Racc.*, 1993, p. I-5145, p.ti 34-35; sentenza del 30 giugno 2005, causa C-28/04, *Tod's*, non ancora in *Racc.*

(25) In particolare, dopo il Trattato di Maastricht gli obiettivi di natura non solo economica perseguiti dalla Comunità Europea hanno giustificato il ricorso diretto all'art. 12 per i cittadini comunitari in quanto tali, a prescindere dallo svolgimento di specifiche attività economiche (cfr. sentenza del 12 maggio 1998, C-85/96, *Martinez Sala*, in *Racc.*, 1998, p. 2724; sentenza 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast*, in *Racc.*, 2002, p. I-7091; sentenza del 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen*, in *Racc.*, 2004, p. I-9925). La Corte ha altresì precisato che possono invocare la parità di trattamento indipendentemente dalla nazionalità sia le persone fisiche sia le persone giuridiche (che è il caso che qui ci occupa), v. sentenza del 29 giugno 1999, C-172/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, 1999, p. I-3999.

(26) Par. 3.3 della sentenza.

Sul punto il Collegio ha riconosciuto che l'interpretazione di un principio generale del Trattato e dunque la contestuale verifica della compatibilità di questo principio con la disciplina nazionale è di competenza della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 (27). Tuttavia, al medesimo tempo, lo stesso giudice ha rammentato come la giurisprudenza comunitaria ha previsto delle deroghe all'obbligo di rinvio che incombe sui giudici di ultimo grado (28). In particolare, il Consiglio di Stato ricorda come la Corte di giustizia abbia statuito positivamente sulla possibilità per i giudici nazionali di non ricorrere al rinvio pregiudiziale ogni qualvolta la verifica sulla corretta interpretazione del diritto comunitario « si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio » (29). Accanto a questa eccezione, meglio conosciuta come teoria dell'«atto chiaro» (30), il Collegio ha sostenuto che anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato vi sia stata un'enucleazione « di ulteriori casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa » (31). Nel caso in questione si è fatto, poi, specifico riferimento ad una sentenza dello stesso Consiglio di Stato secondo cui « i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite) » (32).

(27) Cfr. par. 3.3.

(28) Oltre al caso *CILFIT*, sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, in *Racc.*, 1982, p. 3415, citato nella sentenza in commento, sui limiti all'obbligo di rinvio v. sentenza del 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal*, non ancora in *Racc.* e le annesse conclusioni dell'Avv. Gen. C. Stix-Hackl del 12 aprile 2005; sentenza del 6 dicembre 2005, causa C-461/03, *Gaston Schul Douane* e le conclusioni dell'Avv. Gen. Colomer, non ancora in *Racc.*; sentenza 27 marzo 1963, cause 28-30/62, *Da Costa*, in *Racc.*, 1963, p. 57; sentenza 20 novembre 1997, causa C-338/95, *Wiener*, in *Racc.*, 1997, p. I-6495; conclusioni dell'Avv. Gen. A. Tizzano del 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, in *Racc.*, 2002, p. 4841, anche in *Foro it.*, 2002, IV, p. 381, con nota di A. BARONE, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza*.

(29) *CILFIT*, causa C-283/91, cit., p.to 16.

(30) Per un approfondimento di questa dottrina « importata » dal sistema francese v. D. BLANCHET, *L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire: une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ?*, in *Rev. trim. dr. européen*, 2001, pp. 397 e ss.; E. D'ALESSANDRO, *Intorno alla « Théorie de l'acte clair »*, in *Giust. civ.*, 1997, pp. 1113 e ss.

(31) Par. 3.4. In realtà, (anche) su questo punto è possibile rilevare un errore del Consiglio di Stato giacché la giurisprudenza nazionale in forza della quale tenta di giustificare il mancato obbligo di rinvio non ha individuato casi « ulteriori » ma si è più semplicemente limitata ad applicare le condizioni riconosciute dalla giurisprudenza comunitaria, ovvero il fatto che la questione sia già stata oggetto di interpretazione in una controversia simile o non sia pertinente. Cfr. Cass. civ. sez. lav. 25 ottobre 2002, n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000, n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav. I febbraio 2000, n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999, n. 4564; 9 giugno 1998, n. 5673.

Per la giurisprudenza del Consiglio di Stato: sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6884; sez. IV, 19 giugno 2003, n. 3475; 31 maggio 2003, n. 3047; sez. VI, 4 ottobre 2002, n. 5255; 1 aprile 2000, n. 1885; sez. V, 23 aprile 1998, n. 478.

Peraltro, è da escludere che le deroghe ad una norma del Trattato possano essere enucleate da un giudice diverso da quello comunitario.

(32) Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 6884, 20 ottobre 2004.

In forza del requisito della «pertinenza»(33) il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, ha negato l'opportunità di un rinvio pregiudiziale, ritenendo la questione interpretativa sollevata dagli appellanti «irrelevante» ai fini della definizione della controversia. Un'eventuale pronuncia della Corte di giustizia sarebbe stata, infatti, secondo il giudice amministrativo, incapace di scalfire una norma di «matrice costituzionale» quale l'art. 8 della legge 362/91, così come modificato dalla sentenza additiva della Consulta. Il giudice nazionale ha ricordato, a tal proposito, come la Corte Costituzionale attraverso l'apposito strumento della sentenza additiva abbia, nel caso in questione, accertato e posto termine alla violazione degli articoli 3 e 32 della Costituzione, obbligando il giudice *a quo* e gli altri «operatori del diritto» ad osservare quella modifica al fine di evitare che il trattamento potenzialmente discriminatorio rispetto al settore privato e pregiudizievole per la salute dei cittadini, previsto dalla vecchia disciplina, potesse perpetrarsi.

In tal modo, il Consiglio di Stato si è ricollegato alla delicata materia dei diritti fondamentali ricordando che la Corte Costituzionale, nella citata sentenza *Granital*, pur riconoscendo il primato del diritto comunitario, si è riservata la competenza a statuire su eventuali conflitti delle norme comunitarie con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e con i diritti inalienabili della persona umana. In ragione di questa «riserva di competenza», secondo il Consiglio di Stato, un'eventuale pronuncia del giudice comunitario *ex art. 234* non avrebbe potuto avere seguito presso il giudice nazionale il cui margine di discrezionalità, nella fattispecie, sarebbe limitato dalla «barriera» innalzata dalla Corte Costituzionale per la salvaguardia del diritto alla salute (34).

#### 4.1. *Le deroghe all'obbligo di rinvio ex art. 234, comma 3.*

La posizione del Consiglio di Stato, così come sopra illustrata, solleva alcune perplessità.

In primo luogo, occorre rilevare come le deroghe all'obbligo di rinvio previsto dall'art. 234, comma terzo, rappresentino un tema ancora dibattuto (35)

---

(33) Sul punto, v. R. MONACO, *La pertinenza della questione posta alla Corte di giustizia europea secondo l'art. 177 del Trattato CEE*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. 4, Milano, 1993, pp. 693 e ss.

(34) Cfr. par. 3.4 della sentenza.

(35) Ne sono prova i recenti casi *Intermodal* e *Gaston Schul*, cit., in cui si discute in maniera controversa della possibilità o meno di superare la giurisprudenza *Cilfit* in favore di una maggiore autonomia dei giudici di ultima istanza di valutare la necessità di rimettere la questione al giudice comunitario, ai sensi dell'art. 234, comma 3.

In particolare, nella sentenza *Intermodal* è possibile rilevare come le condizioni della giurisprudenza *Cilfit* siano rimaste pressoché invariate malgrado la posizione più «progressista» espressa nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Stix-Hackle secondo cui «un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa più proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno non è automaticamente obbligato a sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale (...). Il giudice nazionale di ultima istanza può risolvere sotto la propria responsabilità la questione vertente sull'interpretazione della NC, qualora, malgrado il diverso parere dell'autorità doganale nazionale sia certo dell'esattezza della propria interpretazione. A tale scopo, esso deve tuttavia tenere conto delle caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e (...) matu-

che la pronuncia in epigrafe, viceversa, sembra affrontare in maniera piuttosto superficiale<sup>(36)</sup>. Vero è, infatti, che la Corte di giustizia ha riconosciuto anche al giudice nazionale di ultima istanza la possibilità di valutare la necessità di rinviare al giudice comunitario la questione *de qua*, ricordando che essa è pur sempre rimessa ad una valutazione che il giudice interno compie d'ufficio<sup>(37)</sup>. Tuttavia, proprio in quanto eccezione ad una norma fondamentale del sistema quale l'art. 234, tale deroga dovrebbe essere interpretata, o meglio utilizzata, in maniera restrittiva<sup>(38)</sup>. La Corte di giustizia, infatti, al fine di limitare il carico di lavoro derivante dall'incremento delle questioni pregiudiziali, ha introdotto alcuni elementi di flessibilità nel sistema di cui all'art. 234, comma terzo, consentendo al giudice nazionale di ultimo grado di effettuare autonomamente e preventivamente una valutazione sulla necessità di proporre rinvio<sup>(39)</sup>.

---

rare il convincimento che sulla scorta di tali elementi la stessa certezza con riferimento all'interpretazione si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri e alla Corte di Giustizia» (cfr. par. 128.1-2-3, corsivo aggiunto). Rigettando l'opinione espressa dall'Avvocato generale la Corte ha, infatti, confermato che sussiste l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza, salvo che non sia possibile constatare che la questione non è pertinente, che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, o che l'esatta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (cfr. par. 45).

(36) Sulla necessità, nonché i limiti, di una riforma dell'art. 234 CE, v. D. EDWARD, *Reform of article 234 procedure: the limits of the possible*, in *Judicial Review in European Union law*, O'KEEFFE-BAVASSO (editors), *Liber amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000, pp. 119 e ss. In particolare, sull'obbligo di rinvio l'Autore sostiene che il sistema giuridico comunitario ha raggiunto (almeno prima dell'allargamento) un livello di maturità tale da ritenere oramai non più necessario siffatto dovere e, pertanto, prospetta, non senza dubbi, l'introduzione di un sistema di controllo meno rigido come quello del «*pourvoi dans l'intérêt de la loi*».

Sulle ulteriori applicazioni ed eccezioni all'obbligo del rinvio nei casi di pregiudiziale comunitaria v. G. GAJA, *The growing variety of procedures concerning preliminary rulings*, in *Judicial Review in European Union law*, cit., p. 143.

(37) *CILFIT*, causa 283/81, cit. Più in generale, sull'atteggiamento della Corte di giustizia volto a favorire la libertà in capo ai giudici nazionali di effettuare un rinvio pregiudiziale v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.*, 1995, p. I-4599; sentenza 1 giugno 1999, causa C-126797, *Eco-Swiss*, in *Racc.*, 1999, p. I-3055. In dottrina sull'argomento si rimanda a L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 1, pp. 61 e ss.

(38) In questo senso l'Avvocato Gen. A. Tizzano nelle conclusioni al caso *Lyckeskog*, causa C-99/00, par. 64, cit. ricorda che «il principio dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza non è frutto di una scelta estemporanea della Corte, ma trova il suo preciso e formale fondamento direttamente nel Trattato e costituisce, per le sue finalità e per le sue implicazioni, uno dei principi fondamentali e più qualificanti, direi quasi un principio strutturale, dell'ordinamento giuridico comunitario. Inutile dire, quindi, che ogni eventuale deroga allo stesso deve essere di rigorosa interpretazione».

(39) Questa posizione è stata di recente ribadita nella Comunicazione della Corte di giustizia dell'11 giugno 2005, *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali*, in *GUUE*, 2005/C143/01, la quale sul punto ha ricordato che il giudice di ultima istanza è «in via di principio» obbligato a sottoporre alla Corte la questione, salvo i casi in cui l'interpretazione risulti chiara o esista già una giurisprudenza in materia (v. p.to 12). La condizione della «pertinenza» non viene considerata espressamente, tuttavia, poco dopo (v. p.to 18) nel chiarire «quando

La *ratio* di tale «elasticità» è discesa, tuttavia, da premesse totalmente opposte a quelle del caso in esame: in particolare la Corte con l'introduzione di siffatta deroga ha inteso scongiurare un «abuso» (40) del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale, completando così quel sistema di limitazioni già delineato con la giurisprudenza sulle condizioni di ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale (41).

Nel caso in esame, invece, il giudice nazionale sembra aver «abusato» dell'eccezione anziché della regola, derogando all'obbligo di rinvio in virtù della «irrelevanza» di un'eventuale pronuncia interpretativa della Corte di giustizia. Così facendo, ha finito con l'utilizzare la teoria dei «contro-limiti», fattispecie derogatoria non riconosciuta a livello comunitario, per sottrarsi ad un obbligo comunitario che, per l'importanza del suo scopo che è, fra l'altro, quello di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario nei diversi Stati membri, sembra poter acconsentire solo a limitazioni espressamente riconosciute dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tale «abuso» è rilevante poiché innesca gravi conseguenze sul piano della tutela delle posizioni giuridiche soggettive delle parti in causa le quali, nella fattispecie, sono state private di un mezzo di tutela giurisdizionale che, sebbene indiretto, è stato predisposto anche a loro vantaggio. A tale proposito sembra utile ricordare che funzione del rinvio pregiudiziale ed, in particolar modo, dell'obbligo in capo ai giudici di ultima istanza è non solo quella di assicurare l'applicazione uniforme del diritto comunitario ma altresì quella di garantire la corretta ed effettiva applicazione dello stesso nei singoli giudizi (42).

---

sottoporre una questione pregiudiziale» si fa riferimento al momento in cui il giudice nazionale constata la necessità di ottenere una pronuncia della Corte per emettere la sua decisione. Pertanto, riassumendo, allorquando una giurisdizione nazionale accerti che una pronuncia della Corte sia necessaria in quanto non esiste giurisprudenza consolidata sul punto, né risulta chiaro come interpretare la questione, essa dovrà rimettere gli atti al giudice comunitario. L'inciso «in via di principio», tuttavia, potrebbe suggerire che la Corte abbia voluto lasciare aperta una possibilità che «nella pratica» si affianchino ulteriori ipotesi in cui derogare all'obbligo di rinvio. Tuttavia ci sembra che, anche volendo ammettere nuove ipotesi in cui è possibile derogare all'obbligo di rinvio, queste debbano comunque essere individuate a livello comunitario e non nazionale.

(40) Così A. ARNULL, *The Use and Abuse of Article 177 EEC*, in *The Modern Law Review*, vol. 52, n. 5, 1989, pp. 622 e ss.

(41) Tra i limiti alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali la Corte ha individuato diverse ipotesi tra cui: le «controversie fittizie» e la non «sufficiente chiarezza» dei quesiti (sentenza dell'11 marzo 1980, causa 104/79, *Foglia C. Novello* (I), in *Racc.*, 1980, p. 745; sentenza del 16 dicembre 1981, causa 244/80, *Foglia c. Novello* (II), in *Racc.*, 1981, p. 3045); le questioni puramente ipotetiche (sentenza del 16 luglio 1992, causa C-83/91, *Mellicke*, in *Racc.*, 1992, p. I-4871); le domande non necessarie per la soluzione della causa (ordinanza del 16 maggio 1994, causa C-428/93, *Monin II*, in *Racc.*, 1994, p. I-1707); la carenza di motivazione (sentenza del 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320-a 322/90, *Telemarsicabruzzo*, in *Racc.*, 1993, p. I-393).

(42) In questo senso v. le conclusioni dell'Avv. Gen. A. TIZZANO al caso *Lyckeskog*, par. 69, cit. in cui afferma come la stessa Corte ha più volte ricordato che «il sistema del rinvio pregiudiziale costituisce la vera chiave di volta per la salvaguardia del sistema comunitario del diritto istituito dai trattati, perché ne tutela l'unità e gli consente di esplicare gli stessi effetti in tutta l'Unione, garantendo al tempo stesso l'effettiva tutela giurisdizionale dei privati».

Pertanto, nel caso in esame, il Consiglio di Stato sembra essere incorso in una viola-

5. *Limiti all'applicabilità della cd. teoria dei «contro-limiti».*

La riserva di competenza in caso di diritti fondamentali prevista dalla Corte Costituzionale nel caso *Granital* è stata oggetto di una certa attenzione da parte della dottrina, in particolare di diritto costituzionale, che sul tema ha elaborato la teoria cd. dei «contro-limiti» (43). Quest'ultima ha trovato accoglimento giacché nell'analisi del rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale la Corte Costituzionale, pur riconoscendo la *primauté* della norma comunitaria, non ha adottato l'approccio «monista» prospettato dalla Corte di giustizia, che si basa su una concezione integrata dei due ordinamenti (44), bensì quello «dualista» secondo cui i due sistemi — comunitario e nazionale — sebbene «necessariamente coordinati» rimangono «distinti ed autonomi». In questo modo la Corte ha giustificato le restrizioni della sovranità nazionale in favore dell'ordinamento comunitario sulla base dell'art. 11 della Costituzione, il quale, tuttavia, non consente limitazioni che vadano ad incidere sui principi supremi ovvero su norme costituzionali inderogabili quali la tutela dei diritti fondamentali (45). Così la Corte, pur aderendo al principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, è riuscita a conservare un ambito di competenze esclusive seppure attraverso una costruzione logico-giuridica per alcuni versi criticabile (46) e, soprattutto, di scarso valore pratico (47).

Questa deroga, infatti, è stata finora richiamata in casi rari e, peraltro, senza successo (48) e, ad ogni modo, sembra qui doveroso rilevare come essa sia

---

zione dell'obbligo di rinvio il che, come vedremo, solleva non pochi dubbi sul piano dell'effettiva possibilità per le parti di trovare nel giudizio una tutela utile e completa.

Per un'interpretazione del rinvio pregiudiziale come ulteriore tassello della tutela dei privati offerta dal sistema comunitario in dottrina v. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit. p. 292 e ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2005, p. 403 e ss..

(43) Sul tema cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.

(44) Cfr. *Simmenthal*, causa 106/77, cit.

(45) Sull'evoluzione di questa giurisprudenza v. E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. dir. int.*, 1990, pp. 372 e ss.; A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla «teoria» della separazione alla «prassi» dell'integrazione sistematica?*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1583 e ss.

(46) In questo senso v. F. DONATI, *op.cit.*, p. 192, il quale definisce il principio di separazione degli ordinamenti comunitario e nazionale come un «pretesto logico-formale (...) fonte delle contraddizioni riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale in materia».

(47) Sul punto cfr. R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA*, 2005, pp. 9 e ss.

(48) Sebbene invocata dinanzi alla Consulta, essa finora non ha mai — di fatto — trovato concreta applicazione. In particolare v. la sentenza della Corte costituzionale del 13 aprile 1989 n. 232 (*Fragd*), in cui la Corte non abbandona questa teoria ma senza dubbio la «ridimensiona» affermando che «l'ordinamento comunitario — come questa Corte ha riconosciuto nelle sentenze sopra ricordate e in altre numerose — prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli,

stata costruita come strumento di difesa dell'ordinamento nazionale affidato alla Corte Costituzionale e non anche agli altri giudici, sebbene di ultimo grado come il Consiglio di Stato. Nella sentenza in esame, invece, il giudice amministrativo sembra appropriarsene, procedendo egli stesso a delineare i «contro-limiti» all'applicazione diretta delle norme comunitarie, realizzando una comparazione di interessi che non gli spetta (49).

Si aggiunga poi che la teoria dei «contro-limiti» elaborata dalla nostra Corte Costituzionale muoveva da una *ratio* che alla luce dell'attuale stadio dello sviluppo e dell'integrazione europea sembra «destinata ad essere ridimensionata» (50). Ed infatti, siffatta teoria poteva trovare una qualche giustificazione e motivazione nella mancata previsione espressa della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario, sebbene fosse stato riconosciuto a partire dalla sentenza *Stauder* (51) che i diritti fondamentali «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza» (52). Tutta-

---

di cui il ricorso incidentale alla Corte di giustizia *ex art.* (234) del Trattato CEE, costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile» (par. 3.1).

(49) A nulla rileva, poi, che rispetto alla controversia in questione vi fosse già stata una pronuncia della Corte costituzionale. In questa sentenza, infatti, nessun riferimento è stato fatto ai profili di rilievo comunitario, limitandosi la Consulta a statuire la fondatezza della questione sulla base di un quadro normativo di riferimento meramente nazionale (cfr. p.to 4 sentenza della Corte cost. n. 275/2003, cit.).

(50) In questo senso, v. M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Torino, 2003, p. 55.

(51) Sentenza del 12 novembre 1969, causa 29/69, in *Racc.*, 1969, p. 419, p.to 7. In senso conforme, v. anche la sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internazionale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1125 e la sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, in *Racc.*, 1974, p. 491.

(52) La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario è un tema complesso che, giustamente, ha attratto da sempre l'interesse della dottrina comunitaria e non solo. Non è questa certo la sede per affrontare un argomento così ampio, tuttavia per esigenze di completezza ci limitiamo qui a ricordare come anche la giurisprudenza comunitaria ha svolto un ruolo chiave nell'affermazione della tutela dei diritti fondamentali, sul punto si rimanda, *ex plurimis*, a G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, pp. 574 e ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. internaz. dei diritti dell'uomo*, 1992, pp. 426 e ss.; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, pp. 716 e ss.; B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam*, in *Scritti Mancini*, 1998, II, pp. 683 e ss.; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione Europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, pp. 149 e ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, Ass. Ital. Costituzionalisti, Atti Convegno Perugia 1999, Padova, 2000; A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità Eu-*

via dopo il Trattato di Maastricht, senza neppure «scomodare» la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea firmata a Nizza (53) ed ora inserita nel progetto di Trattato che istituisce la Costituzione Europea (54), nel sistema comunitario esiste una norma che espressamente impone all'Unione di rispettare i diritti fondamentali garantiti, *inter alia*, «dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (55).

Anche alla luce di tale evoluzione dell'ordinamento comunitario in relazione alla materia dei diritti fondamentali, appare pertanto a dir poco sorprendente la posizione del Consiglio di Stato che, nella sentenza in rassegna, sul punto perviene ad affermare come esso «non ignori la tendenza invalsa nel diritto comunitario, e nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, specie dopo la firma del Trattato di Nizza, ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione prettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte dalla storia della Comunità e ora dell'Unione. Non è controverso, tuttavia, che si tratti ancora di manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta tra i paesi membri, che però allo stato non hanno assunto un significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e delle loro prerogative costituzionali » (56).

Questa affermazione del Consiglio di Stato appare ancora più eccentrica se si considera che la stessa giurisdizione in altre occasioni non aveva ignorato che «il diritto comunitario trova la sua radice nelle tradizioni costituzionali comuni (art. 6 TUE), nel «patrimonio costituzionale europeo», per fondare autonome situazioni giuridiche soggettive, di rilevanza comunitaria, azionabili nei diversi fori» (57) e che «una volta pronunciata la Corte Costituzionale di uno Stato membro, non deve ritenersi improprio che lo scrutinio di una legge possa essere effettuato anche dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee, per verificare eventuali contrasti con il diritto comunitario» (58).

Pertanto, a nostro avviso, il riconoscimento a favore della Consulta del potere di intervenire ogni qualvolta sia in gioco la tutela di diritti fondamentali, come quelli previsti agli articoli 3 e 32 Cost., non valeva ad escludere la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in merito al bilanciamento

---

*ropee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in questa Rivista, 2003, pp. 1355 e ss.

(53) Cfr. AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. FERRARI, Milano, 2001; R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, pp. 882 e ss.; L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2001, pp. 37 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1873 e ss.; U. VILLANI, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1-2004, pp. 73 e ss.; C. ZANGHÌ, *Prime osservazioni sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. Coop. Giur. Int.*, 2001, pp. 12 e ss.

(54) Per questa si rimanda, per un contributo recente, a Benoit ROHMER, *Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 2-2005, pp. 261 e ss.

(55) Art. 6.2 del Trattato sull'Unione Europea.

(56) Par. 3.4, sentenza *Admenta*.

(57) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 19 aprile 2005, par. 4.13.

(58) *Ibid.*, par. 4.11.



del diritto alla salute, fattispecie sicuramente accolta tra i principi fondamentali riconosciuti anche a livello comunitario, rispetto alle libertà economiche di cui agli articoli 43, 56 e 12 del Trattato. La competenza della Corte di giustizia sul rispetto dei diritti fondamentali sussiste, infatti, non solo rispetto ad atti comunitari ed atti nazionali che danno attuazione al diritto comunitario ma, altresì, rispetto alle giustificazioni avanzate da uno Stato membro per legittimare una normativa nazionale altrimenti incompatibile con il diritto comunitario (59).

Una possibile soluzione avrebbe potuto essere quella della cd. «doppia pregiudiziale» (60): così sono stati definiti quei casi in cui il giudice comune si trova a dover risolvere questioni che necessitano di una pronuncia interpretativa o di validità della Corte di giustizia e, al medesimo tempo, sollevano problemi di legittimità costituzionale, come tali di competenza della Consulta.

Il caso che ci occupa bene dimostra come queste situazioni di apparente «sovrapposizione» delle norme siano ipotesi tutt'altro che remote. In particolare, la stessa Corte Costituzionale ha suggerito che ove sussistano dubbi interpretativi di duplice natura, il giudice *a quo* deve ricorrere prima alla Corte di giustizia, costituendo la pronuncia di quest'ultima una *condicio sine qua non* per sollevare la questione di legittimità costituzionale (61). Infatti, sia nei casi in cui il dubbio interpretativo risieda sulla verifica dell'effetto diretto delle norme comunitarie, sia nell'ipotesi (in caso di norme prive di efficacia diretta) di mera verifica di compatibilità tra norma interna e norma comunitaria, la competenza è della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234. Solo una volta chiarita la questione a livello comunitario il giudice costituzionale potrà intervenire utilmente (62).

La Corte di giustizia, come già detto, ha tra i suoi compiti quello di accertare che gli Stati membri, e per essi i giudici, non applichino in modo arbitrario

---

(59) Sembrava essere un dato ormai acquisito che «la Corte si riserva di valutare se e quando una disciplina nazionale «entra nel campo del diritto comunitario»: in tal caso essa, ove richiesta di una pronuncia pregiudiziale su una posizione costituzionalmente protetta nel diritto costituzionale interno che possa intersecare tematiche economiche, utilizza i principi per fornire al giudice nazionale supporti interpretativi sulla base dei quali costruire il bilanciamento interno, come nel celebre *Elleniki Radiophonia*» (così G. F. FERRARI, *i diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, G.F. FERRARI (a cura di), Milano, 2001, p. 97).

Infatti, nel caso *ERT* (sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, in *Racc.*, 1991, p. I-02925) è stato affermato che una normativa nazionale che violi norme fondamentali del Trattato può fruire delle eccezioni eventualmente previste solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la medesima Corte garantisce il rispetto. Per una pronuncia recente in questo senso v. sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, 2004, p. I-9609.

(60) Sul tema in dottrina v. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e nazionale*, in *Foro it.*, V, 1997, pp. 222 e ss.; CARTABIA WEILER, *op. cit.*, p. 194.

(61) Cfr. Corte costituzionale, ordinanze n. 536 del 1995 e n. 319 del 1996; posizione confermata di recente nelle ordinanze della Corte costituzionale del 20 aprile 2004 n. 125, 1 giugno 2004, n. 165, 14 marzo 2003 n. 62, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2299.

(62) Per un'analisi del «dialogo costruttivo» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, si veda G. TESAURO, *Community Law and National Courts an Italian Perspective*, in O'KEEFFE (editor), *Liber amicorum Slynn*, 2000, pp. 391 e ss.

e sproporzionato un diritto fondamentale sancito dal loro ordinamento interno al fine di eludere l'applicazione e il rispetto di fondamentali norme del Trattato. Il test di proporzionalità ampiamente utilizzato dalla Corte di giustizia (63) avrebbe consentito, anche in questo caso, di accertare se l'applicazione della norma nazionale a tutela del diritto alla salute fosse *a priori* davvero giustificata e non fosse viceversa necessario operare un attento bilanciamento con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Ricordiamo, infatti, che lo stesso diritto comunitario «autonomamente» riconosce che tutte le libertà economiche da esso sancite vengano meno di fronte a motivi imperativi di interesse generale o a diritti fondamentali come il diritto alla salute. Tuttavia le deroghe previste dal Trattato (64), nonché la stessa giurisprudenza comunitaria (65), richiedono che la loro applicazione avvenga, appunto, nel rispetto del principio di proporzionalità (66).

---

(63) In particolare vedi la *leading case*, sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Racc.*, 1995, p. I-4165, p.to 37, nel quale la Corte di giustizia ha elaborato la cd. «formula Gebhard» secondo la quale «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei al conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo».

(64) Cfr. art. 30 (libera circolazione delle merci), art. 39 (libera circolazione dei lavoratori), art. 46 (diritto di stabilimento e libera circolazione dei servizi), art. 58.2.3 (libera circolazione dei capitali).

(65) Cfr. sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, p. 649; sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.*, 1974, p. 1299; sentenza del 26 novembre 1975, causa 39/75, *Coenen*, in *Racc.*, 1975, p. 1547; sentenza del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, in *Racc.*, 1981, p. 3305.

(66) In merito alla «proporzionalità» della restrizione in esame particolarmente utili appaiono le considerazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della lettera di messa in mora inviata al Governo Italiano (C (2005)762). In questa sede, la Commissione ha rilevato come «la giustificazione su cui sembra basarsi la decisione della Corte costituzionale consiste nella protezione della sanità pubblica. L'esercizio di attività nel settore della produzione o della distribuzione di farmaci sarebbe in conflitto con un esercizio corretto dei servizi di distribuzione al dettaglio dei prodotti farmaceutici (...). In primo luogo ci si può chiedere se esista un legame diretto tra il divieto in questione e la sanità pubblica in quanto tale. Si può osservare innanzitutto che le autorità italiane non sembrano riconoscere il rischio per la sanità pubblica derivante da un conflitto d'interessi tra le attività di vendita al dettaglio e di vendita all'ingrosso per i farmacisti che siano persone fisiche. Secondo la regolamentazione italiana questi ultimi sembrano, infatti, autorizzati a detenere partecipazioni in imprese di distribuzione all'ingrosso e a gestire contemporaneamente una farmacia privata.

Non è facilmente accertabile, inoltre, l'esistenza di un legame diretto tra la fornitura di un medicinale di una data marca preferita a un'altra marca e un pericolo per la sanità pubblica, poiché il farmacista deve in ogni caso, per i medicinali non soggetti a prescrizione, fornire un prodotto farmaceutico confacente allo stato del paziente e, per i medicinali soggetti a prescrizione, fornire un prodotto corrispondente alla prescrizione del medico (...).

Da quanto precede risulta che il divieto assoluto della partecipazione di imprese operanti nella distribuzione farmaceutica a società di gestione di farmacie comunali costituisce una restrizione ai sensi degli articoli 43 e 56 del trattato CE, sul cui carattere giustificato e proporzionato sussistono dubbi».

6. *Un altro potenziale caso di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri?*

Il mancato riconoscimento dell'effetto diretto di norme chiave del sistema comunitario e, soprattutto, la scelta di non voler ricorrere al fondamentale strumento del rinvio pregiudiziale (tra l'altro obbligatorio in questo caso), conducono ad una riflessione sul tema dell'effettività della tutela giurisdizionale del singolo nel diritto comunitario (67).

La peculiarità del sistema comunitario, che lo differenzia dagli altri ordinamenti di matrice internazionalistica, è, infatti, il ruolo di primo piano attribuito ai singoli: poter invocare direttamente la norma di un trattato dinanzi al giudice nazionale è ciò che rende speciale e, in un certo senso, «rivoluzionario» il diritto comunitario. Sentenze come quella in commento, tuttavia, suggeriscono che smagliature del sistema possono sussistere ed il pericolo è che, proprio in quanto tali, esse siano irreparabili. L'errore, nel caso che stiamo commentando, appare ascrivibile al giudice nazionale che ha omesso di ottemperare agli obblighi impostigli dal diritto comunitario con chiaro pregiudizio per la parte ricorrente che, nella fattispecie, nessun vantaggio ha potuto trarre dalla tutela apprestatagli dal diritto comunitario. Sul punto la Corte di giustizia ha, in più occasioni (68), ricordato che non è sufficiente che gli Stati membri si conformino alle norme comunitarie ma è necessario altresì predisporre i mezzi, ed in particolare i rimedi giudiziari, affinché vi sia una effettiva tutela delle situazioni giuridiche fondate su tali diritti (69). È su questa premessa, tra l'altro, che si innesta la problematica della responsabilità degli Stati membri per mancata o non corretta applicazione del diritto comunitario (70).

Nulla prevedendo il Trattato, è stato grazie all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia che la categoria della responsabilità extracontrattuale degli Stati si è delineata nell'ordinamento comunitario (71). La giurispru-

(67) V. G. TESAURO, *The effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the national Courts*, in *Yearb. Eur. Law*, vol. 13, 1993, pp. 1 e ss.; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, IV, 1995, pp. 13 e ss.; R. LUZZATTO, *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *JUS*, 1999, pp. 373 e ss.

(68) Cfr., tra le tante, sentenza del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, in *Racc.*, 1976, p. 1989; sentenza del 27 febbraio 1980, causa 68/79, *Hans Just*, in *Racc.*, 1980, p. 501; 27 marzo 1980, causa 61/79 *Denkavit*, in *Racc.*, 1980, p. 1205; sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Emmot*, in *Racc.*, 1991, p. I-4269.

(69) Sul punto v. A. TIZZANO, *ult. op. cit.*, p. 24.

(70) Per queste si rimanda a L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Contratto/Impresa Eur.*, 1999, pp. 101 e ss.; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, pp. 241 e ss.

(71) Cfr. sentenza del 19 novembre 1991, cause C-6 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, 1991, p. I-5357; sentenza del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, p. I-3325; sentenza del 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*, in *Racc.*, 1996, p. I-1029; sentenza del 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecom*, in *Racc.*, 1996, p. I-1631; sentenza dell'8 ottobre 1996, cause C-178-179, 188-190/94, *Dillenkofer e a.*, in *Racc.*, 1996, p. I-4845; sentenza del 23 maggio 1996,

denza della Corte in materia ha considerato le ipotesi di responsabilità non solo per fatto del legislatore ma altresì per fatto del giudice, che è appunto il caso che qui ci occupa (72). Con la sentenza *Köbler* (73) il giudice comunitario ha superato, non senza difficoltà, l'ultimo «tabù» in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri statuendo che «il principio in forza del quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili trova applicazione anche nell'ipotesi in cui la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente, e sussistano le ulteriori condizioni della preordinazione della norma violata a conferire diritti ai singoli e dell'esistenza di un nesso causale diretto tra violazione e danno».

Ora, a prescindere dalle evidenti difficoltà pratiche che la statuizione di un tale principio comporta (74), basta qui rilevare che i confini della tutela giurisdizionale dei singoli si stanno progressivamente ampliando e, al di là delle insidie tecniche che un tale allargamento implica (75), questo sicuramente consente di leggere con toni meno allarmisti pronunce come quella in questione.

Pertanto, alla luce della predetta giurisprudenza, il venir meno all'obbligo di rinvio *ex art. 234*, comma 3, può dar luogo ad una violazione del diritto comunitario atta a giustificare il ricorso al risarcimento del danno (76).

---

causa C-5/94, *Hadley Lomas*, in *Racc.*, 1996, p. I-2553; sentenza del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim II*, in *Racc.*, 2000, p. I-5123.

(72) In particolare cfr. sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, 2003, p. I-10239; sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2003, p. I-14637; sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne e Heitz*, in *Racc.*, 2004, p. I-837. In dottrina per un approfondimento di questa giurisprudenza v. S. DE MARIA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2004, p. 879.

(73) *Cit.*, in dottrina per un commento v. E. SCODITTI, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, IV, 2004, p. 4.

(74) Vero è che nel caso *Köbler* la Corte ha statuito il principio ma in fatto non ha riconosciuto la responsabilità del giudice austriaco.

(75) V. *Fallimento Traghetti del Mediterraneo c. Italia*, causa C-173/03, conclusioni dell'Avvocato Gen. Léger, 11 ottobre 2005, non ancora in *Racc.* In queste conclusioni si conferma e si rafforza la giurisprudenza *Köbler*: infatti, nell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*, in quanto nel frattempo risolta con la sentenza *Köbler*, è stata ritirata la domanda pregiudiziale sulla possibilità che uno Stato membro risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dei propri cittadini per mancata applicazione del diritto comunitario da parte del giudice interno e, in particolare, dell'obbligo di cui all'art. 234, comma 3, investendo la Corte solo in merito alla compatibilità del principio di responsabilità dello Stato per fatto del giudice rispetto ad una normativa nazionale che limita la responsabilità dei propri giudici a determinate condizioni.

(76) Il mancato rispetto dell'obbligo di rinvio potrebbe dar luogo anche ad un altro rimedio risarcitorio ovvero si potrebbe configurare una violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU, vale a dire del diritto fondamentale ad un processo equo e al giudice precostituito per legge. In realtà, siffatta soluzione non è pacifica in quanto, *in primis*, non vi sono precedenti della Corte di Strasburgo sulla questione, e, in secondo luogo, perché il rinvio pregiudiziale *ex art. 234*, pure nei casi in cui è obbligatorio, resta una «parentesi» processuale del giudizio principale rispetto alla quale non è certo se è possibile parlare di «giudice naturale». In senso affermativo, tuttavia, «soccorre l'art. 220 del Trattato, che,

In definitiva, appare ipotizzabile che la fattispecie in esame configuri gli estremi per un caso di responsabilità dello Stato per fatto del giudice, con conseguente obbligo di risarcimento a favore della ricorrente. Il giudice amministrativo, infatti, a prescindere dal mancato riconoscimento dell'effetto diretto (qualificabile date le norme in questione — quale « caso eccezionale in cui ha violato in maniera manifesta il diritto vigente » (77)), ha sicuramente violato il fondamentale obbligo di rinvio che, come sopra anticipato, può giustificare — di per sé — l'accoglimento della domanda di risarcimento avanzata dal singolo. Nel caso Köbler, infatti, la Corte ha precisato che per stabilire se sussista effettivamente una violazione del diritto comunitario si devono valutare « il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE » (78). Sul punto è tornato l'Avvocato generale Léger precisando che, sebbene « la Corte si sia astenuta dallo stabilire una gerarchia tra tali diversi criteri », egli ritiene che il mancato rispetto dell'obbligo di cui all'art. 234, comma 3, sia un dato determinante per la comprensione della responsabilità del giudice (79), dimostrando quanto l'inosservanza di tale obbligo può influire sulla qualifica dell'errore quale scusabile o inescusabile (80).

Ulteriore elemento da tenere in conto è sicuramente il fatto che, parallelamente al giudizio davanti al Consiglio di Stato, la Commissione europea abbia avviato una procedura d'infrazione (81), ai sensi dell'art. 226 del Trattato, in merito, appunto, alla compatibilità della normativa italiana sulla gestione delle farmacie comunali rispetto agli artt. 43 e 56 CE. Abbiamo visto, infatti, che « la posizione adottata eventualmente da una istituzione comunitaria » rientra tra gli elementi atti ad individuare la responsabilità del giudice interno. Tuttavia, nel caso in esame, il Consiglio di Stato non sembra minimamente aver valutato questa circostanza al fine di decidere sull'opportunità di rimettere gli atti al giudice comunitario, limitandosi — anzi — a statuire che non vi è motivo « di pronunciarsi sulla possibilità che si svolga nel futuro, anche prossimo, un giudizio della Corte di giustizia sulla compatibilità della norma italiana con il Trattato, a seguito dell'esercizio di competenze proprie degli organi comunitari » (82).

---

con specifico riferimento al diritto fondamentale al giudice precostituito per legge, attribuisce ai giudici comunitari il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato stesso » (così, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., p. 324).

(77) Sentenza Köbler, p.to 53.

(78) *Id.*, p.to 55.

(79) Conclusioni par. 70.

(80) Cfr. par. da 71 a 75 delle conclusioni.

(81) Cfr. lettera di messa in mora inviata al Governo Italiano, Bruxelles, 16 marzo 2005, 2004/4928, C(2005)762. Il 21 dicembre 2005 la Commissione ha ritenuto necessario procedere altresì all'invio del « parere motivato » (v. comunicato stampa IP/05/1665).

(82) Sentenza *Admenta* par. 3.4. Questa affermazione del Consiglio di Stato non sembra tenere in considerazione l'ipotesi (probabile) in cui, qualora si decidesse di passare alla fase contenziosa della procedura d'infrazione, la Corte di giustizia confermasse la posizione della Commissione. In questo caso l'eventuale sentenza del giudice comunitario

### 7. Conclusioni.

L'approccio adottato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento rispetto alle questioni di rilievo comunitario è, in conclusione, criticabile sotto molteplici punti di vista. Ci sembra, infatti, che il giudice amministrativo avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato, oltretutto dichiarare l'incompatibilità della gestione di farmacie comunali da parte di società che operano anche nel campo della produzione e della distribuzione dei farmaci, attraverso il ricorso a motivazioni logico-giuridiche maggiormente rispettose e consapevoli del diritto comunitario. L'«irriverenza» mostrata dal giudice nazionale verso i vincoli discendenti dall'appartenenza al sistema comunitario è ciò che maggiormente stupisce quanti, a ragione, ritengono che elementi cardine del sistema comunitario, quali l'effetto diretto e la garanzia di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, debbano entrare a pieno titolo nel patrimonio giuridico comune di tutti gli Stati membri.

Tuttavia, nel caso in questione, lo svolgimento di un controllo parallelo della medesima fattispecie dinanzi alle istituzioni comunitarie competenti, attraverso la procedura di cui all'art. 226, fa in modo che questo «stupore» non si trasformi in una preoccupazione effettiva. Del resto, le vicende giuridiche connesse all'assetto legislativo del settore farmaceutico in Italia sono una prova tangibile di come il sistema comunitario si sia infiltrato in maniera così capillare nelle varie legislazioni nazionali che, anche nell'ipotesi di «derive» giurisprudenziali come quella esaminata, non sembra sussistere un pericolo reale che gli sforzi realizzati a livello comunitario siano facilmente vanificati da giudici nazionali talvolta poco sensibili alle istanze europeiste.

VALERIA CAPUANO

---

rio non sembrerebbe priva di valore per il caso di specie che, sebbene *res iudicata*, potrebbe comunque «prosequire» — appunto — con un'azione risarcitoria.



# recensioni e segnalazioni bibliografiche

---

## MONOGRAFIE

PAOLA BILANCIA e EUGENIO DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004.

Il filo conduttore che unisce i vari contributi raccolti nell'opera è bene espresso dal titolo del volume, ispirato all'omonimo convegno: quali e quante «Corti» ovvero giudici tutelano, in particolare in Europa, i diritti della persona.

Il volume si apre con lo scritto di Fausto Pocar che affronta il tema della tutela dei diritti fondamentali e i livelli di protezione nel diritto internazionale. Segue il contributo di Gabriella Venturini sul tema, più specifico, delle garanzie dei diritti fondamentali della persona nei conflitti armati. Gli scritti di Teresa Freixes, Massimo Condinanzi, Alessandra Lang, Paolo Caretti, Aldo Loiodice sono dedicati alla tutela dei diritti nel sistema comunitario: europeizzazione dei diritti nel diritto vigente, nella Carta dei diritti fondamentali, nella Costituzione europea (allora progetto). La tutela giurisdizionale e il diritto di ricorso vengono fatti oggetto di approfondito esame nei contributi di Condinanzi e Lang.

Ai rapporti fra la Corte costituzionale, italiana, e la Corte europea dei diritti dell'uomo sono dedicati i contributi di professori di diritto costituzionale quali Augusto Barbera e Valerio Onida, quest'ultimo anche giudice e, da ultimo, presidente della Corte costituzionale, e di Vladimiro Zagrebelsky, giudice italiano alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

I curatori del volume sono anche autori di due importanti contributi, dedicati a possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali a livello costituzionale. Altri contributi di costituzionalisti (Alessandro Catalani, Silvano Labriola, Franco Pizzetti, Beniamino Caravita di Toritto) approfondiscono il tema della tutela sotto diversi profili, compreso quello della recente riforma del titolo V della Costituzione.

Due profili particolari sono oggetto d'esame da parte di Victor Uckmar (tutela multilivello e diritto tributario) e di Federico Gustavo Pizzetti (tutela multilivello del diritto di associazione). Infine Federico Petrangeli svolge rilievi sul progetto di Costituzione europea e Anna Papa sulla tutela del diritto alla ragionevole durata del processo tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo.

I temi affrontati nel volume, variegato e ricco di spunti critici, è di grande interesse per il confronto fra giuristi di formazione diversa (costituzionalisti, internazionalisti, comunitaristi). La lettura è agevole e i testi sono ben coordinati. (*Bruno Nascimbene*)

ANTONIO RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2004.

Il saggio è dedicato all'analisi dei metodi utilizzati delle democrazie occidentali per risolvere il conflitto tra l'esercizio dei diritti fondamentali e le loro limitazioni.



L'analisi prende avvio dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui le limitazioni alle libertà e ai diritti enunciati nella Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà.

L'Autore si propone di dimostrare che la disposizione in parola, in assenza di specifica indicazione, prevede il ricorso a tecniche di bilanciamento degli interessi o dei principi contrapposti.

Per confermare questa tesi, egli utilizza il metodo comparativo. Pertanto, nell'opera sono ricostruite le tecniche di bilanciamento degli interessi generali utilizzate nelle esperienze di alcune democrazie occidentali (nordamericana, tedesca, italiana, francese, spagnola) e dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il modello cui sembra ispirarsi, fondamentalmente la Carta è (secondo l'Autore) quello tedesco. Pertanto, tale modello unitamente alle tendenze generali rilevate nel corso dell'indagine, potranno essere validi strumenti d'interpretazione ed applicazione dell'art. 52.

Il trasferimento di modelli interni a livello europeo, sottolinea l'Autore, trascina con se anche le critiche avanzate a livello nazionale avverso le tecniche di bilanciamento d'interessi. D'altro canto, queste critiche sono indice di divergenze in merito alle limitazioni dei diritti fondamentali della persona e devono essere considerate in termini positivi.

Il volume breve ma di buon livello, si conclude con una riflessione di carattere generale circa l'esistenza di un diritto europeo dei diritti dell'uomo e di un diritto comune delle democrazie occidentali in materia di diritti fondamentali della persona, nonché con un invito agli operatori del diritto a non ignorare lo scambio tra sistemi giuridici e l'importanza della comparazione come strumento dell'interpretazione giuridica. (*Cecilia Sanna*)

LUCA MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

Il volume di Luca Marini ricostruisce con rigore ed in modo esaustivo il principio di precauzione dalle sue origini, sottolineando il crescente richiamo, in ambito internazionale e comunitario, nel disciplinare le complesse interazioni tra scienza, etica, politica, in «bilico» fra posizioni di cieca e acritica adesione alla scienza e forme di oscurantismo anacronistiche.

L'importanza di questo principio, oramai «costituzionalizzato» a livello comunitario, risiede nell'incidenza che lo stesso riveste sia sul piano normativo, sia su quello decisionale quando ad essere investite sono tematiche attinenti la sicurezza ambientale, sanitaria o alimentare.

L'assenza di una nozione giuridica chiara ed univoca, anche sul piano internazionale, del principio ha comportato una sua applicazione da parte dei governi nazionali talvolta arbitraria, condizionata da motivazioni di carattere politico come pure economico. Lo stesso principio incontra limiti e denota contorni a geometria variabile a seconda di chi lo invoca, sia essa la comunità scientifica, la società civile, oppure il legislatore. Proprio siffatti usi strumentali ed utilitaristici ne hanno in qualche misura eroso la credibilità come standard o parametro assoluto e supremo delle decisioni normative nei settori sopra ricordati.

La prima parte del volume è dedicata ad una ricostruzione della genesi del principio di precauzione, della sua affermazione sul piano normativo e, soprattutto, dell'ampio dibattito che si è acceso circa la sua natura e applicazioni concrete. Punto di partenza è la ricostruzione della qualificazione giuridica di questo principio sul piano internazionale e comunitario.

Segue poi un'analisi anche di carattere sociologico circa la percezione dei rischi connessi al progresso scientifico da parte dell'opinione pubblica e l'idoneità del principio di precauzione a trovare un punto di equilibrio fra quelli preconizzabili e quelli reali.

Nella seconda parte l'Autore offre un ampio panorama degli strumenti giuridici più idonei a delineare i confini applicativi del principio di precauzione, specie nel settore agro-alimentare ove l'avvento delle agrobiotecnologie ha alterato gli equilibri sia interni alla Comunità, sia all'esterno sul piano internazionale. In ambito internazionale si assiste, ad esempio, ad un diverso approccio nei confronti del principio di precauzione fra Unione europea e Stati Uniti.

Il volume offre quindi una visione di insieme del principio di precauzione caratterizzata da spunti critici, specie sulle contraddizioni che contraddistinguono in ambito giuridico il richiamo di detto principio comunitario ed internazionale. Un'analisi interessante, che si segnala per la sua efficacia e completezza. (*Francesco Rossi Dal Pozzo*)



PARTE GENERALE

DIANA-URANIA GALETTA

**TRASPARENZA E GOVERNANCE AMMINISTRATIVA  
NEL DIRITTO EUROPEO (\*)**

PARTE PRIMA:  
IL CONCETTO DI «GOVERNANCE EUROPEA»

SOMMARIO: Parte I. Il Concetto di «governance europea». — 1. Premessa: sui concetti di «Governance» e «Government». — 2. La «Governance europea» nel Libro Bianco della Commissione. — Parte II. Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo. — 1. Apertura e partecipazione come concetti chiave nel Libro Bianco sulla Governance europea. — 2. Il ruolo del Mediatore europeo e i traguardi conseguiti. — 3. *Segue: A) Il diritto di accesso ai documenti e il diritto di accedere al proprio fascicolo. — 4. Segue: B) Il diritto ad una buona amministrazione come diritto di essere ascoltati e obbligo di motivare le decisioni. — 5. Segue: Il codice europeo di buona condotta amministrativa. — 6. La trasparenza dei lavori delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e la questione linguistica come aspetto essenziale della trasparenza. — 7. Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo, dalla filosofia al diritto: riflessioni conclusive su diritto di accesso, partecipazione e obbligo di motivazione degli atti.*

1. *Premessa: sui concetti di «Governance» e «Government».*

Il termine «Governance» è un termine versatile in uso soprattutto nel linguaggio dell'economia e della scienza politica (1). Con riferimento all'ultimo contesto citato, il termine «Governance» viene spesso utilizzato in contrapposizione al concetto di

---

(\*) Il presente scritto presenta, in versione ampliata, i contenuti della relazione di chi scrive al Convegno su «I principi generali dell'azione amministrativa», organizzato dall'Istituto Italiano di Scienze Amministrative (IISA) e dall'Università degli Studi di Napoli Federico II il 3 febbraio 2006, a Napoli.

(1) Per una panoramica sulle possibili definizioni v. M. DEMERS, *La gouvernance de la gouvernance: Faut-il freiner l'engouement?*, in Institut International des Sciences Administratives, *Gouvernance: concepts et applications*, 1999, p. 367 ss., nonché i numerosi contributi in, G. Schuppert (a cura di), *Governance-Forschung*, Baden-Baden, 2005.

«*Government*» (2), che evidenzia la centralità e/o la centralizzazione delle azioni poste in essere dalle istituzioni responsabili di una politica. Mentre la *Governance* rimanda all'idea della presenza di una pluralità di attori coinvolti nell'attuazione della politica stessa.

Il concetto di «*Governance*» implica l'idea che il raggiungimento di un obiettivo sia il frutto dell'azione autonoma, ma non isolata, dei diversi attori che debbono o possono dare un contributo al processo di attuazione delle politiche (3). La *Governance*, quindi, sottende ad un sistema articolato che associa istituzioni, attori sociali, organizzazioni private in un processo di elaborazione e di attuazione delle scelte collettive, capaci di suscitare un'adesione attiva dei cittadini (4).

Pertanto, nella scienza politica parlare di *Governance* significa individuare un modo di disegnare e gestire le politiche decentralizzate in cui partecipano molteplici attori pubblici e privati a diversi livelli e in cui interessi divergenti entrano in gioco, in un processo di contrattazione, negoziazione e interazione complesso, dinamico e interattivo.

Anche nel vocabolario dei giuristi la *Governance* è diventata ben presto un termine di moda. Esso tuttavia, benché attrattivo, non è del tutto esente da problemi normativi. Nella prospettiva del giurista, infatti, la *Governance*, in ultima analisi, altro non è che la capacità di fare i conti con un ampliamento dei soggetti che entrano in gioco nei processi decisionali. Ma poiché non è per definizione possibile stabilire una lista esaustiva di tutti coloro che possono avere un interesse ad una data decisione di *policy* in modo da includerli (5) e poiché vi sono politiche non gesti-

---

(2) Così ad es. F. BASILICA, *La Public Governance in Europa*, in *Funzione pubbl.*, 2004/3, p. 22. Secondo G. COGLIANDRO, *Ruolo della «Governance» e politiche di inclusione*, in *Funzione pubbl.*, 2003/2-3, p. 50, il termine *governance* proviene tuttavia dal francese «*gouvernance*», che nel tredicesimo secolo era l'equivalente di governo. Sui concetti di *Governance* e *Government* si rinvia peraltro a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, in particolare p. 193 ss., riprese anche nella 2<sup>a</sup> ediz. del 2005.

(3) Sul punto v. ancora G. COGLIANDRO, *Ruolo della «Governance» e politiche di inclusione* cit., p. 50 ss.

(4) Con il che si evoca l'idea della rete, quale simbolo del XXI secolo. V. K. KELLY, *Nuove regole per un nuovo mondo*, TEA (Tascabili degli Editori Associati), 2002, p. 17 ss.

(5) In questo senso v. la Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002, COM (2002) 704 def., *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*.

bili attraverso regolazione spontanea (si pensi ad esempio alla raccolta delle tasse), in realtà, l'inclusività nel processo decisionale non è sufficiente a legittimare le decisioni eventualmente prese. Affinché le decisioni pubbliche siano legittime, esse non possono rinunciare ad essere democratiche e non si è ancora trovato un migliore sistema di arrivare a decisioni democratiche della democrazia rappresentativa (6). La *Governance* — ad avviso di chi scrive — può quindi utilmente costituire un modo nuovo di governare, sin tanto che essa implica la ricerca di modalità operative diverse dal passato, più dinamiche ed interattive. Ma essa non può certo pretendere di eliminare il bisogno di governo più tradizionalmente inteso.

## 2. *La «Governance europea» nel Libro Bianco della Commissione.*

Il dibattito sulla *Governance* europea è stato avviato dalla Commissione nel suo Libro bianco del luglio 2001 (7), ove si legge che «*Il concetto di «Governance» designa le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza*» (8).

In questa limitata accezione la *Governance* riguarda, perciò, l'insieme delle regole, delle procedure e delle prassi attinenti al modo in cui i poteri sono esercitati in seno all'Unione europea. E l'obiettivo che la Commissione si pone nel Libro Bianco è di adottare nuove forme di *Governance* che consentano di avvicinare

---

(6) In questo senso non può condividersi l'affermazione di F. BASILICA, *La Public Governance in Europa*, cit., p. 23, ove sottolinea che, grazie al nuovo sistema dei pubblici poteri e delle loro relazioni «*La «legittimazione» non è più determinata solo dalle norme*».

(7) Sulla *Governance* nel Libro Bianco, fra i tanti, J. MONAR, *Reforming European Union Governance: a perspective for the two next decades*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2000/3, p. 868 ss.; F. CAPELLI, *Commento al libro Bianco della Commissione CE sulla Governance*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2001/3, p. 627 s.; G. TIBERI, *Il Libro Bianco sulla Governance europea: verso un rafforzamento delle istanze democratiche nell'Unione?*, in *Quaderni cost.*, 2002/1, p. 163 ss.; J.L. QUERMONNE, *L'Union européenne entre «Governance» et «Gouvernement»*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2002/2, p. 510 ss.; F. BASILICA, *La Public Governance in Europa*, cit., p. 21 ss.

(8) Così si legge nel Libro Bianco sulla *Governance* europea, Commissione delle Comunità europee, 5 agosto 2001, COM(2001) 428, nota n. 1, in [europa.eu.int/comm/off/white/index\\_it.htm](http://europa.eu.int/comm/off/white/index_it.htm).

maggiormente l'Unione ai cittadini europei, la rendano più efficace, rafforzino la democrazia in Europa e consolidino la legittimità delle sue istituzioni (9).

L'Unione deve condurre, dunque, una riforma per colmare il deficit democratico delle sue istituzioni. Questa *Governance* dovrebbe consistere nell'elaborazione e attuazione delle politiche pubbliche migliori e più coerenti che associno le organizzazioni della società civile alle istituzioni europee. Essa si realizza anche con un miglioramento della qualità della legislazione europea, della sua efficacia e semplicità. D'altro canto — si legge sempre nel Libro Bianco — l'Unione europea deve contribuire al dibattito sulla *Governance* mondiale e svolgere un ruolo importante per migliorare il funzionamento delle istituzioni internazionali (10).

PARTE SECONDA:  
TRASPARENZA E GOVERNANCE AMMINISTRATIVA  
NEL DIRITTO EUROPEO

1. *Apertura e partecipazione come concetti chiave nel Libro Bianco sulla Governance europea.*

Nel Libro Bianco sono individuati cinque principi alla base della buona *Governance* e dei cambiamenti proposti: apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza. È evidente che, nell'ottica del presente contributo, sono i primi due principi a giocare un ruolo centrale.

Secondo la definizione del principio di apertura (*openness*) adottata nel Libro Bianco, «*le istituzioni devono operare in modo più aperto: assieme agli Stati membri, devono adoperarsi attivamente per spiegare meglio, con un linguaggio accessibile e comprensibile al grande pubblico, che cosa fa l'Unione europea e in che consistono le decisioni che essa adotta. Questo principio riveste particolare importanza se si vuole accrescere la fiducia dei cittadini in istituzioni complesse*». La partecipazione (*participation*), invece,

---

(9) V. da ultimo A.L. VALVA, *Il Problema della Governance nell'Unione europea: dal Libro Bianco della Commissione al Trattato che istituisce una «Costituzione per l'Europa*, in *Riv. coop. giurid. internaz.*, 2005/19, p. 47 ss.

(10) Punto 5 ss.

ha come scopo di assicurare «la qualità, la pertinenza e l'efficacia delle politiche dell'Unione ... Con una maggiore partecipazione sarà possibile aumentare la fiducia nel risultato finale e nelle istituzioni da cui emanano tali politiche. Perché ci sia una maggiore partecipazione, è indispensabile che le amministrazioni centrali cerchino di interessare i cittadini all'elaborazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione» (11).

Questi concetti ritornano anche nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (nel prosieguo Costituzione europea) all'art. I-50, inserito nel titolo VI su «La vita democratica dell'Unione». Esso è intitolato «Trasparenza dei lavori delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e vi si legge che «Al fine di promuovere il buon governo (12) e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, organi e organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile».

Questa previsione è di importanza centrale, non solo perché grazie ad essa il principio di trasparenza diviene uno dei grandi principi del diritto dell'Unione europea (13), ma anche perché nel suo secondo comma viene ripresa, con alcune importanti modifiche, la previsione sul diritto d'accesso dell'art. 255 CE, di cui ci occuperemo nel prosieguo.

## 2. Il ruolo del Mediatore europeo e i traguardi conseguiti.

Un ruolo centrale nell'implementazione in concreto dei principi base della *Governance* europea indicati nel Libro bianco è stato svolto, in particolare, da parte del primo Mediatore europeo, Jacob Söderman, nel corso dei suoi due mandati, dal 1995 al 2003. Due sono stati infatti, in particolare, i traguardi raggiunti a seguito dell'attività di stimolo e sensibilizzazione che egli ha incessantemente svolta nei confronti delle istituzioni comunitarie. Il primo di essi in ordine di tempo è stato l'adozione del regolamento n. 1049/2001/CE sull'accesso del pubblico ai docu-

(11) Libro Bianco sulla Governance europea, COM(2001) 428 cit., p. 10.

(12) L'espressione usata nella versione inglese della Cost. UE è «good governance».

(13) Così ZILLER, *Commento all'art. I-50*, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PICOD (a cura di), *Constitution Européenne — Partie I — Commentaire article par article*, Bruxelles, 2006, di prossima pubblicazione, par. 1.



menti delle istituzioni(14). Il secondo importante obiettivo raggiunto è stato l'inserimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2001 (15) — e ora inserita come parte II nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa — del diritto ad una buona amministrazione (art. 41 CED)(16) a fianco al diritto d'accesso ai documenti (art. 42 CED)(17).

Il nesso fondamentale fra trasparenza, buona amministrazione e diritto di accesso agli atti emerge peraltro chiaramente in questo passaggio di uno dei numerosi discorsi che il Mediatore europeo Jacob Söderman ha dedicato specificamente a queste tematiche: « *You have asked me to speak about good administration and the impact of openness on the internal functioning of the institutions. I firmly believe that openness promotes good administration. As I see it, openness is also an essential part of democracy and in a democracy, the citizens must be able to inform*

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

(15) Carta Europea dei diritti, in *GUCE*, n. C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1 ss. e sul Web all'indirizzo [www.europarl.eu.int/charter/pdf/text\\_it.pdf](http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_it.pdf). In argomento, fra i tanti, L. CALIFANO, *La costituzione europea e la carta dei diritti fondamentali*, in *Verso la Costituzione europea. Atti dell'incontro di studio (Urbino, 17 giugno 2002)*, Milano, 2003, p. 17 ss.; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002/1, p. 1 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in L. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2003, p. 258 ss.; L. FAVOREAU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, *ibidem*, p. 247 ss.; M. FALLON, *Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne sous les regards croisés du traité CE et de la Charte*, in CARLIER/DE SCHUTTER (a cura di), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.; M. MAHLMANN, *Die Grundrechtscharta der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2000, p. 419 ss.; I. PERNICE, *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, in *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, p. 847 ss.; P. TETTINGER, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 1010 ss.; A. WEBER, *Die Europäische Grundrechtscharta — auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 537 ss. ID., *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2002, p. 31 ss.

(16) Su cui mi sia permesso di rinviare a D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in questa *Rivista*, 2005/3, p. 819 ss.

(17) Sul quale si rinvia a G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (témoignages et commentaires de)*, Paris, 2001, p. 220 s. e al commento all'art. II-102 di J. ZILLER, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PICOD (a cura di), *Constitution Européenne — Partie II — La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union — Commentaire article par article*, Bruxelles, 2005. In argomento v. anche G. HAIBACH, *Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts*, in *NVwZ*, 1998, p. 458; M. MAHLMANN, *Die Grundrechtscharta der Europäischen Union* cit., p. 427.

*themselves about what the public authorities are doing and why»*(18).

Il discorso richiamato è del 2000. Ma, non a caso, già la prima relazione speciale del Mediatore europeo al Parlamento (19) — fondata su un'indagine, da lui avviata nel 1996, di propria iniziativa — aveva quale tema proprio l'accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni e dagli organismi comunitari. E tale indagine si era conclusa con la constatazione che «*On the basis of the above analysis, the Ombudsman concludes that failure to adopt and make easily available to the public rules governing public access to documents constitutes an instance of maladministration*». Da qui la raccomandazione del Mediatore, rivolta alle istituzioni ed organismi oggetto dell'indagine, di adottare «*... rules concerning public access to documents within three months*», con la precisazione che «*The rules should apply to all documents that are not already covered by existing legal provisions allowing access or requiring confidentiality. The rules should be made easily available to the public*»(20).

3. Segue: A) *Il diritto di accesso ai documenti e il diritto di accedere al proprio fascicolo.*

Il c. 3 dell'art. I-50 Cost. UE recita che «*Qualsiasi cittadino dell'Unione o persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere, alle condizioni previste nella parte III(21), ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto*».

Il diritto d'accesso, tuttavia, non nasce né con la Costituzione europea, né tanto meno con il Libro Bianco(22).

---

(18) Così si esprimeva il Mediatore europeo J. Söderman nel suo discorso davanti al Committee on Citizens» Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs of the European Parliament — Working seminar on «Transparency and good administration: impact on the internal functioning of the institutions» — Brussels, 18 September 2000, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int>

(19) Relazione speciale del Mediatore europeo al Parlamento europeo a seguito dell'indagine di iniziativa propria sull'accesso del pubblico ai documenti (616/PUBAC/F/IJH) del 15 dicembre 1997, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int>

(20) Draft recommendation of the European Ombudsman on the own initiative inquiry into public access to documents(616/PUBAC/F/IJH), in <http://www.euro-ombudsman.eu.int>

(21) Il rinvio è all'art. III-399 Cost. UE, inserito nel titolo VI sul «*funzionamento dell'Unione*».

(22) Per una ricostruzione del percorso evolutivo del diritto di accesso in ambito

Allegata al Trattato di Maastricht sull'Unione europea del 1992 era contenuta una dichiarazione (la n. 17) sul diritto di accesso all'informazione. Ivi si legge che: «*La Conferenza ritiene che la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione. La Conferenza raccomanda pertanto che la Commissione presenti al Consiglio, entro il 1993, una relazione su misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni*» (23).

Anche se a seguito di ciò — e delle dichiarazioni nei successivi Consigli europei di Birmingham e di Edimburgo — era stato adottato, nel 1993, un codice di condotta comune da parte di Commissione e Consiglio (24), è, tuttavia, soltanto con il Trattato di Amsterdam del 1997 che viene inserita nel Trattato CE una norma specifica in materia di diritto di accesso agli atti delle Istituzioni comunitarie, l'art. 255 CE, che prevede espressamente che «*Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione*» (25). Attraverso questa norma il diritto di accesso veniva ad essere finalmente fondato su basi più solide (26). Ma la norma in questione — come noto — rinviava all'adozione di regolamenti da parte delle Istituzioni interessate — Parlamento europeo, Consiglio e Commissione — allo scopo di definire i principi generali e le condizioni dell'accesso (27). E ad

---

europeo, fra i tanti, v. A. ODDENINO, *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2000/4, p. 1653 ss.; F. D'ORIANO, *Il caso Interporc: brevi riflessioni sull'evoluzione del diritto di accesso ai documenti comunitari*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2003/3, p. 1381 ss. e ID., *Il diritto di accesso ai documenti comunitari*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2003/4, p. 1990 ss.

(23) In <http://europa.eu.int/eur-lex/it/treaties/index.htm>

(24) Per dare attuazione all'impegno assunto il Consiglio aveva adottato la decisione 93/731/CE relativa all'accesso al pubblico ai documenti del Consiglio e la Commissione 94/90/CECA, CE, Euratom, sull'accesso del pubblico ai documenti della Commissione. Sul punto si rinvia al *Commento all'art. II-102 Cost. UE* di J. ZILLER, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PICOD, cit.

(25) In argomento, fra i tanti, C. MORVIDUCCI, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in questa *Rivista*, 2000/3, p. 665 ss.; C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, in questa *Rivista*, 2003/1, p. 55 ss.;

(26) Così A. ODDENINO, *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, cit., p. 1667.

(27) Recita infatti l'art. 255 CE (ex art. 191 A) che «*1. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato*

essa si è data esecuzione — dopo le numerose sollecitazioni ricevute in tal senso da parte del Mediatore europeo (28) — soltanto nel 2001, con l'adozione del regolamento n. 1049/2001/CE sull'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni (29), che si ispira espressamente all'idea che la trasparenza «*consente una migliore partecipazione dei cittadini al processo decisionale e garantisce maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei cittadini in un sistema democratico*» (30).

In particolare poi — molto diversamente da quanto avviene nel nostro sistema nazionale — un principio essenziale della disciplina del diritto d'accesso contenuta nel regolamento comunitario è l'assenza di qualsivoglia obbligo di giustificare la propria richiesta di accesso. Il che scaturisce dalla natura di vero e proprio diritto di cittadinanza del diritto di accesso ai documenti (31), che non è perciò condizionato nel suo esercizio all'esistenza di alcun interesse qualificato: meno che meno all'esistenza di quell'«*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*» (32), che è preteso, invece, dall'art. 22 della nostra L. 241/90, come di recente novellato ad opera della L. 15/2005 (33).

---

*membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3.*

2. *I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 entro due anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam.*

3. *Ciascuna delle suddette istituzioni definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti».*

(28) A tale proposito si rinvia ai discorsi del Mediatore europeo, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int/home/it/default.htm>

(29) Cit. alla nota n. 14. Il regolamento in questione è stato peraltro completato da parte delle istituzioni comunitarie attraverso l'emanazione di alcuni atti di autoregolamentazione interna. Sul punto v. M. MIGLIAZZA, *Brevi riflessioni sugli sviluppi della trasparenza nell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2003/3, p. 1355 ss.

(30) Così il 2° considerando del regolamento cit., su cui si veda, in particolare, C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, cit., p. 85 ss.

(31) Così J. ZILLER, nel suo commento all'art. II-102 Cost. UE, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PICOD cit., par. 18. A questo proposito cfr. Trib. primo grado, sent. 17 giugno 1998, in causa T-174/95, Svenska Journalistförbundet c. Consiglio, in *Raccolta*, 1998, p. II-2289 ss.

(32) Così recita ora il c. 1, lett. b) dell'art. 22 L. 241/90, modificato ad opera della L. 15/2005.

(33) A questo proposito v. per tutti E. CARLONI, *Nuove prospettive della Trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 579 ss.

Il diritto di accesso *ex art.* 255 CE è stato ripreso testualmente nell'art. 42 della CED e — successivamente riformulato ad opera degli esperti giuristi della Conferenza intergovernativa (CIG) — esso è divenuto, nell'art. II-102 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il diritto di accedere non solo agli atti delle istituzioni, ma agli atti «*delle istituzioni, organi o organismi dell'Unione*», con la specificazione, altresì, che l'accesso agli atti è consentito «*a prescindere dal loro supporto*». E vi è perciò assoluta coincidenza, quanto a contenuto ed ambito di applicazione, fra la norma *ex art.* II-50, c. 3 Cost. UE e la norma *ex art.* II-102 Cost. UE. Con la conseguenza che, ampliato e specificato come si è detto, il diritto di accesso, quale esplicazione del principio di trasparenza, nella Costituzione europea viene a godere di un doppio statuto: quello di diritto fondamentale (*ex art.* II-102) e quello di principio generale della Costituzione (*ex art.* I-50)(34).

Il diritto di accesso *ex art.* II-102 Cost. UE va tenuto peraltro ben distinto dal diritto di accesso previsto dal c. 2, lett. b) della previsione *ex art.* II-101, dedicata al «*Diritto ad una buona amministrazione*». Quest'ultima previsione, infatti, da un lato appare più ampia: sotto il profilo dell'ambito di applicazione soggettivo essa si riferisce a «*ogni persona*» e non, come l'art. II-102, ai soli cittadini dell'Unione e alle persone fisiche e giuridiche che risiedano o abbiano la sede sociale in uno Stato membro. D'altro lato, tuttavia, la previsione contenuta nell'art. II-101 fa riferimento al più limitato «*diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda*»(35).

#### 4. Segue: B) *Il diritto ad una buona amministrazione come diritto di essere ascoltati e obbligo di motivare le decisioni.*

La norma *ex art.* II-101 Cost. UE sul diritto ad una buona amministrazione, oltre a contenere — come si è visto — una lett.

(34) Così J. ZILLER, *Commento all'art. I-50*, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PI-COD (a cura di), *Constitution Européenne — Partie I — Commentaire article par article* cit., par. V. Sullo status di « diritto civile fondamentale » del diritto d'accesso v. anche C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione* cit., par. 5, p. 77 e giurisprudenza ivi richiamata.

(35) *Amplius* sull'argomento v. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 833 ss.

b) nel c. 2, dedicata al diritto di accesso al proprio fascicolo, contiene altresì, alle lettere a) e c), rispettivamente, il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio e l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Con questa previsione il concetto generico di trasparenza si riempie, perciò, di altri due contenuti concreti.

Quanto al primo diritto in questione, quello di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio, trattasi di una garanzia che aveva già trovato posto in diverse norme di diritto secondario, ma che poteva però essere riferita solo a specifici settori del diritto comunitario (36). La previsione dell'art. II-101 Cost. UE ha perciò come effetto di generalizzare «...il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio».

Quanto, invece, all'obbligo di motivazione, questo ha origini lontane nel diritto comunitario: basti pensare che, in un'epoca in cui la segretezza dell'attività amministrativa era la regola normale, già nell'art. 15 del Trattato CECA era stata inserita una previsione, ai sensi della quale «*Les décisions, recommandations et avis de la Haute Autorité sont motivés*» (37) (art. 15 Tr. CECA). E, parimenti, l'art. 190 del Trattato CEE del 1957 statuiva che «*I regolamenti, le direttive e le decisioni del Consiglio e della Commissione sono motivati*».

Attualmente la norma generale di riferimento nel Trattato CE è l'art. 253. Mentre la previsione *ex art. II-101 c. 2 lett. c) Cost. UE*, che si riferisce all'obbligo «*per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni*», avrebbe l'effetto — a parere della

---

(36) Si vedano, ad es., l'art. 19 del Regolamento n. 17, in *GUCE*, n. L 13 del 21.02.1962, p. 204 ss. (210), nonché il Regolamento 2842/98/CE del 22 dicembre 1998, che statuisce il diritto di essere ascoltati nel contesto di specifici procedimenti *ex artt. 85 e 86 CE*, in *GUCE*, n. L 354 del 30 dicembre 1998, p. 18. L'art. 18 del Regolamento 4064/89/CEE, relativo ai procedimenti di controllo sulle fusioni, in collegamento con il Regolamento 447/98/CE del 1 marzo 1998, in *GUCE*, n. L 61 del 2 marzo 1998, p. 1 ss.; l'art. 11 del Regolamento 2026/97/CE, in *GUCE*, n. L 288 del 21 ottobre 1997, p. 1 ss. (12), relativo all'audizione nel contesto dei procedimenti antidumping.

(37) Come noto, il testo ufficiale del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, fu firmato a Parigi il 18 aprile 1951 e redatto unicamente in lingua francese. Esso non conteneva alcuna disposizione in materia di regime linguistico delle istituzioni comunitarie.

dottrina — di estendere l'obbligo di motivazione, dai soli regolamenti, direttive e decisioni, al complesso degli atti comunitari (38).

Al di là, tuttavia, del tenore delle previsioni contenute nei Trattati — che non specificano comunque in alcun modo i contenuti concreti dell'obbligo di motivazione — per apprezzare l'importanza giocata, nell'ottica della trasparenza, dall'obbligo di motivazione bisogna fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria. È stata, infatti, la giurisprudenza ad individuare i contenuti concreti dell'obbligo di motivazione ed i criteri generali di riferimento (39).

Per quanto qui più strettamente ci riguarda, è sufficiente peraltro osservare che, sin dalla sentenza *Heylens* del 1987 (40), la Corte ha sottolineato come trattandosi «... nella fattispecie, di assicurare la tutela effettiva di un diritto fondamentale attribuito dal Trattato ai lavoratori della Comunità, bisogna anche che questi ultimi possano difendere tale diritto nelle migliori condizioni possibili». Di tal che, per consentire tale tutela effettiva, «... l'autorità nazionale competente ha l'obbligo di fare loro conoscere i motivi sui quali è basato il suo rifiuto, vuoi nella decisione stessa, vuoi in una comunicazione successiva effettuata su loro richiesta» (41).

##### 5. Segue: *Il codice europeo di buona condotta amministrativa.*

Il primo Mediatore europeo Jacob Söderman — oltre ad avere sostenuto, come noto, davanti alla Convenzione la necessità di inserire nella CED il diritto ad una buona amministrazione (42). — ha lavorato sin dal settembre 1995, data di sua isti-

(38) V. ad es. il *Commento all'art. II-41* di D. SIMON, in BURGORGUE-LARSEN/LEVADE/PICOD (a cura di), *Constitution Européenne — Partie II — La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union — Commentaire article par article*, Bruxelles, 2005, par. 19.

(39) A questo proposito si rinvia a D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 836 ss. In particolare sull'obbligo di motivazione v. anche C. TACCOLA, *La seconda decisione sulla comitologia e l'obbligo di motivazione*, in questa *Rivista*, 2003/6, p. 1588 ss.

(40) Corte giust., sent. 15.10.1987, in causa 222/86, *Heylens*, in *Raccolta*, 1987, p. 4097 ss., su cui si veda, in particolare, il commento di L. DUBOIS, in *Revue française de droit administratif*, 1988, p.691 ss.

(41) Punto 15 della motivazione.

(42) Il diritto in questione non era infatti incluso nella originaria lista dei diritti. È solo a seguito dell'audizione, da parte della Convenzione, dell'allora Mediatore europeo JACOB SÖDERMAN, il 2 febbraio 2000 a Bruxelles, *Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/charter1.htm>, che esso viene inserito.

tuzione, alla definizione del concetto di cattiva amministrazione (43). Ad egli si deve, infatti, l'adozione di quel codice europeo di buona condotta amministrativa finalizzato a spiegare «*ciò che il diritto alla buona amministrazione menzionato dalla Carta significhi nella pratica*» (44).

Il codice contiene delle previsioni intese a meglio specificare il contenuto dei diritti individuati nell'art. II-101 Cost. UE.

Il codice europeo di buona condotta amministrativa, tuttavia, al momento non riveste alcun valore giuridico vincolante. Esso è stato unicamente approvato dal Parlamento con una risoluzione. Contemporaneamente, peraltro, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione a presentare una proposta di regolamento che contenesse il Codice in questione, ma finora nulla è stato fatto, in questo senso, da parte della Commissione. Vale tuttavia la pena di sottolineare, come nel contesto della Costituzione europea esisterebbe una base giuridica adeguata per poter dar corso all'invito del Parlamento europeo. Trattasi dell'art. III-398 Cost. UE, ai sensi del quale «*1. Nell'assolvere i loro compiti, le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente. 2. La legge europea fissa disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo III-427*».

6. *La trasparenza dei lavori delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e la questione linguistica come aspetto essenziale della trasparenza.*

Ai sensi del comma 4 dell'art. II-101 della Costituzione europea «*Ogni persona può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue della Costituzione e deve ricevere una risposta nella stessa lingua*». Questa norma riprende, con alcune modificazioni,

---

(43) Secondo la definizione di cattiva amministrazione proposta dal Mediatore nella sua relazione per il 1997, approvata dal Parlamento europeo «*... si parla di cattiva amministrazione quando un'istituzione omette di compiere un atto dovuto, opera in modo irregolare o agisce in maniera illegittima*» (v. in <http://www.euro-ombudsman.eu.int/report/it/default.htm#19951999>). Lo stesso Mediatore ha poi precisato come la definizione di «cattiva amministrazione» contenga il mancato rispetto «*... dei diritti umani, dello Stato di diritto e dei principi di buona amministrazione*» (Cfr. la relazione annuale 2003 del Mediatore europeo — Compendio e statistiche, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int/report/it/default.htm#20002004>).

(44) Il Mediatore europeo, *Il codice di buona condotta amministrativa*, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/it/default.htm>, p. 7.



quella dell'art. 21 c. 3 CE(45) e pone ancora una volta in luce l'importanza della questione linguistica per il diritto comunitario.

Si è già avuto modo di osservare altrove(46), come nel campo del diritto il multilinguismo comunitario assuma un'importanza del tutto peculiare. Al fine di favorire l'applicazione uniforme e l'effettività del diritto comunitario è infatti necessario, che gli atti comunitari siano redatti in un originale per ognuna delle lingue ufficiali comunitarie(47).

Ma la trasparenza chiede di più. La trasparenza chiederebbe l'accessibilità di *tutti* i documenti comunitari — e non solo degli atti giuridicamente vincolanti — in ognuna delle lingue ufficiali della Comunità. Perché non può realizzarsi, in concreto, quella « *Trasparenza dei lavori delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione* » perseguita dall'art. I-50 Cost. UE, se non è garantita la possibilità per i cittadini comunitari di visionare i documenti nella propria lingua. E meno che meno sarà possibile, evidentemente, « *interessare i cittadini all'elaborazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione* »(48) se non si farà uno sforzo affinché tutti i do-

---

(45) Ai sensi della quale « *Ogni cittadino dell'Unione può scrivere alle istituzioni o agli organi di cui al presente articolo o all'articolo 7 in una delle lingue menzionate all'articolo 314 e ricevere una risposta nella stessa lingua* » In particolare, nella previsione *ex art.* II-101 c. 4 Cost. UE vi è un'estensione dell'ambito dei legittimati attivi, dall'« *ogni cittadino* » dell'art. 21 c. 3 CE, all'« *ogni persona* ». Mentre rispetto alla più ampia previsione dell'art. 21 CE, nell'art. II-101 c. 4 Cost. UE vi è una restrizione nell'ambito dei legittimati passivi alle sole istituzioni comunitarie. Infine, nella previsione *ex art.* II-101 c. 4 Cost. UE si è aggiunto un ulteriore elemento di doverosità: non vi è più solo il dovere di utilizzare per la risposta la medesima lingua utilizzata per la richiesta, ma — in ossequio alla massima apertura e trasparenza — vi è anche il dovere, da parte delle istituzioni, di dare una risposta alla richiesta del cittadino.

(46) V. D.U. GALETTA, « *Garanzia linguistica* » e diritto amministrativo europeo: *fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di « cattiva traduzione* », in questa *Rivista*, 2005/2, p. 345 ss.

(47) Così J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2004, p. 84. La Corte di giustizia, infatti, ha sin dall'inizio ribadito l'esigenza che il diritto comunitario sia applicato e quindi interpretato in modo uniforme ed ha sottolineato come questo « *... esclude la possibilità di considerare isolatamente una delle versioni, e rende al contrario necessaria l'interpretazione basata sulla reale volontà del legislatore e sullo scopo da questo perseguito alla luce di tutte le versioni linguistiche* ». Così Corte di giustizia, sentenza in causa 29/69, *Raccolta*, 1969, p. 419. Per un'esauritiva panoramica delle sentenze della Corte di giustizia a questo proposito fino al 1984 si rinvia a M. MARILÙ, *L'interpretazione dei trattati plurilingue nella prassi delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1985, 4, pp. 224-262. Più di recente si vedano, fra le altre, Corte di giustizia, sentenza in causa C-314-91, *Raccolta*, 1993, p. 1073 ss.; Corte di giustizia, sentenza in causa C 212-91, *Raccolta*, 1994, p 1-171 ss.; Corte di giustizia, sentenza in causa C-449-93, in *Raccolta*, 1995, p. I-4291 ss.

(48) Così nel Libro Bianco sulla Governance europea, COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 05 agosto 2001, COM(2001) 428, cit.

cumenti, inclusi ovviamente anche quelli preparatori, vengano resi disponibili in ognuna delle lingue ufficiali.

Sotto questo profilo desta molte perplessità, ad esempio, la circostanza che, proprio nel sito di uno degli organi maggiormente impegnati in questa battaglia per una maggior trasparenza, quello del Mediatore europeo, vi siano numerosi, importanti documenti pubblicati unicamente in lingua inglese e francese. Né si può obiettare, a questo riguardo, che i costi della traduzione sono un problema: il Libro Bianco sulla Governance della Commissione europea — come si è visto — si fonda, fra gli altri, sul principio che «... *le istituzioni devono operare in modo più aperto: assieme agli Stati membri, devono adoperarsi attivamente per spiegare meglio, con un linguaggio accessibile e comprensibile al grande pubblico, che cosa fa l'Unione europea e in che consistono le decisioni che essa adotta*». Ma come può essere accessibile e comprensibile un documento redatto in una lingua che non si conosce?

#### 7. *Trasparenza e Governance amministrativa nel diritto europeo, dalla filosofia al diritto: riflessioni conclusive su diritto di accesso, partecipazione e obbligo di motivazione degli atti.*

Secondo l'opinione di autorevole dottrina, ove riferita all'attività amministrativa la nozione di trasparenza evoca la ben nota metafora di Filippo Turati, della pubblica amministrazione come «casa di vetro» «*all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantemente visibile*» (49).

Sebbene la metafora richiamata risulti senza dubbio seducente essa, al pari di molti discorsi pronunciati su queste tematiche (50), si muove su di un piano che — a parere di chi scrive — è ancora quello della filosofia o, al più, della teoria del diritto e non, invece, quello del diritto positivo. Anche la trasparenza, in-

---

(49) M. CLARICH, *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, intervento al Convegno su «Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa» Roma, Palazzo Spada, 11 febbraio 2004, in [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/clarich4.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/clarich4.htm)

(50) A questo proposito è interessante visionare, sul sito della Commissione europea, le pagine di Siim Kallas dedicate alla «European Transparency Initiative», in [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kallas/transparency\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kallas/transparency_fr.htm)

fatti, al pari della *Governance*, appare come un concetto polivalente (51) e dai contenuti indefiniti: una sorta di «parola magica» buona a tutti gli usi (52). Come sottolineava, infatti, il Mediatore europeo Söderman nel suo importante rapporto FIDE del 1998, «*Everyone is in favour of «transparency», but too much popularity risks depriving the term of a precise meaning»*» (53).

È possibile, tuttavia, a parere di chi scrive, dare concretezza in termini giuridici al termine trasparenza. E per fare questo bisogna fare riferimento, come si è sin qui illustrato, in particolare a tre istituti (54). Poiché la trasparenza nel diritto europeo (55) significa essenzialmente tre cose: diritto di accesso agli atti, partecipazione ai procedimenti, obbligo di motivazione degli atti.

#### A) *Sul diritto di accesso.*

Per un giurista la piena applicazione del principio di trasparenza esige che vi sia non solo un'amministrazione «casa di vetro», che chiunque potrà dall'esterno osservare. È necessario che vi sia, in primo luogo, un vero diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e, di più, che questo diritto sia garantito non solo formalmente, ma anche sostanzialmente.

Dal punto di vista della garanzia formale del diritto di accesso vi è ora, come si è visto, il regolamento n. 1049/2001/CE sull'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni, che ha la particolarità di concedere un ampio accesso, indipendente dalla titolarità e dalla necessità di tutelare posizioni giuridiche qualificate. Quindi, se diversamente dal legislatore nazionale il legislatore comunitario non ha certo espulso la trasparenza del diritto

---

(51) R. VILLATA, La trasparenza dell'azione amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528.

(52) Così G. ARENA, in ID. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1992, p. 15. Nello stesso senso v. M.F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, *Les obligations communautaires des Etats membres en matière de transparence*, in J. RIDEAU (a cura di), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique?*, L.G.D.J., 1999, p. 175, che definisce la trasparenza come «*un concept à la mode*».

(53) J. SÖDERMAN, «*The Citizen, the Administration and Community Law*», rapporto al XVIII Congresso della FIDE (Fédération internationale de droit européen), Stoccolma, 3-6 giugno 1998, in <http://www.euro-ombudsman.eu.int>.

(54) Per una ricostruzione «pentagonale» del concetto comunitario di trasparenza si veda invece C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, cit., p. 64 ss. e dottrina ivi cit.

(55) La trasparenza è un elemento integrante in tutti e tre e i pilastri, anche se si applica ad ognuno di essi in modo differente. Cfr. M. MIGLIAZZA, *Brevi riflessioni sugli sviluppi della trasparenza nell'Unione europea*, cit., p. 1364 ss.

di accesso (56), tuttavia, sotto il profilo sostanziale, l'effettività del diritto di accesso potrà essere assicurata, da un lato, come si è detto, solo mettendo a disposizione documenti tradotti in tutte le lingue ufficiali della Comunità. Dall'altro, solo tentando di rendere comprensibili per i loro destinatari i testi di cui si garantisce l'accesso.

Sul primo aspetto richiamato — come si è visto — vi è ancora molto da fare e il rischio costante di passi indietro giustificati dalla necessità di contenere i c.d. costi della traduzione.

Sul secondo aspetto, invece, almeno in teoria molto già è stato fatto. In particolare, in occasione della firma del Trattato di Amsterdam, la Conferenza intergovernativa ha voluto dare un ulteriore impulso alle iniziative in tal senso e lo ha fatto con la dichiarazione n. 39 sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria, adottata il 2 ottobre 1997 e allegata all'atto finale del Trattato di Amsterdam. Si legge, infatti, nel documento che: «*La Conferenza osserva che la qualità redazionale della legislazione comunitaria è di fondamentale importanza perché essa possa essere correttamente applicata dalle competenti autorità nazionali e meglio compresa dal pubblico e dagli ambienti professionali*». E, in ottemperanza a tale dichiarazione, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno firmato il 22 dicembre 1998 un accordo interistituzionale sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria, che stabilisce 22 regole per la redazione degli atti (57).

---

(56) A questo proposito v. E. CARLONI, *Nuove prospettive della Trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, cit., p. 573 ss.

(57) Fra di esse vi è, in particolare: a) l'invito a formulare le disposizioni degli atti in modo conciso e con un contenuto per quanto possibile omogeneo, evitando gli articoli e le frasi troppo lunghi, nonché le formulazioni inutilmente complesse e l'abuso di abbreviazioni. b) l'invito a rispettare, durante tutto il procedimento di formazione degli atti, il carattere plurilingue della legislazione comunitaria, ricorrendo quindi «con prudenza a concetti e terminologie peculiari di un sistema giuridico nazionale». c) La redazione degli atti comunitari generali «secondo una struttura uniforme (titolo, preambolo, articolato e, all'occorrenza, allegati)», con la precisazione che «i visto indicano la base giuridica dell'atto e le fasi essenziali del suo procedimento di formazione», mentre «i considerando motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurre o parafrasarne il dettato» e senza contenere enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica. d) l'enunciazione di principi fondamentali in base ai quali le modificazioni devono essere testuali, gli atti divenuti obsoleti sono soggetti ad abrogazione espressa e l'adozione di un nuovo atto «dovrebbe dar luogo all'abrogazione espressa di ogni atto o disposizione divenuti senza oggetto per effetto di un nuovo atto o in conflitto con il medesimo».

B) *Sulla partecipazione.*

Ma la trasparenza, se certamente include in sé il diritto d'accesso, non si risolve tuttavia in esso (58). Ove non fossero, infatti, previste anche modalità di partecipazione del singolo al processo di formazione degli atti comunitari, la trasparenza diverrebbe uno strumento di conoscenza, al più finalizzato a consentire al singolo una migliore tutela giurisdizionale. Non potrebbe però asurgere al rango di strumento della *Governance* europea. Se, infatti, secondo l'impostazione del Libro Bianco, la *Governance* europea vuole dotarsi di strumenti che le consentano di avvicinare maggiormente l'Unione ai cittadini europei, che la rendano più efficace, che rafforzino la democrazia in Europa e consolidino la legittimità delle sue istituzioni, ecco che, oltre all'accesso, è la partecipazione a divenire uno strumento essenziale (59).

Sotto questo profilo, come si è visto, la strada da fare è ancora molta. Eccezion fatta per le normative settoriali, non vi è infatti alcuna norma del Trattato CE che apra alla partecipazione del cittadino (60). E la stessa previsione del comma 2, lett. a) dell'art. I-101 Cost. UE si limita a statuire «*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*»: non si tratta, cioè, del diritto di partecipare *tout court*, ma solo della partecipazione vista in funzione di difesa del singolo.

C) *Sull'obbligo di motivazione degli atti comunitari.*

Nell'ottica di una trasparenza che scende dal piano delle mere dichiarazioni di principio, per diventare vero e proprio diritto, il vero «fiore all'occhiello» del diritto comunitario e, invece, l'obbligo di motivazione degli atti. Previsto sin dal Trattato di Roma del 1957 (e altresì — come si è visto — già nel Trattato CECA), questo diritto è stato precisato e sviluppato nella giuri-

---

(58) Così già E. CHITI, *Il diritto d'accesso ai documenti nel caso The Guardian*, in questa *Rivista*, 1996, p. 376. V. anche L. VALENTINO, *Più «trasparenza» sul diritto di accesso ai documenti del Consiglio e della Commissione*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 2001/4, p. 1924 ss.

(59) In questo senso si vedano le interessanti riflessioni di A. FROST, *Restoring faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union*, in *European Public Law*, 2003, p. 87 ss.

(60) A questo proposito v. L. IDOT, *La trasparenza dans les procédures administratives: l'exemple du droit de la concurrence*, in J. RIDEAU (a cura di), *La trasparenza dans l'Unione européenne*, cit., p. 121 ss

sprudenza della Corte di giustizia, divenendo qualcosa di più che un mero strumento di difesa: cioè un vero e proprio strumento di trasparenza (61).

E, sempre nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di obbligo di motivazione, si coglie il nesso stretto che esiste fra partecipazione e trasparenza: ove il destinatario dell'atto abbia infatti partecipato al procedimento che ha condotto all'emanazione dell'atto, la trasparenza è già garantita. Sicché soprattutto nei procedimenti sulla concorrenza e l'antidumping, che si basano su di un'ampia partecipazione e collaborazione delle imprese interessate, la Commissione non è tenuta ad esporre circostanze già note. In queste ipotesi si riduce, perciò, in maniera consistente anche la possibilità di far valere violazioni dell'obbligo di motivazione (62). Il che conferma il valore non formale, ma sostanziale dell'obbligo di motivazione nell'ordinamento e nella giurisprudenza comunitaria.

La conseguenza di ciò è che la mancata motivazione, in ambito comunitario, non è mai vizio meramente formale e, quindi, sanabile (63).

---

(61) A questo proposito si veda l'interessante commento di S. FOÀ, *Novità giurisprudenziali sui profili comunitari del diritto d'accesso nel procedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl. compar. eu.*, 1999, p. 1565 ss.

(62) Sul punto si veda M. LAIS, *Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2002/3, p. 15.

(63) Cfr. C. TACCOLA, *La seconda decisione sulla comitologia e l'obbligo di motivazione*, cit., p. 1605 s.



JACQUES ZILLER

## LA SUSSIDIARIETÀ COME PRINCIPIO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO (\*)

SOMMARIO: Oggetto dell'analisi. — 2. La sussidiarietà nei Trattati europei. — 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di sussidiarietà. — 4. Il principio di sussidiarietà nel diritto degli Stati membri. — 5. La Costituzione per l'Europa.

### 1. *Oggetto dell'analisi.*

Sin dal momento del suo inserimento nel Trattato Ce ad opera del Trattato di Maastricht il principio di sussidiarietà è stato fatto oggetto di numerosi commenti. In particolare ci si è posti la questione se si trattasse di un principio di natura giuridica o politica (1).

È facile rispondere a questa domanda in senso affermativo: si tratta sicuramente di un principio giuridico, dal momento che esso è scritto nei trattati, che può essere utilmente invocato dinanzi alle giurisdizioni e che ha generato una giurisprudenza che permette di apprezzarne la portata. Più difficile è rispondere ad un'altra questione che — a che mi consti — non è stata ancora indagata dalla dottrina (2): il principio di sussidiarietà si applica soltanto all'attività legislativa della Comunità e dell'Unione, ov-

---

(\*) La traduzione e l'adattamento del testo sono a cura di DIANA-URANIA GALETTA. Il presente saggio riprende le riflessioni proposte dall'Autore nella voce «*Le Principe de subsidiarité*», in J.B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (a cura di), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, in corso di pubblicazione.

(1) V. fra altri BERMANN, G.A., *Taking subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 2, marzo 1994, pp. 331-456; H. BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, pp. 25 ss.; V. CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 305 ss.; T. KOOPMANS, *Subsidiarity, Politics and the Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 112 ss.

(2) V. però S. CASSESE, *L'aquila e le mosche*, *Principio di sussidiarietà e diritti am-*



vero ha altresì la vocazione ad essere applicato all'attività di esecuzione della legislazione e delle politiche comuni? Detto altrimenti, il principio di sussidiarietà può essere considerato come un principio del diritto *amministrativo* europeo?

Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa apporta degli elementi di novità che implicano una risposta essenzialmente negativa (v. par. 5) e che confermano gli elementi rilevanti della giurisprudenza comunitaria (v. par. 3). Mentre ove si prendano in considerazione, da un lato, il testo dei Trattati attualmente in vigore (par. 2) e, dall'altro lato, il diritto comparato (v. par. 4), si giunge ad una risposta più sfumata se non addirittura di segno positivo.

## 2. *La sussidiarietà nei Trattati europei.*

Il principio di sussidiarietà è apparso nel vocabolario del diritto comunitario con il Trattato di Maastricht ed è enunciato all'art. 5 CE (*ex art. 3B*) comma 2. Il preambolo del Trattato UE si riferisce a «un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà». E il suo art. 2 (*ex art. B*) statuisce che «Gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito [all'articolo 5 CE]».

Risulta chiaramente da questa formulazione, che il principio di sussidiarietà concerne la messa in opera delle competenze europee e non già la ripartizione tra il livello nazionale e quello comunitario. Questo risulta in particolare dalla circostanza che, contrariamente al principio di proporzionalità enunciato al terzo comma del medesimo articolo, il principio di sussidiarietà non si applica alle competenze esclusive, ma solamente alle competenze della Comunità e dell'Unione concorrenti con quelle degli Stati membri.

Una lettura affrettata di queste disposizioni potrebbe addirittura dare l'impressione che si tratti essenzialmente di un principio di diritto amministrativo, come parrebbe implicare l'utilizzo dei termini *azione* e *decisione*. Ma il vocabolario del diritto europeo

---

*amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, p. 373 ss.; M. P. CHITI, *Principi di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 505 ss.

non è il vocabolario del diritto interno: nel diritto comunitario *azione* ha sempre avuto il significato di *competenza*. E il termine *decisione* si applica a tutti gli atti giuridici prodotti dall'attività delle istituzioni dell'Unione, quale che sia la loro denominazione e la loro natura: atti normativi o decisioni individuali, atti unilaterali e accordi.

Per un certo periodo ha regnato un po' di confusione, sia nelle istituzioni che nella dottrina, tra il principio di sussidiarietà enunciato dall'art. 5, comma 2, e il principio di proporzionalità enunciato al comma 3 del medesimo articolo. Ciò stupisce ancor meno ove si consideri che si tende ad individuare l'origine di entrambi i principi nel diritto tedesco. Il principio di proporzionalità è un principio fondamentale del diritto pubblico tedesco dove si estende a tre elementi differenti: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto (3). Non si può non essere colpiti per la similitudine tra il test di proporzionalità del diritto tedesco e l'art. 5 CE, che contiene parimenti:

— il principio dell'idoneità: lo si trova, in parte, nel comma 2, che enuncia il principio di sussidiarietà, ai sensi del quale gli obiettivi della Comunità «possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario». Lo si trova ancor più nel comma 1, che enuncia il principio d'attribuzione o di specialità, principio di base del Trattato istitutivo della Comunità europea, così come del diritto delle organizzazioni internazionali: «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato».

— I due principi di necessità e di proporzionalità in senso stretto si trovano non soltanto nel comma 3 che rappresenta un tentativo di formulare il principio di proporzionalità e che prevede che «L'azione della Comunità non va al di là di [*proporzionalità in senso stretto*] quanto necessario [*necessarietà*] per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato». Si trovano anche nel comma 2 che enuncia il principio di sussidiarietà: «la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se [*necessarietà*] e nella misura in cui [*proporzionalità in*

---

(3) V. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di «spill over» negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541 ss.

*sensu stretto*] gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri».

Una parte essenziale delle conclusioni del vertice di Edimburgo del 12-13 dicembre 1992 fu dedicata a come il principio di sussidiarietà dovesse essere messo in opera da parte delle istituzioni comunitarie e, soprattutto, della Commissione. Da quel momento in poi la pratica si è orientata verso un uso esclusivo del principio di sussidiarietà come parametro di valutazione, all'interno del Consiglio, delle proposte di direttive o di regolamenti comunitari presentate dalla Commissione. Le conclusioni di Edimburgo prevedevano una procedura iscritta nel regolamento interno del Consiglio: la possibilità per ogni Stato di chiedere che sia portato dinnanzi al Consiglio l'esame di ogni proposta che sollevasse dei problemi dal punto di vista della sussidiarietà. Il che implica l'esame da parte del Consiglio non soltanto del rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche dell'insieme della proposta sotto il profilo del merito. Esse prevedevano ugualmente un nuovo obbligo per la Commissione: quello di motivare ciascuna delle sue proposte sotto il profilo della sussidiarietà.

La pratica che si è così sviluppata è stata oggetto di una codificazione e di precisazioni ad opera del Protocollo n. 30 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità annesso al Trattato di Amsterdam del 1997 (4). Il protocollo è consacrato essenzialmente alla definizione del test di sussidiarietà che deve essere applicato dalla Commissione per ogni proposta di «atto legislativo» e dei cui esiti deve darsi conto nella motivazione delle sue proposte. Il protocollo di Amsterdam contribuisce così a limitare l'ambito di applicazione del principio di sussidiarietà all'attività legislativa delle istituzioni comunitarie. L'applicazione del principio di sussidiarietà alle proposte di testi legislativi genera tuttavia un'importante attività amministrativa di monitoraggio giuridico esercitato dal servizio giuridico della Commissione, che verifica la conformità di ciascuna proposta alle linee direttrici definite dal protocollo di Amsterdam (5).

---

(4) GUCE n. C 340 del 10/11/1997 p. 105. Cfr. V. CONSTANTINESCO, *Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, 1997, p. 751 ss.

(5) V. C.-F. DURAND, *La mise en oeuvre du principe de subsidiarité*, in F. DELPÉRIÉE (a cura di), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles-Paris, 2002, pp. 367-373.

D'altra parte il protocollo d'Amsterdam contiene due punti che meno sovente sono messi in evidenza, ma che hanno una particolare rilevanza per il diritto amministrativo europeo con riguardo alla sua applicazione all'amministrazione indiretta e alla coamministrazione. Il punto 8 richiama gli obblighi degli Stati membri che derivano dal principio di lealtà comunitaria: «Quando, in virtù dell'applicazione del principio della sussidiarietà, la Comunità non intraprende alcuna azione, [...] adottando tutte le misure idonee ad assicurare l'assolvimento degli obblighi loro incombenti in forza del trattato e astenendosi da qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento degli obiettivi del trattato». Più innovativo è forse il punto 7 che statuisce: «Riguardo alla natura e alla portata dell'azione comunitaria, le misure comunitarie dovrebbero lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, purché sia garantito lo scopo della misura e siano soddisfatte le prescrizioni del trattato. Nel rispetto del diritto comunitario, si dovrebbe aver cura di salvaguardare disposizioni nazionali consolidate nonché l'organizzazione ed il funzionamento dei sistemi giuridici degli Stati membri. Se opportuno, e fatta salva l'esigenza di un'effettiva attuazione, le misure comunitarie dovrebbero offrire agli Stati membri vie alternative per conseguire gli obiettivi delle misure».

Quest'ultimo aspetto del principio di sussidiarietà è stato applicato attraverso delle procedure specifiche soltanto con la messa a punto dei nuovi metodi dell'analisi d'impatto, messi in opera dalla Commissione nel 2004 (6). Lo sviluppo di un'intensa attività consultiva da parte della Commissione getta altresì le basi per una disciplina della consultazione suscettibile di generare del contenzioso — malgrado le limitazioni derivanti dalla definizione restrittiva dell'interesse ad agire di cui all'art. 234 CE — così come una giurisprudenza del Mediatore europeo. Questa attività consultiva si applica fra l'altro alle collettività territoriali degli Stati membri e coinvolge il Comitato delle Regioni che ha preso posizione a favore dello sviluppo di questi studi di impatto (7). Ciò

---

(6) COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment Guidelines*, SEC(2005) 791, in [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/impact/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/impact/index_en.htm).

(7) Parere del COMITATO DELLE REGIONI del 12 ottobre 2005, in merito alla Relazione della Commissione «Legiferare meglio 2004» e alla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo «Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione nell'Unione», in <http://coropinions.cor.eu.int/CORopinions.aspx>.

potrebbe portare ad interessanti sviluppi di quella parte del diritto amministrativo europeo che concerne l'attività pre-legislativa della Commissione, alla quale dovrebbero applicarsi numerose regole e principi del procedimento amministrativo.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di sussidiarietà.*

Di fronte alla giurisprudenza comunitaria sul principio di proporzionalità, abbondante e ormai risalente, la giurisprudenza sul principio di sussidiarietà risulta particolarmente limitata tanto in termini quantitativi che qualitativi. Bisogna tuttavia essere prudenti nel contrapporli e non comparare ciò che non è comparabile. Il principio di sussidiarietà può essere invocato soltanto rispetto ad atti delle istituzioni comunitarie, mentre il principio di proporzionalità si applica anche alle misure delle autorità degli Stati membri. La pratica tende altresì a collegare la sussidiarietà agli atti «legislativi», mentre la proporzionalità si applica senza dubbio a tutte le tipologie di atti, siano essi legislativi o di esecuzione. Ciò nonostante i principi di sussidiarietà e proporzionalità, così come definiti dall'art. 5 CE, possono applicarsi, in teoria, entrambi, sia agli atti normativi generali che agli atti di esecuzione.

Allo scopo di comparare ciò che è comparabile nella giurisprudenza comunitaria relativa ai principi di proporzionalità e sussidiarietà e perciò prudente limitarsi alla casistica che applica il principio di proporzionalità a degli atti legislativi o quantomeno normativi. Sebbene essa sia riconosciuta dall'art. 207 CE e dall'art. 7 del regolamento interno del Consiglio, la nozione di atto legislativo non ha conseguenze sotto il profilo del contenzioso diversamente dalla nozione di atto normativo, che è centrale nel contesto del ricorso di annullamento. Essa appare nell'art. 230, comma 4, CE, nella formula di «decisioni [...] che, pur appearing come un regolamento...». Questa disposizione limita considerevolmente le possibilità di un ricorso di annullamento da parte di persone fisiche o giuridiche contro atti normativi, visto che questi potenziali ricorrenti dovrebbero dimostrare che l'atto contestato li riguarda «direttamente», ma anche «individualmente». Accanto al ricorso di annullamento anche le questioni pregiudiziali sono una fonte di giurisprudenza per quel che concerne l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità

agli atti comunitari, nella misura in cui queste pongano un quesito sulla loro validità.

Il numero di pronunzie della Corte e del Tribunale di primo grado che applicano il principio di proporzionalità ad atti normativi non ha nessuna ragione di essere più consistente del numero di quelle che applicano il principio di sussidiarietà a tali atti. Se non fosse che il principio di proporzionalità era noto e utilizzato dai giudici di Lussemburgo e dai ricorrenti sin dagli anni cinquanta, mentre il richiamo al principio di sussidiarietà è solo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il 1° novembre 2003 (8). Si fa sovente notare che la Corte non ha mai annullato un atto comunitario per violazione del principio di sussidiarietà. Sarebbe tuttavia errato dedurne l'inutilità di invocare questo principio a sostegno di un ricorso o, ancora, che esso avrebbe natura politica mentre il principio di proporzionalità ha natura giuridica. Il fatto che la Corte annulli degli atti comunitari di esecuzione per mancata osservanza della proporzionalità e che valuti delle misure nazionali, regionali o locali come contrarie al diritto comunitario per questa ragione non significa che essa sia altrettanto disposta ad annullare con facilità degli atti comunitari a carattere legislativo, che di fatto essa non annulla che raramente.

Sia nel contesto di un ricorso di annullamento che nel contesto di una questione pregiudiziale è possibile — e rappresenta una buona tattica argomentativa — accumulare i motivi di ricorso, ossia le categorie degli argomenti giuridici a sostegno dello stesso. È dunque perfettamente normale che le parti che invocano, nel contesto di un ricorso, la questione relativa al principio di proporzionalità, invochino parimenti quella relativa al principio di sussidiarietà. Ed è altrettanto normale che il principio di proporzionalità sia invocato in maniera più sistematica rispetto a quello di sussidiarietà, dato per scontato che quest'ultimo ha la

---

(8) Sarebbe possibile effettuare uno studio statistico sui casi nei quali il principio di proporzionalità è stato applicato allo scopo di valutare la validità di un atto normativo. Ma, data per scontato l'elevata frequenza con cui viene invocato questo principio davanti ai giudici di Lussemburgo e le difficoltà di delimitare la nozione di atto normativo, il rapporto costi-benefici di uno studio siffatto sarebbe estremamente esiguo. L'ipotesi di chi scrive è altresì confermata dalle indagini di quella dottrina che ha studiato il principio in maniera esaustiva. Cfr. N. EMILIOU, *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996, et D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

reputazione di non essere molto utile al fine di ottenere l'annullamento di un atto o la dichiarazione della sua invalidità nel contesto di una questione pregiudiziale.

La Corte si è mostrata estremamente prudente nel sindacato sulle scelte fatte dal legislatore comunitario. Spetta, infatti, in primo luogo a lui la valutazione delle conseguenze economiche sociali o politiche che debbono trarsi dall'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. La Corte concentra il suo controllo sul procedimento che ha condotto alla decisione, al fine di assicurare il rispetto dei diritti e delle prerogative delle diverse parti che prendono parte a questo processo decisionale, ivi compresi i cittadini, e di permettere a tutti gli interessati di comprendere i ragionamenti seguiti dal legislatore comunitario. Pertanto essa sovente limita il suo controllo a quello sull'esistenza di un errore manifesto, come l'invita a fare la formulazione dei motivi di ricorso contenuta nei Trattati. Tipicamente, ove alle istituzioni sia riservata la valutazione dei fatti determinanti la portata dell'azione comunitaria, in particolare in materia economica (9), sociale e politica, la Corte limita il suo sindacato all'errore manifesto di apprezzamento.

La giurisprudenza della Corte in materia di sussidiarietà, così come di proporzionalità degli atti legislativi comunitari può riassumersi facilmente:

— nel riservarsi la possibilità di annullare un tale atto in caso di errore manifesto d'apprezzamento del legislatore comunitario, la Corte non entra nella discussione sulle ragioni che hanno spinto il legislatore a scegliere una soluzione al posto di un'altra, allorché le circostanze economiche sociali e politiche relative alla scelta compiuta dal legislatore siano complesse e mutevoli. Cosa che avviene peraltro di frequente.

— Per contro la Corte esercita un controllo dettagliato sull'osservanza degli aspetti formali della garanzia inerente al principio di sussidiarietà, che deve risultare chiaramente dalla motivazione degli atti legislativi che, a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, devono includere delle argomentazioni che soddisfino le linee direttrici indicate da quel protocollo.

— La Corte è nondimeno disposta ad esaminare molto in dettaglio l'argomento inerente all'intensità dell'azione, che scaturi-

---

(9) Corte giust., sent. 20 ottobre 1977, in causa 29/77, *Roquette frères*, in *Raccolta*, 1977, p. 1835 ss., cui ha fatto seguito una giurisprudenza costante.

sce piuttosto dal principio di proporzionalità, sempreché le circostanze non siano troppo complesse o in evoluzione.

Piuttosto che fare riferimento alla sentenza *British American Tobacco* (10), sovente evocata dai commentatori, il ragionamento utilizzato dalla Corte nel suo esame sul principio di sussidiarietà e di proporzionalità può essere meglio illustrato facendo riferimento ad una delle cause più recenti in cui è stata invocata la violazione di questi due principi oltre che dell'uguaglianza di trattamento, del diritto di proprietà, del libero esercizio dell'attività economica e dell'obbligo di motivazione. Trattasi della sentenza 12 luglio 2005 nel caso *Nutrilink* (11), in cui era stata contestata la legittimità della Direttiva 2002/46/CE relativa agli integratori alimentari, sulla base di una questione pregiudiziale posta dalla Corte amministrativa del Regno Unito e dall'assemblea regionale del Galles. Per stabilire se l'obiettivo perseguito dalla direttiva non avrebbe potuto essere raggiunto in maniera soddisfacente attraverso un'azione adottata a livello dei soli Stati membri e presupponeva, invece, un'azione a livello comunitario, la Corte afferma (punto 106) che «Lasciare agli Stati membri il compito di disciplinare il commercio degli integratori alimentari non conformi alla direttiva 2002/46 provocherebbe il perpetuarsi dello sviluppo divergente delle normative nazionali e, pertanto, degli ostacoli agli scambi tra Stati membri e delle distorsioni della concorrenza relative a questi prodotti.». In seguito essa si riferisce all'obbligo del legislatore comunitario di garantire un livello elevato di protezione della salute delle persone. Essa afferma (punti 111-112) che le disposizioni della direttiva «non eccedono quanto necessario al conseguimento di tale obiettivo [e dunque] non sono invalide per violazione del principio di proporzionalità», sulla base di una lettura congiunta dei diversi considerando della direttiva, coi quali essa confronta le disposizioni rilevanti della direttiva medesima (punti da 55 a 70).

---

(10) Corte giust., sent. 10 dicembre 2002, in causa C-491/01 *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, in *Raccolta*, 2002, p. I-11453 ss.

(11) Corte giust., sent. 12 luglio 2005, in cause riun. C-154/04 et C-155/04, *The Queen., ex parte Alliance for Natural Health, Nutri-Link Ltd c. Secretary of State for Health e The Queen, National Association of Health Stores, Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health, National Assembly for Wales*, in *Raccolta*, 2005.



Il giudice comunitario non ha mai applicato il principio di sussidiarietà ad una decisione individuale della Commissione, né ad un atto normativo adottato sulla base di un atto generale di diritto derivato. Ma sarebbe errato dedurre che la Corte di Lussemburgo volesse con ciò dare ad intendere che non si tratta di un principio di diritto amministrativo europeo: sino a questo momento non vi è stato alcun ricorso contro un atto « amministrativo » comunitario che sia stato basato sul motivo della violazione del principio di sussidiarietà, di tal che la Corte non ha semplicemente avuto l'occasione di pronunciarsi. È d'altronde poco verosimile che dei ricorsi siffatti vengano proposti per l'avvenire, per il semplice fatto che il principio di sussidiarietà ha una cattiva reputazione come principio idoneo a portare effettivamente ad un annullamento o ad una dichiarazione di invalidità di un atto comunitario.

#### 4. *Il principio di sussidiarietà nel diritto degli Stati membri.*

Presente nel diritto tedesco, anche se non esplicitamente formulato, il principio di sussidiarietà ha transitato verso il diritto comunitario e dell'Unione ed è stato ripreso da un numero crescente di ordinamenti nazionali. È un caso atipico di fecondazione reciproca e di « irraggiamento » (*rayonnement*) (12) in ambiti che superano di gran lunga le competenze della Comunità e dell'Unione. È atipico, contrariamente al caso del principio di proporzionalità (13), poiché sono soprattutto gli uomini politici ad averne decretato la fortuna, ivi compreso nella loro funzione di legislatori o di costituenti, mentre il principio di proporzionalità è stato trasposto soprattutto per via giurisprudenziale.

L'introduzione del principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht è in larga parte la conseguenza delle osservazioni presentate al Presidente della Commissione europea Jacques Delors da parte dei governanti dei *Länder* tedeschi in occasione degli incontri che hanno avuto luogo nel 1987. I *Länder* non hanno

---

(12) Si preferisce questa espressione a quella normalmente utilizzata di « *spill over* », che evoca l'idea di un liquido che fuoriesce da un contenitore troppo pieno.

(13) V. D.U. GALETTA op. cit., come anche M. FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, in *Actualité juridique, droit administratif (AJDA)*, 1995, n. speciale, p. 156 ss.; J. ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, in *AJDA*, 1996, n. speciale, p. 185 ss.

smesso, da allora, di far valere che le loro competenze legislative devono essere protette tramite l'applicazione del principio di sussidiarietà contro gli sconfinamenti della legislazione comunitaria, sebbene i poteri dei *Länder* derivino essenzialmente dalla competenza di principio di esecuzione amministrativa della legislazione federale e non già dall'esercizio delle loro competenze legislative, che restano molto residuali. Il federalismo tedesco è un federalismo d'esecuzione, rinforzato dalla circostanza che il Consiglio federale (*Bundesrat*) è composto da membri dell'esecutivo e non da delegati eletti direttamente o attraverso le assemblee legislative dei *Länder*, come negli Stati Uniti.

Il principio di sussidiarietà non appare in modo esplicito nella legge fondamentale del 1949 più di quanto esso non apparisse nelle precedenti costituzioni federali della Germania. Esso rimane essenzialmente un principio della filosofia politica, formulato per la prima volta sotto la denominazione di principio di sussidiarietà dal giurista tedesco Johannes Althusius (1557-1638) ed è utile ricordare come esso non apparisse nella giurisprudenza tedesca (14). Il che si spiega senza dubbio con il fatto, che il principio di proporzionalità era, invece, particolarmente presente ed effettivo. Il principio di sussidiarietà è stato scritto nell'art. 23 della *Grundgesetz* tedesca con la revisione costituzionale concomitante alla ratifica del Trattato di Maastricht, e si riferisce pertanto ai rapporti fra la Germania e l'Unione europea.

Nel diritto tedesco il principio di sussidiarietà si manifesta essenzialmente in due ambiti. Da una parte esso permette di stabilire se la Federazione possa legittimamente esercitare le competenze legislative che detiene in maniera congiunta con i *Länder* e che coprono la maggior parte degli ambiti della legislazione in Germania, dal diritto civile sino all'organizzazione amministrativa. La legge fondamentale non utilizza il termine sussidiarietà, ma precisa nel suo art. 72 i motivi che giustificano un intervento della Federazione: ossia la garanzia di condizioni di vita equivalenti (*gleichwertige Lebensverhältnisse*) e la salvaguardia dell'unità giuridica o economica (*die Wahrung der Rechts — oder Wirt-*

---

(14) Cfr. J. SCHWARZE, *The Principle Subsidiarity and the Distribution of Powers*, in U. KARPEN (a cura di), *National legislation in the European framework*, Baden-Baden, 1995, pp. 132-151.

*schaftseinheit*). Questa previsione ha avuto indubbiamente l'effetto di operare una centralizzazione in materia legislativa. D'altra parte il principio di sussidiarietà implica che la competenza di principio per le questioni locali appartenga ai comuni (*Gemeinden*). Queste competenze non possono essere esercitate dalle associazioni intercomunali — ma neppure dai «circoli» (*Kreise* — collettività territoriale intermedia tra il comune e il *Land* in certe parti del territorio) — se non nella misura in cui i comuni non siano in grado di regolare da sé i problemi. Questo principio, che non è scritto espressamente nella Costituzione, deriva secondo la dottrina e la giurisprudenza dall'art. 28 della legge fondamentale, che garantisce l'auto-amministrazione (*Selbstverwaltung*) delle collettività locali.

Se non può contestarsi l'origine tedesca del principio di sussidiarietà — per quel che concerne sia la sua ispirazione nella teoria costituzionale sia l'importanza del ruolo dei *Länder* tedeschi per la sua adozione — la sua formulazione nel Trattato di Maastricht è largamente dovuta al governo britannico e non si riferisce ad una esperienza giuridica concreta degli Stati membri della Comunità al momento della conclusione di questo Trattato. La sua consacrazione nel Trattato di Maastricht, e in particolare la formula del preambolo del Trattato UE secondo cui essa implica che «le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini», l'ha reso particolarmente attraente per i sostenitori di una maggiore decentralizzazione di poteri, presenti in un gran numero di Paesi europei. E, contemporaneamente, essa ha avuto delle conseguenze concrete nel diritto costituzionale ed amministrativo, come mostrano, in particolare, il caso dell'Italia e della Francia. Deve tuttavia dubitarsi fortemente, che l'influenza del diritto comunitario sui diritti nazionali sia andata al di là dell'adozione di un termine il cui contenuto non ha sovente che una lontana somiglianza rispetto al principio comunitario, sia nel merito che in termini procedurali.

Sin dall'inizio del XXI secolo il principio di sussidiarietà ha avuto un successo particolare nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale italiani. Come è infatti noto (15), se la Commissione bicamerale — cui venne affidato il compito di preparare

---

(15) L'A. dà per scontata l'ampia conoscenza dell'argomento da parte del pubblico italiano.

la riforma della Costituzione nel 1997-1998 — aveva proposto l'inserimento del principio di sussidiarietà come fondamento per la ripartizione delle competenze fra le collettività locali, le regioni e lo Stato, questo si deve senza dubbio alla notorietà del principio nel quadro dell'Unione europea. Queste proposte non hanno avuto immediatamente seguito a causa del blocco, di natura politica, fra maggioranza ed opposizione. Ma queste hanno ispirato il legislatore del 1997 (prima legge Bassanini di riforma dell'amministrazione pubblica). Il principio venne indi consacrato dalla giurisprudenza: con due decisioni, rispettivamente del 2000 e del 2003, con cui il Consiglio di Stato si è basato su questo principio per affermare la necessità di salvaguardare la centralità del Comune quale ente di riferimento degli interessi della comunità di base in materia di pianificazione territoriale urbanistica (16). La riforma costituzionale del maggio 2001, entrata in vigore nel mese di ottobre dello stesso anno, ha altresì inserito il principio di sussidiarietà nell'art. 118 della Costituzione.

Nel diritto italiano il principio di sussidiarietà ha sin d'allora due aspetti, sviluppati tanto dalla legislazione quanto dalla giurisprudenza. In virtù dell'art. 118 c. 1 «*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*». Si tratta di un principio di «sussidiarietà verticale», che fa del comune l'amministrazione che è titolare, in linea di principio, del potere amministrativo per l'applicazione delle leggi dello Stato così come delle leggi regionali (17). Ai sensi, invece, dell'art. 118 c. 4 «*i poteri pubblici favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*». Si tratta di un principio di «sussidiarietà orizzontale», che è senza dubbio l'aspetto più originale del diritto italiano a tale riguardo. Tale principio è stato fra l'altro oggetto di un ampio commento del Consiglio di Stato, in un parere reso il 25 agosto

---

(16) Si trattava, precisamente, di Cons. Stato, IV Sez., 20 marzo 2000 n. 1493, e di Cons. Stato, II Sez., Ad. 5-II-2003, parere 2691/02. La decisione e il parere sono pubblicati in *Giur. it.*, 2003, con commento di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato e il principio di sussidiarietà*.

(17) A questo proposito si vedano le sentenze della Corte cost. n. 303 del 2003 e n. 6 del 2004, in *Giur. it.*, 2005/1, p. 201 ss.

2003, richiesto alla Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato dal Ministero dell'Interno, riguardo ad uno schema di regolamento per la definizione dei criteri e delle modalità di accesso al fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori, istituito dalla legge finanziaria per il 2002 (18).

Negli anni Novanta, in Francia, gran parte della dottrina amministrativa e costituzionale si mostrava reticente con riguardo alla possibilità di applicare, nel diritto francese, quel principio di sussidiarietà che si stava imponendo in ambito comunitario. Tuttavia la legge di orientamento del 6 febbraio 1992, relativa all'amministrazione territoriale della Repubblica e il decreto del 1° luglio 1992 che istituisce la «*Charte de la déconcentration*» applicano, senza dirlo, il principio di sussidiarietà all'interno dell'amministrazione territoriale dello Stato allorché dispongono che «*Il decentramento è la regola di ripartizione delle attribuzioni e delle risorse fra i differenti livelli dell'amministrazione civile dello Stato*». Quindici anni più tardi, il fatto che si trattasse di una manifestazione del principio di sussidiarietà è ben riconosciuto sia dalla dottrina che dalla prassi, a cominciare dai documenti ufficiali del Senato, che nel diritto costituzionale francese è l'organo di rappresentanza degli enti locali. La prassi e la dottrina si accordano, altresì, nel senso di riconoscere come espressione del principio di sussidiarietà la nuova formulazione dell'art. 72 comma 2 della Costituzione, conseguente alla riforma costituzionale del marzo 2003 e ai sensi del quale «*le collettività territoriali hanno la vocazione a prendere le decisioni relative a quell'insieme di competenze che possono essere messe meglio in opera al loro livello*». Il termine sussidiarietà non è tuttavia espressamente menzionato e farebbe ingresso nella Costituzione francese solo con l'entrata in vigore della Costituzione per l'Europa. Infatti nel nuovo art. 88-5, che organizzerà il meccanismo di controllo della sussidiarietà da parte del Parlamento, in applicazione del protocollo n. 2 annesso al Trattato costituzionale, vi è un riferimento esplicito al principio di sussidiarietà.

---

(18) Trattasi del parere n. 1440/03, su cui si veda G. RAZZANO, *Il Consiglio di stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004/4, p. 718 ss.

### 5. *La Costituzione per l'Europa.*

Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa rinforza la portata della distinzione fra proporzionalità e sussidiarietà. La nuova procedura di allarme preventivo, di cui protocollo n. 2, permette ai Parlamenti nazionali di emettere dei pareri motivati sui progetti di atti legislativi dell'Unione e prevede la possibilità di un ricorso d'annullamento da parte dei Parlamenti (in caso di trasmissione di questo ricorso da parte dello Stato membro) e da parte del Comitato delle regioni. Queste procedure sono peraltro riservate al solo controllo del principio di sussidiarietà. Questo ha per effetto di rinforzare la presunzione di un'applicazione del principio agli atti legislativi.

Allo stesso tempo, però, la Costituzione e il suo protocollo sviluppano anche la dimensione amministrativa del principio di sussidiarietà. In effetti, la nuova definizione del principio di sussidiarietà, nel riprendere all'art. I-11 tutti i termini dell'art. 5 CE, aggiunge la menzione «gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente raggiunti dagli Stati membri, *né a livello centrale né a livello regionale e locale*», che fa eco al riconoscimento da parte dell'art. I-5 del rispetto da parte dell'Unione del «sistema delle autonomie locali e regionali». Questo riconoscimento è reso operativo dalla disposizione del Protocollo n. 2, che prevede la considerazione della dimensione regionale e locale per le grandi consultazioni, che devono necessariamente precedere la proposizione di un atto legislativo europeo. E reso operativo, altresì, dall'obbligo di unire a queste proposte una scheda che valuti l'impatto dei «oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici, sui cittadini», permettendo che essi «siano minimi e commisurati all'obiettivo da conseguire». Queste disposizioni rafforzano il potenziale di sviluppo di una disciplina dell'attività pre-legislativa europea, tanto più che la Costituzione riconosce al Comitato delle regioni un diritto al ricorso in protezione delle proprie prerogative, suscettibile di servire da leva complementare per lo sviluppo di quella parte delle procedure di decisione dell'Unione.

Il principio di sussidiarietà dovrebbe dunque spingere, sempre di più, la giurisprudenza e la dottrina a riflettere sugli aspetti giuridici di quella attività amministrativa essenziale che è — a

fianco all'esecuzione delle leggi e delle politiche — la preparazione delle leggi.

Nel sollevare la questione, se il principio di sussidiarietà possa essere considerato come principio di diritto amministrativo europeo e non solo di diritto «costituzionale» europeo, si apre peraltro anche la questione della definizione dell'ambito del diritto amministrativo europeo. Infatti, se pure in molti ordinamenti nazionali l'attività di preparazione delle leggi non è considerata come sottomessa al diritto amministrativo, bisogna concludere diversamente con riguardo all'ordinamento comunitario. Basti pensare che una parte sostanziale dell'attività delle agenzie comunitarie, come ad esempio l'agenzia per l'ambiente, ha come conseguenza l'adozione di nuove direttive o regolamenti o la revisione di quelli esistenti. Il rispetto dei principi del diritto amministrativo europeo, tra cui quelli di trasparenza, di partecipazione, dovrebbe perciò applicarsi — a parere di chi scrive — anche a questa attività pre-legislativa, così come ad essa si applicano i principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

ENRICO BONELLI

**LA GESTIONE FINANZIARIA COMUNITARIA TRA CRISI E RILANCIO DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA**

SOMMARIO: 1. La bocciatura del Trattato costituzionale: una frattura politico-istituzionale insanabile per il futuro dell'Europa? — 2. Il bilancio comunitario e le prospettive finanziarie per il periodo 2007/2013. — 3. La costituzionalizzazione dei principi vigenti in tema di esecuzione del bilancio. — 4. Ricostruzione ed interpretazione del principio della «*sana gestione finanziaria*». — 5. La Corte dei conti quale istituzione garante del detto principio. — 6. Funzione di controllo e relazioni interistituzionali. — 7. La trasparenza della gestione finanziaria, le ricadute della sua mancata costituzionalizzazione e l'insufficienza della *self-regulation*. — 8. Controlli, valori costituzionalmente garantiti e superamento del deficit sociale e democratico: una prospettiva credibile di rilancio del processo di integrazione europea.

1. *La bocciatura del Trattato costituzionale: una frattura politico-istituzionale insanabile per il futuro dell'Europa?*

Mai come oggi, affrontare tematiche che concernono materie regolate dal Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa potrebbe sembrare un'esercitazione inutile e fine a se stessa, tenuto conto della grave battuta di arresto che ha subito il suo processo di attuazione, dopo la bocciatura riportata nei due *referendum* di Francia ed Olanda.

Aggiungasi che, dopo questo passaggio già assai delicato per il futuro dell'Europa, è seguita la decisione del Governo inglese di «*congelare*» il *referendum*, già previsto per il 2006, decisione che non ha mancato di suscitare ulteriori polemiche e prese di posizione.

Probabilmente, non è sbagliato ritenere che le ragioni più prossime di questo diffuso euro-scetticismo vadano ricercate in concause non riferibili direttamente al contenuto del Trattato, ma dipendenti piuttosto da dinamiche di politica interna, da uno stato di insoddisfazione e di incertezza per la situazione econo-



mica ed occupazionale e da timori crescenti per la sicurezza dei cittadini, in stretta connessione con il fenomeno dell'immigrazione. Proprio quest'ultimo fenomeno ha assunto, poi, particolari (e fosche) coloriture, a causa dell'attuale scenario internazionale, nel quale si stagliano, con crescente e preoccupante intensità, le rivendicazioni del fondamentalismo islamico nei confronti di tutti i Governi occidentali.

Tuttavia, sarebbe pericolosamente miope e riduttiva un'analisi che limitasse le ragioni della bocciatura a cause contingenti, dimenticando quanto su di esse abbiano influito le opzioni politiche compiute a livello comunitario in questi ultimi anni (1).

In effetti, per decifrare correttamente il «no» francese e olandese, non si può ignorare che esso è diretto a sanzionare essenzialmente l'attuale deriva dell'Europa: il «no» comprende un voto non soltanto *contro* l'Europa, con una forte componente nazionalista, a forti tinte xenofobe, ma anche *a favore* dell'Europa (almeno nelle intenzioni), nel senso che esso non vuole distruggere l'Unione, ma orientarne diversamente il governo: il voto negativo si traduce, in definitiva, in un rifiuto dell'Europa attuale, troppo liberale, troppo tecnocratica, inefficace e, per giunta, senza frontiere precise (2).

Ed allora, il processo di ripensamento innescato dalla bocciatura del Trattato può divenire un'occasione utile per riconsiderare il futuro dell'Unione (e delle sue istituzioni) in una prospettiva in qualche modo diversa che, senza dimenticare la *realpolitik*, possa condurre al superamento dell'attuale congiuntura e alla correzione degli errori politico-istituzionali commessi nell'ultimo decennio (un allargamento affrettato, una moneta unica che ha implementato l'inflazione e la stagnazione economica, una Costituzione

---

(1) Per un'attenta ricostruzione delle cause prossime e remote dell'attuale crisi economica, politica ed istituzionale, attraversata dall'Unione europea, v. C. AMIRANTE, *Il futuro dell'Unione europea dopo i referendum: tra economia, espertocrazia e democrazia*, in AA.VV., *Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Le Costituzioni nazionali e i diritti fondamentali*, (a cura di) S. GAMBINO, Milano, 2006, in corso di pubblicazione e consultato nel *paper, passim*.

(2) Di grande spessore appare l'analisi del voto francese compiuta da G. LE GALL, *Le 29 mai entre mythe et réalités*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 3, 2005, 1-23. V. anche F. MIQUET-MARTY, *Un vote d'exaspération social et national*, *ibidem*, 51 ss.; G. BÉLORGEY, *La question économique dans le débat référendaire*, *ibidem*, 96 ss.; A. CHAUPRADE, *Les frontières de l'Europe: pour un retour au réalisme géopolitique*, *ibidem*, 116 ss.; R. DEHOUSSE, *Les fausses conséquences du référendum*, *ibidem*, 132 ss.; C. ZORGBIBE, *Quel avenir pour l'Union européenne?*, *ibidem*, 138 ss.

non deliberata da un'assemblea costituente, una forte carenza di progettualità economico-sociale e di politiche comuni per l'occupazione).

Indubbiamente, l'accantonamento (provvisorio) di un atto che probabilmente ha solo il *nomen*, ma non la natura giuridica di « *Costituzione* » (3), ha contribuito ad aggravare una crisi assai profonda e confermata da altri preoccupanti sintomi, quali il contrastato ed insoddisfacente sbocco del negoziato sulle prospettive finanziarie 2007/2013, l'indebolimento dei vincoli del Patto di stabilità, l'inefficacia della strategia di Lisbona, il mancato superamento del *deficit* sia democratico che sociale, in stretta connessione con la carenza di misure appropriate per rafforzare crescita e competitività nell'area dell'Unione.

L'Europa, quindi, si trova ad affrontare una congiuntura che, come confermato dagli analisti, dai sondaggi d'opinione e dai Governi, vede crescere la disaffezione delle opinioni pubbliche nazionali nei confronti dell'ideale europeo e delle istituzioni comunitarie, considerate sempre più come una « *burocrazia* » lontana dai cittadini e incapace di interpretarne bisogni ed aspirazioni .

Fortunatamente, non appare del tutto sopita nei popoli la coscienza che i risultati conseguiti in virtù del processo di integrazione europea costituiscano un punto fermo, tale da ingenerare la convinzione che i vantaggi dell'appartenenza ad una simile organizzazione sovranazionale superino di gran lunga i costi.

È proprio partendo da questa base che Governi e forze politiche dovranno ritrovare la spinta necessaria per rimettere in moto il processo di integrazione, per favorire l'efficace funzionamento delle istituzioni e per recuperare, in definitiva, il rapporto fiduciario con le opinioni pubbliche nazionali, ricreando le condizioni per l'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, che può ef-

---

(3) Per un primo inquadramento della tematica del processo di costituzionalizzazione, sia in ambito nazionale che sovranazionale, alla luce anche degli effetti « *profondamente destabilizzanti* » prodotti dalla globalizzazione, può consultarsi l'interessante saggio di P.P. PORTINARO, *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, in AA.VV., *Dimensioni dell'effettività (Tra teoria generale e politica del diritto)*, (a cura di) A. CATANIA, Milano, 2005, in specie, 341 ss, ed ivi ampi riferimenti alla dottrina tedesca. V. anche A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in AA.VV., *Una Costituzione per l'Europa* (a cura dello stesso A.), Milano, 2004, 11 ss.; G.L. TOSATO, *Trattato costituzionale per l'Europa: Trattato o Costituzione?*, in *Queste istituzioni*, 2003, 31 ss.

Sul punto v. *amplius infra* al par. 8 nel testo e nelle note.

fettivamente divenire, in tal modo, nucleo di aggregazione di valori condivisi e connotati da sufficiente effettività, su cui rifondare le basi dell'Unione (4).

Ovviamente, il primo passaggio obbligato rimane quello di trovare una soluzione alla bocciatura riportata dal Trattato nei due *referendum* di Francia e Olanda (non a caso due paesi fondatori dell'Unione), cercando di rimuoverne, per quanto possibile, le cause.

In tale ottica, la sospensione della procedura di ratifica fino alla metà del 2007 (su cui hanno convenuto tutti gli Stati membri), appare quanto mai utile per cercare di superare l'attuale congiuntura e consentire un adeguato dibattito sulle tematiche comunitarie più scottanti. Non può tuttavia immaginarsi che il processo di attuazione del Trattato resti bloccato in eterno: una volta esaurita la sospensione, perverranno le ulteriori ratifiche e gli Stati, che avranno manifestato la loro contrarietà attraverso *referendum*, potranno indire nuove consultazioni popolari e sperare che questa volta intervenga l'approvazione (cosa che, allo stato, appare improbabile). Nel caso in cui — come sembra plausibile — il procedimento non si concluda con l'unanimità delle ratifiche, possono presentarsi due possibili alternative:

a) che gli Stati membri ratificanti non superino la soglia dei 4/5 richiesta dalla Dichiarazione n. 30: in tal caso, la Costituzione dovrà essere necessariamente accantonata, salvo ulteriori sviluppi politico-istituzionali;

b) che sia raggiunta la soglia dei 4/5: in questa ipotesi sarà il Consiglio europeo a decidere il da farsi, probabilmente ricorrendo ad una rinegoziazione del Trattato tra tutti gli Stati membri.

In tal caso, non è escluso che si pervenga a concordare l'introduzione di modificazioni e correzioni, specie in riferimento alla politica economica dell'Unione ed alla tutela dei diritti sociali (5).

---

(4) Cfr. in tema le considerazioni di A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione Europea*, Bari, 2005, *passim*, nonché, per un approccio di più vasta portata teorica, A. DE BENOIST, *Identità e comunità*, Napoli, 2005, *passim*.

(5) In tal senso, cfr. G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale. Entrata in vigore e revisione*, Relazione svolta al Convegno «Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione Europea», Firenze, 18 febbraio 2005, consultabile al sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2005, 3 ss.

La tematica della crisi dei diritti sociali in ambito comunitario è affrontata anche da C. AMIRANTE, *I diritti sociali nella crisi del «Welfare State»*, in *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, a cura dello stesso A., Torino, 2003, 101 ss.

Rimane aperta anche un'ulteriore (ancorché più remota) possibilità, cioè quella di recuperare, attraverso una revisione e un adeguamento dei Trattati esistenti, quelle parti della Costituzione essenziali e accettate da tutti, che si trasformerebbero così in semplici modifiche di disposizioni vigenti.

Quel che è certo, alcuna revisione e/o rinegoziazione del Trattato sembra realizzabile attraverso una semplice conferenza intergovernativa (secondo la procedura prevista all'art. 48 T.U.E.), perché quest'ultima segnerebbe addirittura un passo indietro rispetto alla Convenzione e comporterebbe l'abbandono di ogni forma di partecipazione democratica al procedimento di formazione di un atto che ha assunto un significato simbolico, oltretutto giuridico (6).

## 2. *Il bilancio comunitario e le prospettive finanziarie per il periodo 2007/2013.*

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che, proprio in vista di eventuali modifiche e/o revisioni del Trattato, sia utile segnalare, specie in singoli settori (quali quelli della gestione finanziaria e dei correlativi controlli) quanto di buono sia in esso previsto e quanto, invece, vi sia da correggere, ridefinendo struttura, funzioni e ambiti di competenza delle istituzioni comunitarie, con i relativi profili procedimentali.

Peraltro, come si è anticipato sopra, l'attuale fase critica ha coinciso con un altro delicato passaggio istituzionale, costituito dall'esaurimento della programmazione di bilancio di *Agenda 2000* e dalla necessità di concordare, in seno al Consiglio, le nuove prospettive finanziarie dell'Unione per il periodo 2007/2013, cercando di implementare le risorse finanziarie comunitarie (7). Com'è noto, per l'ampio risalto che la notizia ha avuto nei *mass-media*, solo recentemente, nel corso del vertice di Bruxelles dello scorso dicembre 2005, dopo uno stillicidio di rinvii, di discussioni e di prese di posizione dei vari Governi, si è giunti ad un accordo sulle prospettive finanziarie dell'Unione per il detto periodo 2007/2013.

---

(6) Prospettiva, questa, che sembra condivisa da G. STROZZI, *op. ult. cit.*, in specie, 10 e 11. Sul significato «simbolico» che ha assunto il Trattato costituzionale, può rinviarsi a A. TIZZANO, *op. loc. ult. cit.*

(7) L'attuale dimensione del bilancio comunitario è ritenuta pacificamente troppo ridotta in relazione al prodotto interno lordo europeo (1% del P.I.L. dell'Unione): sul punto v. G. DELLA CANANEA, *Dal vecchio al nuovo Patto di stabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 222 ss.

In concreto, è stata accolta la tesi (sostenuta soprattutto dalla Germania) di portare il livello complessivo delle risorse finanziarie dall'1,03% del p.i.l. (849,3 miliardi, secondo l'ultima proposta britannica prima del vertice) all'1,045% (862,363 miliardi). Si tratta di un *budget* sempre inferiore a quello proposto dalla fallita bozza di compromesso lussemburghese del giugno 2005 (871 miliardi, pari all'1,06% del p.i.l.), ma il distacco si è ridotto decisamente. Soprattutto, il taglio ai fondi destinati ai paesi dell'allargamento è meno forte di quello previsto da Londra: rispetto all'ultima bozza (antecedente al vertice) si ha un incremento complessivo di 5 miliardi per i nuovi Stati membri.

Inoltre, si è raggiunto un compromesso sulla questione dello «sconto britannico» e concordato che esso riguardi esclusivamente la politica agricola comune, scorporando tutte le spese legate all'allargamento, anche se lo stesso sconto rimane fermo, passando però attraverso un *phasing out*.

Ovviamente, resta la differenza rispetto alla proposta del Parlamento europeo (che dovrà comunque esprimersi sulla bozza di accordo), dal momento che l'organo di Strasburgo aveva proposto un *budget* ben più elevato, pari a 974,837 miliardi (1,18% del p.i.l.), sia pure inferiore a quello contenuto nella proposta iniziale della Commissione (994,253 miliardi, l'1,21% del p.i.l.).

Come si vede, il Parlamento continua a rivendicare un ruolo centrale anche nella determinazione della politica del bilancio, cercando di assicurare *in primis* maggiori risorse per le esigenze dell'Unione, in vista della redistribuzione delle stesse in favore delle regioni economicamente più deboli, secondo un'opzione che appare particolarmente utile per fronteggiare l'attuale crisi occupazionale e che invece non ha ricevuto nel corso dell'ultimo vertice di Bruxelles adeguata considerazione, a causa delle resistenze dimostrate dalla maggioranza degli Stati membri.

Nella stessa ottica appare condivisibile la scelta compiuta dalla Convenzione di operare un sensibile spostamento della *governance* finanziaria — com'era da attendersi — a favore del Parlamento che, insieme con il Consiglio, approva il documento contabile con «legge europea» (8), secondo la procedura dell'art. III-404 del Trat-

---

(8) Opportunamente, il costituente europeo ha colto l'occasione per mettere ordine tra le fonti del diritto comunitario distinguendo tra atti legislativi («leggi-quadro e leggi europee»: cfr. art. I-34) e atti non legislativi (comprendenti «decisioni europee»: cfr.

tato costituzionale. Il che produce almeno due ricadute positive: da un lato la legge di bilancio diventa una fonte del diritto comunitario, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della sua effettività nell'ordinamento dell'Unione europea; dall'altro, viene compiuto un notevole passo avanti rispetto alla strada degli accordi interistituzionali (9), battuta finora non senza intoppi, in un contesto normativo che dà luogo a notevoli incertezze (10).

---

art. I-35; «*regolamenti europei delegati*»: cfr. art. I-36; «*atti esecutivi*» di competenza degli Stati membri: cfr. art. I-37). Sul punto, v. le interessanti considerazioni di carattere generale di G. BRONZINI, *L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura*, in AA.VV., *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, (a cura di) G. BRONZINI, H. FRIESE, A. NEGRI, P. WAGNER, Roma, 2003, 122.

(9) Gli Accordi interistituzionali tecnicamente sono considerati atti atipici adottati congiuntamente dal Consiglio, dalla Commissione e dal Parlamento europeo che, in linea generale, stabiliscono regole di comportamento e procedure di cooperazione al fine di evitare l'insorgere di conflitti di attribuzione in determinati settori. Il fondamento giuridico di tali atti viene generalmente ricondotto all'art. 10 del Trattato istitutivo della Comunità europea, laddove si impone un generico obbligo di cooperazione per il raggiungimento dei fini stabiliti dal Trattato; pur contenendo tale norma un esplicito riferimento agli Stati membri, la Corte di giustizia ha ritenuto (*Grecia c. Consiglio*, C-204/86) che un obbligo di lealtà e cooperazione reciproca sia riconducibile anche alle istituzioni comunitarie. Disposizioni che più esplicitamente impongono tale forma di collaborazione sono, ad esempio, l'art. 193 T.C.E., con il quale si demanda alle tre istituzioni il compito di stabilire le procedure per l'esercizio del potere d'inchiesta, ora disciplinato dall'art. III-333 della Costituzione. Questi particolari atti, che non possono alterare la ripartizione di competenze esplicitamente statuita nei trattati istitutivi, sono comunque soggetti a tutte le procedure di controllo da essi previste (incluso il giudizio di legittimità della Corte di giustizia delle Comunità) e non possono essere disattesi da disposizioni comunitarie che, in caso di contrasto, potrebbero configurarsi come illegittime. Per un'esemplificazione della politica per accordi, tra i più recenti documenti, cfr. l'accordo interistituzionale del 25 maggio 1999 tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione relativo alle indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), in *GUCE*, L 136 del 31 maggio 1999, 1 ss.; l'accordo interistituzionale del 13 ottobre 1998 tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sui fondamenti giuridici e l'esecuzione del bilancio in *GUCE*, C 344 del 12 novembre 1998, 1 ss.; l'accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulle disposizioni relative al finanziamento della politica estera e di sicurezza comune (PESC, in *GUCE*, C 286 del 22 settembre 1997, 80 ss.).

L'esperienza risulta ora recepita dalla Convenzione nell'art. III-397, tanto più che tra le disposizioni finali è inserita una norma di chiusura che assicura l'efficacia degli Accordi interistituzionali già conclusi al momento dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale (cfr. art. IV-438, par. 3).

Con particolare riferimento al ruolo degli Accordi interistituzionali nella procedura di bilancio, cfr. A. BRANCASI, *Sistema finanziario e di bilancio*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 1997, parte generale, 330. Secondo altra dottrina, la procedura di approvazione del bilancio è un esempio di «*concertazione*» tra le istituzioni comunitarie: in tal senso, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, 54, il quale rileva che «*è anche vero che il bilancio in discorso è sostanzialmente condizionato dalla decisione sulle entrate, circostanza che attenua l'aspetto politico del coinvolgimento del Parlamento nella procedura di adozione*».

Sulla specifica tematica dell'evoluzione degli Accordi interistituzionali, cfr. G. FIENGO, *Brevi riflessioni in tema di natura giuridica ed efficacia degli accordi interistituzionali alla luce del Trattato di Nizza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2002, 13 ss.

(10) Sul ruolo del Parlamento nella procedura di bilancio cfr. O. COSTA, *Enjeux*

La seconda considerazione che si impone concerne direttamente la fase di esecuzione del bilancio (che qui interessa più da presso): in relazione a tale fase, invero, le iniziative della Convenzione appaiono piuttosto timide e volte più alla conservazione del quadro normativo preesistente che all'introduzione di vere innovazioni. Operazione, questa, favorita anche dalle caratteristiche del Trattato costituzionale che, proprio per la sua «lunghezza» (essendo composto di un preambolo e di ben 448 articoli, cui si aggiungono 36 Protocolli e 50 Dichiarazioni)(11), ha finito per recepire in modo puntuale (se non addirittura pedissequo) normative mutuata dal diritto comunitario vivente, o meglio da quell'«*acquis communautaire*»(12) che rimane la reale trama costituzionale-istituzionale dell'Unione nella prospettiva dell'inveramento della «*Wandel-Verfassung*», ossia della «*Costituzione in modificazione*»(13).

---

*et usages des compétences budgétaires du Parlement*, in P. DELWIT, J.M. DE WAELE, P. MAGNETTE, *A quoi sert le Parlement européen?*, Bruxelles, 1999, 109 ss.

(11) Sul carattere della «lunghezza» come requisito (inevitabilmente) distintivo delle Costituzioni moderne, restano valide le lucide considerazioni di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, vol. I, 395. A maggior ragione, la Convenzione, dovendo perseguire (tra l'altro) il fine di dare sistematicità ed organicità alle disposizioni contenute nei vari Trattati preesistenti, è stata costretta a dar vita ad un *corpus* normativo particolarmente complesso ed articolato.

(12) Il quale, secondo la *communis opinio*, è costituito dall'insieme di norme derivanti dalle disposizioni dei trattati, dagli atti delle istituzioni comunitarie e dalle decisioni della Corte di giustizia: in tal senso, v. S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2000, 17, che non manca di sottolineare come la Corte di giustizia abbia contribuito in maniera decisiva al rafforzamento ed allo sviluppo dei caratteri sopranazionali del sistema comunitario. Il valore giuridico dell'*acquis communautaire* è salvaguardato dall'art. IV-438, par. 3, del Trattato costituzionale. Altre considerazioni sul tema della formazione del testo normativo comunitario possono leggersi in C. CURTI GIALDINO, *Some Reflections on the Acquis Communautaire*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1995, 1089 ss.; H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, 1.

(13) L'espressione è adoperata anche da M.P. CHITI, G. GRECO, *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., XXXV; il concetto è inoltre condiviso da A. CARRINO, *Costituzione e sovranità. L'Italia e l'Europa prima e dopo Maastricht nel recente dibattito giuspubblicistico*, in *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino, 1998, 174 ss.

La formazione della Costituzione europea come processo pubblico partecipato è argomento quanto mai dibattuto: cfr. P. HÄBERLE, *Europa come società costituzionale in formazione*, in AA.VV. *Le Costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, 2001, a cura di E. PALICI, F. CASSELLA, M. COMBA, *passim*; A. MANZELLA, *Lo Stato comunitario*, in *Quad. cost.*, 2003, 273 ss.; G. BRONZINI, *L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura*, op. loc. cit. Adde, inoltre, C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, *passim*; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura dello stesso A., Roma-Bari, 2003; *ibidem*, S. DELLAVALLE, *Necessità, pensabilità e realtà della Costituzione europea*; G.G. FLORIDIA, L.G. SCIANNELLA, *Attenzione alle metafore. Tecnica e politica nei progetti costituzionali per*

Sta di fatto che, soprattutto nel campo finanziario ed in quello contiguo dei controlli, il punto di arrivo della Convenzione è rappresentato dalla *conservazione* pressoché totale di principi e procedure già abbondantemente collaudati in ambito comunitario: non è un caso, del resto, che, in coincidenza con l'allargamento dell'Unione e poco prima dell'attivazione della Convenzione europea, si sia verificata una cospicua immissione nell'ordinamento comunitario di norme regolanti la materia finanziaria, a conclusione di un proficuo processo evolutivo delle fonti, sfociato nell'adozione del nuovo regolamento finanziario (14), il quale, proprio perché ha ridisciplinato l'intera materia, ha finito per costituire per la Convenzione un riferimento imprescindibile.

Il detto regolamento è stato approvato dal Consiglio in data 25 giugno 2002, inserito nella G.U. delle Comunità europee L 248 del 16 settembre 2002 col n. 1605/2002, ed è entrato in vigore — per la disposizione finale in esso contenuta all'art. 186 — dal 1° gennaio 2003: tuttavia lo stesso regolamento contiene rinvii agli esercizi 2004, 2005 e persino al 2007, per l'applicazione di molte norme indicate espressamente dalle disposizioni transitorie (cfr. artt. 180 e 181), sì da consentire un passaggio progressivo al nuovo sistema e l'adeguamento di procedure e strutture burocratiche comunitarie (15). Le modalità di esecuzione sono state poi

---

*l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2002, 1531 ss.; S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 49 ss.; A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in questa *Rivista*, 2000, 629 ss. Sul punto v. *amplius infra* al par. 6 nel testo e nelle note.

(14) Giova ricordare qui che la complessa procedura interistituzionale per l'emaneazione del detto regolamento ha ricevuto impulso da una prima proposta della Commissione (*GUCE* 96 E del 27 marzo 2001), seguita dalla consultazione del Parlamento europeo (*GUCE* C 153 E del 27 giugno 2002), da due pareri della Corte dei conti (*GUCE* C 162 del 5 giugno 2001 e *GUCE* C 92 del 17 aprile 2002) — che nell'occasione non ha mancato di rivendicare in *subiecta materia* un proprio ruolo istituzionale pregnante ed incisivo sulla base delle competenze ad essa riconosciute dalle disposizioni dei trattati —, dal parere del Comitato economico e sociale (pubblicato nella *GUCE* C 260 del 17 settembre 2001), il tutto sfociato poi nella proposta definitiva della Commissione (pubblicata nella *GUCE* C 103 E del 30 aprile 2002). Sul punto, sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione Europea e ordinamento interno*, Torino, 2003, 129 ss.

(15) In effetti, il nuovo regolamento finanziario è strutturato in tre parti, la prima contenente disposizioni comuni, la seconda recante disposizioni particolari e la terza che detta disposizioni transitorie e finali. Nella parte prima rientrano ben otto titoli (titoli I-VIII: principi di bilancio, formazione e struttura del bilancio, esecuzione del bilancio, aggiudicazione degli appalti pubblici, sovvenzioni, rendiconto e contabilità, controllo esterno e discarico). Nella parte seconda, invece, rientrano i titoli I-VI (Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia — sezione garanzia, Fondi strutturali, ricerca, azioni esterne, uffici europei, stanziamenti amministrativi). La parte terza ricomprende,



dettate dalla Commissione con proprio regolamento n. 2342/2002 del 23 dicembre 2002, pubblicato nella *GUCE* L. 357 del 31 dicembre 2002.

Sulla base di tale articolato *corpus* normativo, integrativo ed attuativo delle disposizioni finanziarie contenute nei trattati — delle quali si dirà più innanzi —, l'assetto finanziario dell'Unione, già prima dell'adozione del Trattato costituzionale, era venuto adeguandosi alle trasformazioni istituzionali intervenute in vista dell'allargamento ai nuovi Stati membri (16). Ed è per questo motivo che le disposizioni varate dalla Convenzione in *subiecta materia* non rivestono il carattere della novità ed anzi condividono pienamente l'impostazione già seguita dal legislatore comunitario (ai vari livelli), senza arrecare sostanziali modifiche a procedure, verifiche e modalità gestionali.

### 3. *La costituzionalizzazione dei principi vigenti in tema di esecuzione del bilancio.*

Prima di esaminare i criteri guida, per così dire «*specifici*», che il costituente europeo ha distillato in relazione alla materia dell'esecuzione del bilancio, conviene premettere che anche in tale materia esso non ha inteso prescindere dal principio che, per sua natura, assume valenza di carattere generale in ambito comunitario, ossia quello di «*sussidiarietà*».

Trattasi, invero, di principio cardine che, pur non rientrando in senso stretto tra quelli «*finanziari*», influenza direttamente il riparto di competenze tra U.E. e Stati membri, dal momento che esso consente il conseguimento di obiettivi che non sarebbero *efficacemente* perseguibili dal livello statale di governo; di guisa che non possono non esserne influenzate sensibilmente tutte le attività

---

da ultimo, le disposizioni transitorie (titolo I) e finali (titolo II). Il quadro normativo è completato dal regolamento del Consiglio n. 2040/2000 recante la disciplina di bilancio e dalla Decisione del Consiglio n. 2002/597, concernente il sistema delle risorse proprie dell'Unione.

(16) In tema cfr. B. NASCIBENE, *Il trattato di Nizza e l'allargamento della U.E.*, in *Corriere giur.*, 2001, 5 ss.; considerazioni interessanti si rinvencono anche in G. ONORATO, *Nuovi equilibri istituzionali dell'Unione europea nella prospettiva del suo allargamento*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 861 ss. Sugli strumenti di cooperazione dell'Unione europea con i paesi in fase di pre-adesione cfr. L. SEGNI, *Il programma Phare: strumento di integrazione per un'Unione europea allargata. Commento al regolamento C.E. n. 2666/2000 del Consiglio, del 5 dicembre 2000*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 675 ss.

delle istituzioni comunitarie (ivi compresa la gestione delle risorse) (17).

Ovviamente, la questione dell'intervento «*in supplenza*» dell'Unione (alla luce della stretta relazione sussidiarietà-proporzionalità (18)) e dei connessi meccanismi di garanzia (cfr. art. I-11) e di flessibilità (cfr. art. I-18), ridisegnati dal costituente in modo da coinvolgere i Parlamenti nazionali, non può essere in questa sede utilmente affrontata (19). Basterà qui evidenziare che in base

---

(17) È noto che in ambito europeo (ma non solo) il canone influenza sia i rapporti tra Stati membri e Unione Europea, sia quelli tra entità substatuali (*Länder, Regioni, Comunidades autonomas*) e Stato centrale. In precedenza, era stato l'art. 3B T.C.E., divenuto l'art. 5 nella versione consolidata, a fare espresso riferimento sia al principio di sussidiarietà (cfr. comma 2) che a quello di proporzionalità (cfr. comma 3). Ovviamente, la letteratura sulla tematica è pressoché sterminata.

Con specifico riferimento alla portata del principio di sussidiarietà e ai suoi riflessi applicativi nell'ambito comunitario, cfr. C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, (a cura di) A. PREDIERI e A. TIZZANO, Milano, 1999, 107 ss.; A. TIZZANO, *Le competenze dell'unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. Un. Europea*, 1997, 229 ss.; nonché P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000, 95 ss.; adde, V. GUZZI, *Sussidiarietà (diritto Ce)* — voce nuova 2000, in *Enc. giur.*, XXX, Roma; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Un. Europea*, 1999, 299 ss.; E. ANCONA, ... *il più vicino possibile ai cittadini. Problematiche e prospettive della sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, in *Iustitia*, 2000, 493 ss.; A. COSTANZO, *Logica del principio di sussidiarietà e questione di tecnica legislativa*, *ibidem*, 2000, 350 ss. Come riferimenti di carattere generale, v. P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Studi sulla riforma costituzionale (Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia)*, Torino, 2001, 193 ss.; ID., *Forme di Stato e principio di sussidiarietà*, in *La riforma costituzionale. Atti del Convegno, Roma, 6-7 novembre 1998*, Padova, 1999, 177 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche in trasformazione*, in AA.VV., *I vincoli della funzione legislativa*, (a cura di) F. MODUGNO, Milano, 1999, 245 ss.; C. CAPOLUPO, *Principio di sussidiarietà e forma di Stato*, in *La riforma della Costituzione nei lavori della bicamerale*, Napoli, 2000, 31 ss.; *inter alia*, cfr. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 7 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione Italiana*, in questa *Rivista*, 1994, 1059, ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea in Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni*, in *Quaderni SPISA*, 1997, 73. Per la dottrina straniera, fra i tanti, cfr. J. ISENSEE, *Subsidiarität im Verfassungsrecht*, Berlin, 1968, 9 ss.; J. DELORS, *Subsidiarité: défi du changement, actes du colloque*, 1991; P. HÄBERLE, *Das prinzip der Subsidiarität aus der vergleichenden Verfassungslehre*, in *Subsidiarität: ein interdisziplinäres Symposium*, (a cura di) G. BATLINER, A. RIKLIN, Baden Baden, 1994, 267 ss.; LE NEAERTS, YPERSELE, *Le principe de Subsidiarité et son contexte*, in *Cahiers de droit européen*, 1994; J. BARNES, *El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas*, in questa *Rivista*, 1994, 5; G. A. BERMAN, *Taking subsidiarity seriously*, in *Columbia law review*, 1994.

(18) Su cui si può vedere, volendo, E. BONELLI, *Sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità-adequatezza nell'ordinamento comunitario e in alcune esperienze europee*, in *Diritto e cultura*, 2001, n. 1, 17 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

(19) Tra i commenti a prima lettura si segnalano F. PETRANGELI, *Sussidiarietà e parlamenti nazionali: evitare la confusione istituzionale*, in [http://www.associazionedicostituzionalisti.it/materiali/costituzione\\_ne](http://www.associazionedicostituzionalisti.it/materiali/costituzione_ne); ID., *La questione democratica nel processo di riforma della Unione europea*, in AA.VV., *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, *op. cit.*,

al detto principio, in ordine all'esecuzione del bilancio, la Costituzione europea individua la relativa contitolarità in capo agli Stati membri, chiamati direttamente a cooperare con la Commissione (cfr. art. III-407), tanto più che l'ordinamento comunitario affida agli stessi la gestione dei Fondi comunitari in una misura che supera oramai l'ottanta per cento del totale<sup>(20)</sup>. Trattasi, ancora una volta, di opzioni che costituiscono il portato di criteri già

---

164 ss.; L. GIANNITI, *I parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2003, 172 ss.

(20) I Fondi strutturali, previsti dagli artt. 158-162 del Trattato CE, risultano disciplinati dal regolamento CE 21 giugno 1999, n. 1260/1999, modificato da ultimo dal regolamento CE n. 1447/2001. Essi rappresentano, nell'ambito della *politica di coesione economica e sociale*, gli *strumenti finanziari* di cui si avvalgono le istituzioni comunitarie per promuovere lo sviluppo e l'adeguamento strutturale delle Regioni che presentano ritardi nello sviluppo (*obiettivo 1*), favorire la riconversione economica e sociale delle zone con difficoltà strutturali (*obiettivo 2*), favorire l'adeguamento e l'ammodernamento delle politiche e dei sistemi di istruzione, formazione e occupazione (*obiettivo 3*). Nello specifico, sono Fondi strutturali: il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), il Fondo sociale europeo (FSE), il Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEAOG), sezione «*orientamento*», e lo strumento finanziario di orientamento della pesca (SFOP). Essi contribuiscono al conseguimento degli *obiettivi comunitari*, al finanziamento delle *iniziative comunitarie* e alla promozione di *azioni innovative* e di assistenza tecnica. La Comunità ha stabilito in 195 miliardi di *euro* le risorse disponibili per impegni dei fondi per il periodo 2000-2006, la maggior parte delle quali va a favore delle zone rientranti nell'obiettivo 1. La gestione dei Fondi strutturali deve attenersi ad alcuni criteri guida, quali quelli di *complementarietà e partenariato*, secondo cui le azioni comunitarie sono concepite come complementari alle rispettive azioni nazionali o sono contributi a queste ultime; esse, inoltre, si fondano su una stretta cooperazione tra la Commissione e lo Stato membro, nonché tra le autorità e gli organismi designati dallo Stato membro. Si applicano inoltre: *a*) il principio di *coordinamento*, ovvero i vari Fondi sono coordinati mediante piani di sviluppo, quadri comunitari di sostegno (QCS), programmi operativi (DOCUP), sorveglianza e valutazione degli interventi e orientamenti generali; *b*) il principio dell'*addizionalità*, che prevede che gli stanziamenti dei fondi non possono sostituirsi alle spese, a finalità strutturale, stanziati dalle strutture pubbliche (o assimilabili ad esse) degli Stati membri; *c*) il principio della *compatibilità*, secondo cui le operazioni oggetto di finanziamento dei Fondi strutturali devono essere conformi alle disposizioni dei trattati comunitari e degli atti emanati in virtù degli stessi e delle politiche comunitarie.

In dottrina, cfr. G. GALLIZIOLI, *I fondi strutturali delle comunità europee*, Padova, 1992; A. PREDIERI, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora*, in *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, 1996, 21 ss. Sul tema cfr. anche l'interessante lavoro di S. PACCHIAROTTI, *Note introduttive alla valutazione delle politiche pubbliche*, in *Riv. Corte conti*, n. 3, 1999, 240-269 che, con metodiche comparatistiche mutuata dalla *policy analysis*, si occupa della valutazione a vari livelli (di regolamentazione, di occupazione, di procedimentalizzazione, di efficacia, ecc.) degli effetti dei Fondi strutturali. Tra gli interventi più recenti cfr. A. QUINTAVALLE CECERE, M. PETROCELLI, *Fondi strutturali e programmi operativi: normativa di riferimento*, in *Riv. guardia di finanza* 2001, 1137 ss.; G.S. ALEMANNI, *Il principio di sussidiarietà: il rapporto tra livelli istituzionali e partecipazione attiva — Fondi strutturali e programmi integrati territoriali*, in *Nuova rass.*, 2001, 663 ss. In tema di controllo sui Fondi strutturali cfr. L. SEGNI, *I controlli sui fondi strutturali comunitari. Nota a Corte giust. Comunità europee, 25 gennaio 2001, n. 413/98. Frota Azul Transportes turismo Ida*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1017. Sullo specifico tema del contenzioso concernente i Fondi e sulle relative implicazioni problematiche cfr. C. NIZZO, *Il contenzioso comunitario sui fondi strutturali*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000, 100 ss.; C. DE ROSE, *I finanziamenti comunitari, i*

consolidati nel diritto comunitario vivente (cfr. art. 274 T.C.E.), il quale, proprio perché pervaso da sempre dalla cultura della sussidiarietà, appare nettamente orientato verso la *coamministrazione* (21) delle risorse comunitarie, fondata sulla collaborazione (necessaria) fra gli organi dell'Unione e quelli degli Stati nazionali.

Siffatte modalità gestionali non possono non influenzare direttamente anche il sistema dei controlli, al quale, per ovvie ragioni, non può farsi qui che un sintetico riferimento (22), senza dimenticare che ci si trova di fronte ad un ordinamento sovranazionale, per giunta *sui generis*. In effetti, ai controlli effettuati su atti ed attività di organi e soggetti dell'Unione, si aggiunge un ulteriore momento problematico, costituito dall'individuazione dei controlli da effettuarsi su atti ed attività di organi e/o soggetti degli Stati membri dell'Unione, in relazione all'impiego di risorse da quest'ultima erogate. Il sistema dei controlli, quindi, non rimane circoscritto a quelle verifiche che la dottrina tradizionale italiana definisce come «*amministrative*» (23) e che nell'interpretazione comunitaria si propongono come «*finanziarie*» (nel senso

---

*principi che li regolano e le prospettive future, con particolare riferimento ai fondi strutturali, in Cons. St., 2000, II, 133 ss.*

Appare utile, inoltre, consultare la *Sintesi della relazione della Sez. Controllo affari comunitari ed internazionali della Corte dei conti sull'utilizzazione dei Fondi comunitari nell'esercizio 2002*, in *Riv. Corte conti*, n. 3, 2004, 50-53.

(21) Per le ricadute del fenomeno della *coamministrazione* (che costituisce una peculiarità gestionale dell'U.E.) sul diritto amministrativo nazionale può rinviarsi a E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, in specie 182 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(22) Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione Europea e ordinamento interno*, cit., in specie, 156 ss.

(23) Opportunamente, la dottrina rileva come l'aggettivo «*amministrativi*», riferito ai controlli italiani, appaia oggi del tutto improprio, sotto un triplice profilo: in relazione alla natura della Corte dei conti la quale non è una pubblica amministrazione e quindi i suoi atti non sono idonei a ledere posizioni soggettive; in riferimento agli atti soggetti al controllo della Corte ex art. 3, primo comma della l. n. 20/94, nonché alla tipologia delle autorità controllate che ricomprende anche amministrazioni non intese in senso tradizionale (come l'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private — ISVAP, l'autorità per l'informatica della p.a. — AIPA, il Garante per l'editoria, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della p.a.), oltre ad enti pubblici economici e perfino società per azioni. In tal senso, si veda G. COGLIANDRO, *I controlli*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 291. Secondo l'A.: «*l'uso del termine amministrativi, con riferimento ai controlli rivela anche la tendenza della dottrina italiana ad affrontare queste tematiche con un approccio esclusivamente giuridico, senza alcuna considerazione per i valori come l'efficacia, l'economicità e l'efficienza dell'attività amministrativa, che oggi, finalmente, la Corte costituzionale, con una nitida sentenza (n. 29 del 27.1.95), qualifica «fondamentali interessi costituzionali»*».

di controlli effettuati sulla gestione finanziaria), ma deve necessariamente ricomprendere forme di verifica sugli atti e sulle attività degli organi dell'Unione — e degli Stati membri della stessa — che in una tradizionale considerazione sistematica sfuggirebbero all'analisi. In tale ampia nozione, devono essere ricompresi, quindi, sia i controlli di legittimità finanziaria allargata, sia quelli diretti a conseguire una sana e corretta utilizzazione delle risorse comunitarie (24). Questi ultimi, poi, possono essere interni *di gestione*, sia preventivi che successivi, affidati sostanzialmente a ciascuna istituzione, ed esterni *sulla gestione*, demandati in via successiva alla Corte dei conti.

In riferimento al «*sistema*» (che si presenta abbastanza magmatico) dei controlli comunitari, vi è poi un'altra questione che assume particolare coloritura, costituita dall'individuazione delle fonti che disciplinano tale materia, dal momento che esse non sono affatto il risultato di un'organica elaborazione normativa (che poteva essere contenuta, ad esempio, in taluno dei trattati che si sono succeduti): i principi regolanti la materia sono ricavabili, tramite un processo deduttivo, da un lato, dalla disciplina della struttura e delle competenze degli stessi organi istituzionali, dall'altro, dai procedimenti e dalle misure di revisione e di verifica di atti e di attività (25).

---

(24) Sulla nozione e sulla distinzione dei due tipi di controllo, v. L. CONDEMI, N.M. CONDEMI, *Il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni. Profilo costituzionale, amministrativo e contabile*, Rimini, 1996, 47-48; R. CAPUNZO, D. CROCCO, *In tema di controllo finanziario esterno nell'ordinamento comunitario europeo*, in *Riv. Corte conti*, n. 3, 1997, 315; M. GAGLIARDI, *Configurazione dei controlli finanziari in ambito comunitario tra sinergie e istanze perequative*, in *Riv. Corte conti*, n. 6, 2000, 280.

Come riferimenti di carattere generale, adde D. MARCHETTA, *La riforma della Corte dei conti: genesi e prospettive*, in *Atti del Convegno sulla nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica tra efficienza e garantismo*, a cura di V. CAPUTI JAMBRENGHI, Milano, 1995, 111 ss.; M. SCIASCIA, M.A. SCIASCIA, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche in Italia e in Europa*, Milano, 1997; M. CIACCIA, F. SERINO, *Amministrazioni pubbliche: controlli gestori, misurazione dell'attività, strumenti di analisi, qualità dei servizi*, Padova, 1997.

Tra i sistemi atti ad incrementare la sana ed efficiente gestione dell'amministrazione e del personale della Comunità europea si segnala il cd. IDA (Interscambio di Dati tra Amministrazioni), creato nel 1995 in collaborazione con gli Stati membri e messo a punto per mezzo di due Decisioni, la n. 1719/1999/CE e la n. 1720/1999/CE, entrambe del 12 luglio 1999. Si tratta, in particolare, di una rete telematica transeuropea tesa allo scambio di informazioni tra le amministrazioni nazionali o regionali degli Stati membri e le istituzioni comunitarie. Per il conseguimento e il potenziamento della rete telematica sono previste una serie di azioni correlate, i cd. *progetti IDA*, comprendenti gli studi di fattibilità, i progetti dimostrativi, la costituzione di un gruppo di lavoro di esperti degli Stati membri e comunitari e l'acquisto di beni e servizi per la Comunità stessa. Per approfondimenti sul tema cfr. il sito [www.ispo.cec.be/ida/ida.html](http://www.ispo.cec.be/ida/ida.html)

Quanto meno, quindi, l'intervento della Convenzione si dimostra utile per mettere in ordine fonti di produzione, relazioni interistituzionali, procedure e verifiche in tema di esecuzione del bilancio e di rendiconto.

Pertanto, volendo tracciare un quadro sinottico che tenga conto della normativa previgente e della disciplina conseguentemente *fatta propria* dalla Convenzione, i criteri guida (tuttora in vigore), sottesi all'esecuzione del bilancio dell'Unione sono i seguenti:

a) il principio di «*sana*», ma al tempo stesso di «*buona*» gestione finanziaria, già vivente nell'ordinamento comunitario, in virtù del disposto dell'art. 274 T.C.E. (*ex art.* 205) e di varie norme del regolamento finanziario (cfr., in particolare, artt. 27 e 48): esso oggi risulta definitivamente costituzionalizzato, secondo quanto sarà meglio specificato nel paragrafo che segue.

b) Il riconoscimento in capo alla Commissione (26) *della responsabilità dell'esecuzione del bilancio*, con la quale «*cooperano*» (in ossequio al principio di sussidiarietà) gli Stati membri, cui pure compete di assicurare l'utilizzazione degli stanziamenti in conformità del principio di «*buona*» gestione finanziaria. Tale responsabilità, già riconosciuta in virtù dell'art. 274 (*ex art.* 205) T.C.E. e dell'art. 48 reg. fin., è stata recepita a livello costituzionale nell'art. III-407, con l'ulteriore specificazione che «*la legge europea di cui all'art. III-412 stabilisce gli obblighi in materia di controllo e di revisione contabile degli Stati membri nell'esecuzione del bilancio. Essa fissa le responsabilità e le modalità particolari secondo cui ogni istituzione partecipa all'esecuzione delle proprie spese*».

c) Il principio dell'art. 49.1 reg. fin., secondo cui per l'esecuzione degli stanziamenti iscritti in bilancio per qualsiasi azione comunitaria «*deve essere preliminarmente adottato un atto di base*», intendendosi per tale un atto di diritto idoneo a giustificare una spesa iscritta in bilancio, indipendentemente dalla significatività o meno di azioni comunitarie finanziate dal bilancio

---

(25) Come riferimenti generali v. B. MANNA, *Realtà giuridica e fragilità dell'Unione Europea*, in *Seminario permanente dei controlli*, Roma, 2000; G.B. GOLETTI, *La Comunità europea nell'ottica della Corte dei conti comunitaria*, Bologna, 1991, *passim*; G. COGLIANDRO, *Il controllo nel quadro dell'U.E.*, Roma, 1994, *passim*.

(26) Cfr. G. DELLA CANANEA, *I poteri esecutivi della Commissione nuovamente all'esame della Corte di giustizia: il caso del bilancio*, in *Foro amm.*, 1991; A. BRANCASI, *Sistema finanziario e di bilancio*, cit., 309 ss.

dell'Unione (27): il criterio è ora costituzionalizzato dall'art. I-53, par. 4.

d) I principi in tema di programmazione di bilancio, espressi dall'art. 33 reg. fin., secondo cui l'attendibilità delle previsioni di bilancio viene preventivamente valutata in base alla relazione tra costo ed efficacia, alle misure alternative a quelle considerate e agli indicatori di sorveglianza; in proposito si segnala che l'art. I-53, par. 5, del Trattato costituzionale, prevede ora che per mantenere la disciplina di bilancio «*l'Unione, prima di adottare atti che possono avere incidenze rilevanti sul bilancio, deve assicurare che le spese derivanti da tali atti possano essere finanziate entro i limiti delle risorse proprie dell'Unione nel rispetto del quadro finanziario pluriennale di cui all'articolo I-55*».

e) La previsione dell'art. 248 T.C.E. e degli artt. 128 e 128.2 reg. fin., che demandano alla Corte dei conti di formulare (nella relazione annuale) valutazioni sui *risultati* della gestione; nel Trattato costituzionale, il valore della relazione annuale della Corte dei conti è confermato dal combinato disposto degli artt. III-384, par. 4 e III-409, par. 1.

f) Il disposto dell'art. 279 (*ex art. 209*), lett. c) T.C.E., che già aveva istituzionalizzato «*il controllo della responsabilità dei controllori finanziari, ordinatori e contabili*» (28), la cui attività è più dettagliatamente disciplinata dal regolamento finanziario (cfr. in particolare artt. 59-62 e 85-87). La materia è ora rimessa dall'art. III-412, par. 1, della Costituzione, alla legge europea che

---

(27) In effetti, già l'art. 49.2 reg. fin. superava i precedenti dubbi sulla «*significatività*» delle azioni comunitarie che presupponevano un atto di base, elencando espressamente quali fossero le spese eseguibili dalla Commissione senza atto di base. La questione era stata peraltro già oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia CE: cfr. sentenze 11 luglio 1985 in cause riunite C-87/77, C-130/77, C-22/83, C-9/84 e C-10/84, Salerno e a. c/ Commissione e Consiglio, in *Raccolta*, 1985, 2523; 23 aprile 1986, in causa C-294/83, Les Verts c/ Parlamento, in *Raccolta*, 1986, 1339; 30 maggio 1989, in causa C-242/87, Commissione c/ Consiglio, in *Raccolta*, 1989, 1425; 24 ottobre 1989, in causa C-16/88, Commissione c/ Consiglio, in *Raccolta*, 1989, 3457. La stessa Corte ha avuto modo di precisare che la prova che si tratti di spese non significative, non necessitanti di un atto di base, spetta alla Commissione. In tal senso, cfr. sentenza 12 maggio 1998, in causa C-106/96, che si può leggere per esteso in *Foro amm.*, 1999, 1185 ss., con nota di G. GOLETTI, *La Commissione C.E. e il bilancio*. Sul punto, cfr. ID., *Tematiche di bilancio e Corte di giustizia della CE*, in *Riv. Corte conti*, 1991, 368 ss., nonché ID., *Il bilancio dell'unione europea e i conflitti tra il Parlamento europeo e Consiglio*, in *Foro amm.*, 1997, 696 ss. *Adde*, inoltre, come rinvio di carattere generale, V.D. STRASSER, *Les finances de l'Europe*, Paris, 1990, 131.

(28) V. P. FIMIANI, *Il sistema di tutela finanziaria delle Comunità nel nuovo art. 209 A*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, cit., 327 ss. ID., *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 1998.

deve essere adottata «*previa consultazione della Corte dei conti*» e deve definire sia le regole finanziarie inerenti alla formazione e all'esecuzione del bilancio, sia la disciplina del controllo della responsabilità «*degli agenti finanziari, in particolare, degli ordinatori e dei contabili*».

4. *Ricostruzione ed interpretazione del principio della « sana gestione finanziaria ».*

L'impressione che la Convenzione si sia preoccupata soprattutto di recepire, in materia finanziaria, i principi vigenti in ambito comunitario, enucleando quelli che presentavano maggiore solidità, generalità ed astrattezza, è confermata dall'analisi testuale del Trattato costituzionale, specie nelle parti in cui questo si è preoccupato di affermare e garantire il canone della «*sana gestione finanziaria*».

E difatti, la materia è regolata anzitutto nella parte I, titolo IV (*Istituzioni e organi dell'Unione*), laddove al capo II (*Le altre istituzioni e gli organi consultivi dell'Unione*), nell'art. I-31 individua nella Corte dei conti europea l'organo titolare della funzione di controllo, al quale è demandato di accertare la «*sana*» gestione finanziaria (cfr. par. 2.). L'argomento è ripreso nell'art. I-53 che, dettando i «*principi finanziari e di bilancio*», nel par. 6, fa espresso riferimento allo stesso criterio, sempre a proposito delle attribuzioni della Corte dei conti, nell'art. III-384, par. 2.

Peraltro, la Convenzione ritorna sul punto laddove, in relazione ai criteri dettati per «*esecuzione del bilancio e scarico*», all'art. III-407, nell'attribuire alla Commissione il compito di curare l'esecuzione del bilancio — in cooperazione con gli Stati membri (sulla base della legge europea di cui all'art. III-412), sotto la sua responsabilità e nei limiti degli stanziamenti — ribadisce che ciò deve avvenire «*in conformità del principio di sana gestione finanziaria*».

Si impone immediatamente una prima considerazione: appare superata, almeno sul piano testuale, l'ambigua terminologia adoperata in precedenza dalle fonti comunitarie, che facevano riferimento indifferentemente talvolta alla «*sana*», talaltra alla «*buona*» gestione finanziaria. La qual cosa, sotto il profilo ermeneutico, non poteva non suscitare perplessità, dal momento che,



a stretto rigore, il carattere della «*bontà*» si identifica piuttosto con quello della «*utilità*» della gestione, mentre può definirsi propriamente «*sana*» la gestione esente da patologie tecnico-giuridiche e quindi *legittima*, ma non necessariamente *utile* (29).

In precedenza, era stato l'art. 2 del regolamento finanziario del 1977 (come modificato dal regolamento n. 610/90 del 13 marzo 1990), a fare riferimento al concetto di «*sana*» gestione finanziaria, sia pure intesa come principio ispirato a criteri «*di economia e di rispetto del rapporto costo/efficacia*».

Tale ultimo parametro (stando almeno all'espressione letterale adoperata dal legislatore comunitario), appariva di interpretazione piuttosto univoca, dal momento che esso, pur con i suoi limiti lessicali, non poteva che voler garantire l'esigenza, posta a carico delle istituzioni responsabili, di assicurare una gestione finanziaria non solo «*legittima*» ma anche «*utile*» e come tale diretta, secondo quanto specificato nell'art. 2 cit., a «*fissare obiettivi quantificati e garantire il progresso della loro realizzazione*». Invero, il parametro usato dalla norma faceva riferimento al rapporto (ottimale) fra costo ed efficacia, cioè tra due concetti disomogenei e non comparabili (l'efficacia è a sua volta un rapporto fra obiettivi e risultati, cioè un valore relativo); tuttavia, nella disposizione erano presenti elementi tali da far ritenere all'interprete che la gestione «*sana*» dovesse essere non solo legittima e regolare, ma anche «*utile*» e quindi «*buona*».

La necessità, poi, che la gestione finanziaria «*sana*» non fosse cosa diversa da quella «*buona*», era confermata dal Trattato di Maastricht che, all'art. 205, costituzionalizzava il canone della «*bonne gestion financière*». Da tali criteri non si allontana il regolamento finanziario del 2002, che all'art. 27, sebbene ribadisca l'esigenza che la gestione finanziaria debba essere «*sana*», richiede espressamente che essa si uniformi ai «*principi di economia, efficienza ed efficacia*» (secondo il significato che la stessa norma attribuisce ai detti criteri) (30) e che la correlativa verifica

---

(29) In tal senso, cfr. G. COGLIANDRO, *I controlli*, cit., 292, il quale evidenzia che l'art. 3A (poi art. 4) T.C.E. stabilisce che gli Stati membri devono osservare il principio «*di finanze pubbliche sane*», laddove l'aggettivo «*sano*» individua «*un bilancio non caratterizzato da un disavanzo eccessivo*», in conformità dell'art. 109J (poi art. 121) T.C.E. La materia è ora affidata all'art. III-184 del Trattato costituzionale.

(30) La disposizione, infatti, non solo contiene un riferimento ai detti principi in quanto caratterizzanti la «*sana gestione finanziaria*», ma si preoccupa, sulla base delle

avvenga mediante indicatori di *performance* (intesa come ricerca del miglior rapporto tra i mezzi impiegati e i risultati conseguiti), definiti per attività e misurabili, in modo da consentire la verifica dei risultati ottenuti. Inoltre, per migliorare il processo decisionale, la sopracitata disposizione afferma il principio che le istituzioni procedano a valutazione *ex ante* ed *ex post* in conformità degli orientamenti definiti dalla Commissione. Sono assoggettati a valutazione, in tal modo, tutti i programmi e le attività che comportino spese rilevanti ed i *risultati* di siffatta valutazione sono comunicati alle amministrazioni incaricate della spesa ed alle autorità legislative e di bilancio.

Da tale contesto, non può che dedursi che, nel diritto comunitario vivente, le due definizioni di «*sana*» e «*buona*», riferiti alla gestione finanziaria, appaiono tra loro perfettamente *fungibili* e *complementari*, nel senso che ognuna delle due sottintende l'altra, nell'intento di garantire il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale che l'Unione si prefigge.

La gestione finanziaria delle risorse proprie dell'Unione deve, infatti, essere improntata al perseguimento di interessi generali, alla soddisfazione di bisogni collettivi ed all'elevazione dello *standard* di qualità dei servizi pubblici offerti.

Con l'ulteriore conseguenza che, specie alla luce delle specificazioni contenute nell'art. 27 del regolamento finanziario del 2002, il raggiungimento dell'obiettivo della sana gestione è indissolubilmente legato ai principi di economia, efficienza ed efficacia di ogni azione istituzionale.

Ovviamente, quale che sia la loro accezione<sup>(31)</sup>, trattasi di concetti che devono la loro configurazione teorica a studi di matrice aziendalista ed a riflessioni portate avanti per lo più sul ter-

---

nozioni (anche di matrice aziendalistica) più diffuse, di definire i tre parametri (cfr. par. 1), precisando che:

a) il «*principio dell'economia*» richiede che i mezzi impiegati dall'istituzione per la realizzazione delle proprie attività sono resi disponibili in tempo utile, nella quantità e qualità appropriata ed al prezzo migliore;

b) in base al «*principio dell'efficienza*», va ricercato il miglior rapporto tra mezzi impiegati e risultati conseguiti;

c) secondo il «*principio dell'efficacia*», devono essere raggiunti gli obiettivi specifici fissati e conseguiti i risultati attesi.

(31) Sulla delineazione dei concetti richiamati cfr., tra gli altri, G. FARNETI, *Gestione e contabilità dell'ente locale*, Rimini, 1999, 28 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2000, 233. Cfr. anche, volendo, E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione Europea ed ordinamento interno*, cit., 33 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

reno della ricerca micro-economica, con riferimento prevalente ad attività di produzione di merci e/o di servizi economicamente valutabili, attività orientate al fine (esclusivo) del conseguimento di profitto finanziario. La difficoltà risiede allora nell'adeguare questi criteri ad una attività che è ontologicamente e teleologicamente diversa da quelle in ordine alle quali si è formato lo statuto concettuale dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità.

Si pensi, in questa prospettiva, anzitutto alla difficoltà di individuare e definire quali sono i prodotti-risultati (*output*) (32) che si possono raggiungere per ogni settore di attività pubblica (33), il che ostacola in radice non solo la valutazione (tanto di efficienza, quanto di efficacia ed economicità), ma addirittura l'attività — logicamente e cronologicamente pregiudiziale — di programmazione e pianificazione degli obiettivi.

In definitiva, in ogni ordinamento giuridico, possono essere utilizzati parametri che, pur essendo veicolati da norme di legge (in ossequio al principio di legalità), non trovano nella legge medesima il loro strumento definitorio, essendo criteri di azione non giuridici; non per questo, però, tali parametri possono considerarsi come non appartenenti all'area del diritto, nel momento in cui una norma ne prescriva l'osservanza.

In quest'ottica va certamente superata «*l'equazione positivistica*» che risolve il diritto nella legge e va invece accolta una impostazione che riconosca l'esistenza di una pluralità di fonti del diritto, anche ontologicamente diverse (34).

---

(32) Di recente, specie la dottrina anglofona ha parlato di *democrazia dell'output*, in contrapposizione alla *democrazia dell'input*, per identificare il passaggio da un modello di Stato finalizzato (soprattutto) all'espressione della volontà del popolo ad un modello volto invece alla produzione di un risultato efficiente di gestione. V. per tale distinzione F.W. SCHARPE, *Governing in Europe: effective and democratic?*, Oxford, 1998. Sulle metodologie di misurazione dell'efficienza, cfr. A. WILDAWSKI, *The art and craft of policy analysis*, London, 1980, 365 ss.; dello stesso A. può utilmente consultarsi *Speaking truth to the power*, Boston, 1987. V. sullo stesso tema N. STAME, *L'esperienza della valutazione*, Roma, 1998. Vi è inoltre chi, al concetto di efficienza, preferisce quello di *rendimento* della prestazione pubblica, da intendersi come la *capacità di conversione* degli *inputs* in *outputs*. Cfr. in tema E. VEDUNG, *Public policy and program evaluation*, New Brunswick, 1997.

(33) La difficoltà è segnalata, tra gli altri, da F. SPALLA, *L'amministrazione locale*, Roma, 2000, 174; v. anche M. GIORGI, *L'introduzione del controllo di gestione nelle amministrazioni pubbliche: problemi informativi e procedurali*, in A. M. MATTEUCCI, C. PECCHI, *L'efficacia dei servizi pubblici. Metodi di analisi per le amministrazioni locali e regionali*, Milano, 1990; B. MANNA, *Controllo di gestione e metodi di valutazione*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 2001, 281 ss.

(34) Peraltro, una simile affermazione viene corroborata dalle ricadute prodotte dal principio di autonomia sul sistema delle fonti in Italia. Come è messo in rilievo anche

Ne segue che il principio della «sana» gestione finanziaria, come prefigurato dalla Convenzione, va inteso nel senso di *buona ed utile* e si pone come pietra angolare del sistema finanziario dell'Unione europea divenendo il fondamentale parametro gestionale (e di controllo) da cui non può prescindere alcuna attività istituzionale (35).

Tanto che la stessa Convenzione non ha mancato di considerare le ricadute del principio sull'attività istituzionale più delicata, ossia quella *legislativa*, laddove ha disposto che, ai fini del mantenimento della disciplina di bilancio, l'Unione, prima di adottare atti che possano avere incidenze rilevanti sul bilancio, deve assicurare che tali misure possano essere finanziate entro i limiti delle risorse proprie dell'Unione e del quadro finanziario pluriennale di cui all'art. I-55 (così dispone l'art. I-53, par. 5: in precedenza la materia era disciplinata dall'art. 270 T.C.E., *ex art.* 201 A).

È indubbio, poi, che il principio potrebbe condizionare l'attività esecutiva della Commissione e degli Stati membri, chiamati alla *coamministrazione* delle risorse comunitarie, in base alla disposizione contenuta nell'art. III-407, la quale — sempre nell'ottica della «sana» gestione — demanda espressamente alla legge europea sia di stabilire gli obblighi di controllo e di revisione

---

da P. MADDALENA, *Struttura della pubblica amministrazione e della responsabilità amministrativa*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, II, 402, «a disciplinare l'azione amministrativa non è più soltanto una delle fonti di produzione del diritto, cioè la legge, ma un complesso di norme, talune delle quali sono poste dalla stessa Autorità amministrativa, sicché si può dire che alla tradizionale forza della legge si sostituisce oggi la forza dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso: al tradizionale principio di legalità, si sostituisce, in altri termini, un principio di conformità all'ordinamento giuridico». Sul tema, cfr. S. COGNETTI, *Normativa su procedimento, regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1990, 126; F. LUCIANI, *Commento a Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1252.

(35) Ovviamente, tale concetto non ha mancato di esercitare la propria influenza anche nel nostro diritto interno, favorendo una interpretazione «evolutive» del principio del buon andamento dell'attività amministrativa sancito dall'art. 97, primo comma, Cost. Sul punto, sia consentito rinviare, da ultimo, a E. BONELLI, *Politica e amministrazione: una commistione incostituzionale nei piccoli comuni?*, in *Riv. amm.*, 2003, 995-1032 ed ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Considerazioni interessanti possono ritrovarsi anche in G. TERRACCIANO, *Bilancio e finanziaria tra Unione europea e governo locale*, relazione svolta al Convegno su «*Bilancio e finanziaria tra Unione europea e governo locale*», tenutosi a San Leucio-Napoli in data 17-18 ottobre 2002, in corso di pubblicazione e consultata nel dattiloscritto.

Più in generale, le complesse relazioni che si instaurano fra ordinamenti interni e sistema giuridico comunitario sono state analizzate di recente, con ampi riferimenti sia alla dottrina italiana che straniera, da C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003, *passim*. Adde, AA.VV., *Adjusting to Europe. The Impact of the European Union on National Institutions and Politics*, a cura di Y. MÈNY, London-New York, 1996.

contabile degli Stati membri al fine di rendere efficaci le verifiche gestorie, sia di fissare le responsabilità e le modalità particolari secondo le quali ogni istituzione partecipa all'esecuzione delle proprie spese.

Il quadro normativo costituzionale, tuttavia, deve ritenersi integrato dalla disposizione di apertura del regolamento finanziario, secondo cui il Comitato economico e sociale, il Comitato delle regioni, il Mediatore e il Garante europeo della protezione dei dati, ai fini dell'applicazione dello stesso regolamento, «*sono assimilati*» alle istituzioni delle Comunità (cfr. art. 1 reg. fin.), in una corretta prospettiva di ampliamento della categoria degli attori che agiscono nello scenario istituzionale inteso *lato sensu*. In tal modo, coerentemente, il regime finanziario si coniuga con la posizione di rilievo costituzionale ora riconosciuta non solo al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale, quali «*organi consultivi dell'Unione*» (cfr. art. I-32)(36), ma anche al Mediatore quale organo di garanzia e di controllo democratico (cfr. art. I-49)(37) e al Garante della protezione dati, quale autorità indipendente (cfr. art. I-51) per la tutela dei cittadini dell'Unione in questo delicato settore.

Le ulteriori specificazioni ermeneutico-applicative del principio della «*sana*» e (al tempo stesso) «*buona*» gestione finanziaria appaiono addirittura scontate in relazione all'attività *esecutiva*: non a caso, all'argomento fa un articolato riferimento, nella prima parte, titolo II, Capo 6 (intitolato appunto «*Principio della sana gestione finanziaria*»), il regolamento n. 2342/02 del 23 dicembre 2002 della Commissione (attuativo del regolamento finanziario). Più specificatamente, il detto regolamento richiede, in relazione a tutti i programmi ed attività comportanti una spesa, una valutazione *ex ante* ed *ex post*, imponendo che le proposte presentate al legislatore e dirette ad incidere sul bilancio, siano corredate da una «*scheda finanziaria*», redatta in modo da fornire informazioni sulla coerenza ed eventuale sinergia con altri strumenti finanziari, *dando conto dei fabbisogni annuali* di stanziamenti e di personale(38).

---

(36) Su entrambi gli organi può utilmente consultarsi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 2003, 228-237.

(37) Su cui v. *amplius infra*, al par. 5 nel testo e nelle note.

(38) Cfr. in tal senso gli artt. 21 e 22 del regolamento cit. n. 2342/02.

Per ovvie ragioni, infine, risulta informata al criterio di «sana» gestione finanziaria (come in precedenza inteso) tutta l'attività di controllo della Corte dei conti, alla luce di disposizioni cui si è inteso conferire natura costituzionale.

5. *La Corte dei conti quale istituzione garante del detto principio.*

Si è già anticipato sopra che per quanto concerne il controllo «esterno» sulla gestione del bilancio, la Costituzione si è limitata a confermare principi e criteri già collaudati in ambito comunitario, confermando opportunamente che la Corte dei conti costituisce l'«istituzione» responsabile di tale controllo (39).

Invero, gli artt. 246-248 T.C.E. (*ex* 188A, B, C) e art. 277 T.C.E. (*ex* art. 206), (in virtù delle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht) avevano già configurato la Corte come organo istituzionale dell'Unione europea, con la funzione di assicurare il controllo delle finanze pubbliche comunitarie in posizione di assoluta autonomia (40), demandando ad essa di garantire la legalità, la regolarità e la «sana» gestione del complesso delle entrate e delle spese delle Comunità, di ogni organismo creato dalle stesse Comunità, salvo eventuali esenzioni esplicitamente previste dal relativo atto costitutivo.

La materia è stata rivisitata dal Trattato di Nizza, che ha introdotto sensibili modifiche agli articoli 247 e 248 T.C.E. In particolare, il primo, che concerne la composizione della Corte, pre-

---

(39) Tale organo, invero, era stato istituito già dal Trattato di Bruxelles del 22 luglio 1975. È stato, però, il Trattato di Maastricht a modificare l'art. 4 del Trattato CE (diventato l'art. 7 della versione consolidata) e a riconoscere alla Corte il rango di «istituzione», facendo venire meno la sua posizione differenziata rispetto al Parlamento, al Consiglio, alla Commissione ed alla Corte di giustizia.

Come riferimenti generali, cfr. R. SCERBO, *La Corte dei Conti delle Comunità europee*, in *Riv. amm.*, 1990, 735 ss.; G. CARBONE, *La Corte dei Conti dell'Unione europea*, in *Affari esteri*, 1998, n. 117, 34 ss. Per aspetti più specifici, v. A. SABATINI, *Il Governo della moneta in Italia ed in Europa: prospettive del controllo della Corte dei Conti europea*, in *Riv. dir. eur.*, n. 3, 1996, 427 ss.; F. GARRI, *La Corte dei conti e le implicazioni comunitarie*, in questa *Rivista*, 1998, 91 ss.; M. MARQUEZ JURADO, *La Corte dei conti delle comunità europee: una nuova istituzione nell'Unione europea*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 1994, 356 ss.

(40) Alla Corte dei conti è attribuita anche la funzione di autorità investita sia dei poteri di nomina che della disciplina del proprio personale e dei propri membri. Sul contenzioso tra la Corte e i suoi membri cfr. Trib. primo grado 30 settembre 1998, causa T. 12/97, in *Foro amm.*, 1999, 2339 ss., con nota di G. B. GOLETTI, *La Corte dei conti europea e i suoi membri*, 2354; nonché ID., *La Corte dei conti europea in giudizio (Nota a Trib. I grado Comunità europee, 15 giugno 1999, n. 277/97, Soc. Ismeri Europa c. Corte dei conti CE)*, *ibidem*, 2000, 1181.

vede che l'organo (con l'entrata in vigore del Trattato) sia composto da un cittadino di ciascuno Stato membro, anche in vista dell'allargamento dell'Unione, e che la nomina intervenga ad opera del Consiglio (che delibera a maggioranza qualificata), previa consultazione del Parlamento europeo, scegliendo però i membri da un elenco redatto in conformità delle proposte presentate da ciascuno Stato (41). Significativa appare anche la modifica dell'art. 248 T.C.E., che, al paragrafo 4, riconosce alla Corte sia la possibilità di istituire nel suo ambito sezioni per adottare talune categorie di relazioni o pareri, sia la potestà di adottare il proprio regolamento interno da sottoporre all'approvazione del Consiglio. Il riferito quadro normativo risulta, in buona sostanza, recepito dalla Convenzione negli artt. I-31, III-384 e III-385. Con l'ulteriore, ovvia specificazione che il controllo sulle entrate è effettuato sulla base degli accertamenti e dei versamenti; viceversa, quello sulle spese, sulla base degli impegni e dei pagamenti (cfr. art. III-394, par. 2). Sicché, in ossequio a collaudate regole contabili, per entrambi i versanti il controllo si svolge sotto il profilo sia della competenza (accertamenti ed impegni) che della cassa (riscossioni e pagamenti). Le verifiche operate dalla Corte investono l'intera gestione finanziaria, con le sole eccezioni espressamente stabilite; la qual cosa comporta, come suo corollario, che il controllo sia effettuato non solo nei confronti degli atti tipici, ma anche nei confronti degli atti informali che hanno una pur minima influenza finanziaria (42).

L'accertamento della «sana» gestione finanziaria, invece, comportando (come si è visto *supra* al par. 3) che tale espressione vada letta ed interpretata in stretta connessione con quello della «buona gestione», comprende ogni sorta di controllo volto a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'attività gestionale (43), non escludendo l'*auditing* (44) e l'analisi dei sistemi.

---

(41) Sul punto si tornerà nel paragrafo successivo.

(42) Il controllo della Corte, oltre che sui documenti, può avvenire *in loco*, ovvero presso le singole istituzioni comunitarie e, quindi, nei locali di qualsiasi organismo che gestisce entrate o spese per conto della stessa Comunità. Tali controlli sono estesi anche ai locali dei singoli Stati membri, compresi quelli appartenenti a persone fisiche o giuridiche che ricevono contributi a carico del bilancio comunitario. Per tale ultima forma di controllo appare decisiva la collaborazione da parte dei singoli Stati membri, tanto che l'art. 248 del Trattato CE fa esplicito riferimento all'apporto collaborativo di questi ultimi. V. *amplius infra* al par. 6, nel testo e nelle note.

(43) Opportunamente, si è in proposito rilevato che il controllo sulla gestione finanziaria si sostanzia non tanto nel verificare la rispondenza dei risultati ottenuti agli

Per inquadrare correttamente le modalità operative della Corte dei conti comunitaria va abbandonata la nostra mentalità tendente a riferire il controllo a singoli atti, in quanto oggetto della verifica in parola è l'*attività* (di gestione), nel suo complesso, sicché i due classici tipi di controllo (l'uno volto a verificare la conformità ai parametri normativi e l'altro tendente ad accertare la corrispondenza al principio della sana gestione), sono effettuati contestualmente, in modo per così dire «*integrato*», ancorché in via successiva, dalla Corte (45).

Inoltre, dal momento che le sue verifiche non possono investire analiticamente tutte le operazioni di gestione, l'organo ricorre mediante adeguata programmazione all'individuazione (anche a campione) di una determinata area da sottoporre a controllo, procedendo poi alla rilevazione di sistemi e di sottosistemi che in ciascuna area presiedono alla gestione, compreso il controllo interno. Il passaggio successivo consiste in un primo momento di utilizzazione di *tests di conformità* (ossia di accertamento del grado di applicazione del sistema) e in un secondo momento volto all'utilizzazione di *tests di corroborazione*, al fine di verificare il grado di affidabilità del sistema analizzato (46). Lo scopo è quello di giungere, attraverso la previa valutazione degli

---

obiettivi stabiliti dalla normativa comunitaria, quanto nell'accertare che i risultati conseguiti dall'amministrazione dell'Unione o dal singolo organismo controllato determinino un rapporto costi/benefici favorevole o almeno in pareggio. In tal senso, v. R. CAPUNZO, D. CROCCO, *In tema di controllo finanziario esterno nell'ordinamento comunitario europeo*, cit., 319; cfr. anche MI. SCIASCIA, MA. SCIASCIA, *Il controllo della Corte dei conti sulle gestioni pubbliche in Italia e in Europa*, cit., 281; M. VARI, *La nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo della spesa pubblica*, in *Atti del Convegno sulla nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica tra efficienza e garantismo*, cit., 17 ss.

(44) Per la ricostruzione delle logiche sottese al controllo di gestione della Corte, sulla base del suo manuale di *audit*, si veda G. COGLIANDRO, *I controlli*, op. ult. cit., 281. Opportunamente, l'A. mette in evidenza che nel manuale, come parametri di *sana gestione* sono indicati i tre noti concetti di efficacia, efficienza ed economicità, rilevando che «*l'efficacia misura il tasso del successo. Consiste nel valutare in che misura i risultati sono stati conformi alle finalità dell'azione, ed hanno raggiunto gli obiettivi. Rientra pure nel concetto l'apprezzamento della fissazione degli obiettivi e, nel caso che gli stessi non siano stati ben definiti, la loro ricostruzione, sulla base del dossier preparatorio della decisione in questione. Il controllo di efficacia non deve limitarsi alla rilevazione delle lacune e delle insufficienze. Per rendere utile il suo lavoro, l'auditor, secondo il manuale, deve anche identificare e analizzare le cause. Solo l'analisi delle cause consente, infatti, il miglioramento futuro della gestione*».

(45) Cfr. sul punto, A. ANGIOI, *Competenze della Corte dei conti comunitaria*, in *Cons. Stato*, 1994, II, 5; nonché F. GARRI, *La Corte dei conti e le implicazioni comunitarie*, op. loc. cit.

(46) In tal senso, cfr. A. ANGIOI, op. loc. ult. cit.



obiettivi generali del controllo interno e la loro traduzione in obiettivi specifici, all'individuazione dei punti deboli del sistema analizzato, al fine di suggerire le opportune correzioni nella relazione finale.

L'attività della Corte è inoltre valorizzata dalla pubblicità che essa riceve: le osservazioni formulate nel quadro dei suoi controlli sono raccolte annualmente in un rapporto pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* delle Comunità europee (ciò avviene dal 1992), in cui sono ben individuati i settori di attività in cui è possibile ottenere miglioramenti gestionali. La relazione annuale viene dalla Corte redatta attraverso una tipica procedura in *contraddittorio* (47), che nella previsione dell'art. 143 del regolamento finanziario del 2002, ma non della Costituzione (cfr. art. III-384, par. 4), vede opportunamente coinvolti anche gli Stati membri, riservando spazio alle risposte delle istituzioni alle osservazioni della stessa Corte; essa è comunicata al Parlamento europeo, al Consiglio e alle altre istituzioni ed ha funzione di informazione e di giudizio essenziale nel quadro della procedura di rendicontazione.

Quest'ultima si conclude con la concessione di «*discarico*», che concreta il giudizio favorevole espresso dal Parlamento nei confronti della Commissione per la corretta esecuzione del bilancio. Anche in materia di rendiconto la Convenzione non si è allontanata da meccanismi e strumenti di verifica collaudati (cfr. art. 265 T.C.E.) ed ha confermato il ricorso al c.d. metodo «*DAS*» (acronimo che sta ad indicare la *déclaration d'assurance*), dando mandato alla Corte dei conti di certificare l'*affidabilità* del rendiconto, come documento contabile complessivamente inteso (cfr. art. III-409, parr. 1 e 2) (48).

---

(47) Cfr. G. CLEMENTE, *I controlli finanziari sulle istituzioni dell'Unione Europea*, in *Riv. Corte conti*, n. 3, 1996, 287, che limpidamente chiarisce come l'istituto garantisca «una sorta di difesa al controllato e tende all'incontestabile accertamento dei fatti, ferma restando l'autonomia del giudizio finale del controllore». Più in generale cfr. M. GAGLIARDI, *Configurazione dei controlli finanziari in ambito comunitario tra sinergie e istanze perequative*, cit., 274 ss.

(48) In proposito, opportunamente la dottrina parla di «specificità del metodo *DAS*» che, dovendo investire la totalità del rendiconto annuale, per ovvie ragioni, non può consistere in valutazioni approfondite su un numero elevatissimo di sistemi e sottosistemi che interessano la gestione e il controllo delle operazioni comunitarie; di guisa che l'approccio — ritenuto più economico — limita l'analisi alle valutazioni necessarie per comprendere il funzionamento dei sistemi nell'ambito dei quali sono gestiti i campioni scelti (comunque negli ambiti d'azione più rilevanti), «senza cercare di ridurre il volume dei tests in funzione dei sistemi risultati soddisfacenti»: così G. CLEMENTE, *I controlli finanziari sulle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 286.

Siffatta competenza (riconosciuta ora da fonte di rango «*costituzionale*») conferma la natura politico-gestionale delle verifiche dell'istituzione di controllo e costituisce, nel sistema, un'efficace *pendant* alla carenza di misure interruttive e sospensive dell'efficacia degli atti, divenendo il mezzo più idoneo per individuare e censurare *ex post* eventuali condotte ed attività trasgressive e/o devianti (49).

Compete, inoltre, alla Corte presentare, in qualsiasi momento lo ritenga opportuno, rapporti speciali con riferimento a particolari settori della gestione amministrativo-finanziaria della Commissione o di altra istituzione. Ulteriore attribuzione della Corte è rappresentata dalla sua attività consultiva che si concreta nell'emissione di pareri, «*su richiesta di una delle altre istituzioni*» ovvero nell'ambito del procedimento di formazione della normativa dell'U.e., come si chiarirà di qui a un momento.

#### 6. *Funzione di controllo e relazioni interistituzionali.*

Sulla base della ricostruzione fin qui operata, s'impone qualche considerazione sulla posizione della Corte dei conti nel quadro complessivo (ri)disegnato dalla Convenzione. Il ruolo dell'organo, quale istituzione deputata al controllo sui conti e sulla «*sana*» gestione finanziaria in posizione di autonomia e di indipendenza, appare ribadito dal Trattato costituzionale. Tale ruolo, peraltro, costituisce il *portato* della credibilità e dell'affidabilità che la Corte ha conquistato sul campo, rivendicando in più di un'occasione la propria autonomia e l'indipendenza da ogni altra istituzione e perfino l'impossibilità che altre fonti potessero prevedere per essa obblighi travalicanti le disposizioni dei trattati (50).

Non mancano, tuttavia, nel Trattato costituzionale elementi volti ad aumentare il peso e l'incidenza della sua funzione: non va trascurato, ad esempio, il riconoscimento conferito al ruolo della Corte dei conti nei rapporti col cosiddetto «*triangolo istituzionale*» laddove stabilisce che essa (cfr. art. III-384, par. 4) assiste il *Parlamento* europeo e il *Consiglio* nell'esercizio «*della fun-*

---

(49) In tal senso, v. A. ANGIOI, *Competenze della Corte dei conti comunitaria*, cit., 515; G. CLEMENTE, *op. ult. cit.*, 287.

(50) Cfr. i pareri della Corte dei conti espressi nel procedimento di formazione del regolamento finanziario n. 1605/2002 e pubblicati in *GUCE* C 162 del 5 giugno 2001 e *GUCE* C 92 del 17 aprile 2002.

zione di controllo dell'esecuzione del bilancio», esecuzione di cui è responsabile, come si è visto, la *Commissione*, in «cooperazione» con gli Stati membri (51). La peculiarità del ruolo della Corte è ribadita, poi, dalla natura degli obblighi posti a carico di altri organi ed istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, con sensibili ricadute sugli ordinamenti interni di questi ultimi: è previsto che sono tenute a collaborare con essa le istituzioni nazionali di controllo, come pure tutti gli organismi che gestiscono le entrate e le spese per conto dell'Unione e le persone fisiche o giuridiche che ricevono contributi a carico del bilancio comunitario. Tale collaborazione si sostanzia nell'obbligo di trasmissione alla Corte dei conti di tutti i documenti e le informazioni necessarie per l'esercizio della sua funzione (52), tanto che perfino la Banca europea per gli investimenti (istituto di grande rilievo politico-economico, come si vedrà appresso) è tenuta a consentire alla Corte dei conti l'accesso in merito alla gestione delle entrate e delle spese dell'Unione (cfr. art. III-384, par. 3), sia pure con limiti di cui si dirà più innanzi.

Né viene trascurata dal costituente la funzione *consultiva* dell'organo, che è chiamato a dare il proprio contributo tecnico, soprattutto a proposito:

a) dell'adozione della legge europea in materia di formazione ed esecuzione del bilancio e di disciplina della responsabilità di controllori finanziari, ordinatori e contabili (art. III-412, par. 1);

b) del regolamento del Consiglio che fissa le modalità e le procedure secondo le quali le entrate di bilancio sono messe a disposizione della Commissione (art. III-412, par. 2), per cui è richiesta anche la consultazione del Parlamento europeo;

c) della legge-quadro europea in materia di prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (53) (cfr. art. III-415, par. 4).

---

(51) Cfr. *amplius supra*, ai parr. 2 e 3.

(52) Il tema della collaborazione tra Corte dei conti europea e istituzioni di controllo nazionali è di grande attualità e non può essere, ovviamente, qui utilmente affrontato; sul punto, cfr. M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il dovere di cooperazione tra Corte dei conti europea e Corte dei conti degli Stati membri: questioni metodologiche ed organizzative*, in *Riv. Corte conti*, n. 3, 1996, 239.

(53) La Commissione Prodi, con la Decisione del 28 aprile 1999, n. 352/1999 CE/CECA/EURATOM (nonché mercè l'Accordo interistituzionale del 25 maggio 1999 e dal regolamento CE del 25 maggio 1999, n. 1073/1999) ha ulteriormente arricchito lo strumento antifrode con la creazione dell'Ufficio Europeo per la Lotta contro la Frode

Risulta evidente, a questo punto, che, da un lato, alla luce di tali disposizioni, si è accentuato il ruolo della Corte dei conti come organo ausiliario delle altre istituzioni, per una più efficace *governance* finanziaria; dall'altro, si è mantenuta una procedura di nomina dei suoi membri, tale da riservare la relativa competenza al Consiglio che adotta una decisione europea (art. III-385, par.2), conforme alle proposte degli Stati membri «*previa consultazione del Parlamento europeo*»; laddove la previsione di un vero e proprio *consenso* del Parlamento (in luogo di un parere) avrebbe avuto indubbiamente l'effetto di collegare più direttamente la Corte all'organo rappresentativo, cui è attribuito un ruolo centrale nel controllo politico di tutte le istituzioni.

Opportuna, invece, appare l'opzione del costituente di mantenere la stretta correlazione tra numero dei membri dell'organo e numero dei membri degli Stati, così come auspicato nel «*Contributo*» della Corte dei conti alla Conferenza intergovernativa di Nizza (54), in contrasto con quanto richiesto dalla Commissione nel suo parere del 26 gennaio 2000, nel quale si proponeva la riduzione del numero dei membri a 12. È evidente che tale ultima soluzione (peraltro già respinta dalla ricordata assise), ove fatta propria dalla Convenzione, avrebbe comportato due ordini di problemi: da un lato, avrebbe suscitato le reazioni degli Stati non rappresentati nel collegio, implicando inevitabilmente la necessità di trattative a livello politico per trovare adeguate compensazioni nell'ambito di altre istituzioni, ovvero nella stessa istituzione, ma a livello diverso, con possibili turbative per il funzionamento della Corte; dall'altro, si sarebbe corso il rischio di perdere l'apporto di alcune tradizioni nazionali in materia di controllo finan-

---

(OLAF che subentra, in buona sostanza, alle attribuzioni in precedenza riconosciute all'UCLAF, ovvero all'Unità di coordinamento della lotta alle frodi). In tema, cfr. F. CARRARINI, *Nuovi strumenti di contrasto alle frodi comunitarie*, in *Fisco*, 2000, 2361 ss.; AA.VV., *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione — L'esempio dei fondi strutturali (atti del seminario organizzato dal centro di diritto penale europeo in collaborazione con la facoltà di giurisprudenza dell'università di Catania: Catania 18-19 giugno 1998)*, a cura di G. GRASSO, Milano, 2000; T. PARISI, *Finanziamenti comunitari a favore del bilancio nazionale*, in *Riv. guardia di finanza*, 2000, 2375; C. ASTRALDI DE ZORZI, *Prevenzione e repressione delle frodi comunitarie*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 2001, 347; C. DE ROSE, *Prevenzione e repressione delle frodi comunitarie*, in *Amm. it.*, 2001, 849; ID., *La cooperazione giudiziaria in Europa per la lotta contro le frodi ai danni della comunità*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 65.

(54) Su cui può utilmente consultarsi A. VERRILLI, *Il Trattato di Nizza*, Napoli, 2001, in ispecie 130-131.

ziario, con una conseguente cesura nel tracciato operativo della Corte rispetto alle istituzioni di controllo nazionale.

Sempre nel ricordato «*Contributo*», peraltro, la Corte ebbe a sottolineare negativamente la differenza esistente tra la procedura di nomina dei suoi membri rispetto a quelli della Corte di giustizia (55). Come si è visto (v. *supra*, par. 5), le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza (con particolare riferimento all'art. 247 T.C.E.) hanno recepito solo in parte queste osservazioni e sul punto la *Magna Charta* europea non ha introdotto innovazioni di rilievo. Tuttavia, la comparazione (instaurata dalla stessa Corte dei conti) col sistema di nomina dell'organo giurisdizionale per eccellenza dell'Unione (qual'è appunto la Corte di giustizia (56)) appare sintomatica di un'aspirazione assai sentita (e spesso manifestata) dall'organo di controllo di porsi come istituzione «*neutra*», sottoposta soltanto alle disposizioni dei trattati, così come il giudice è sottoposto solo alla legge nella tradizione giuridica di tutti gli Stati dell'Unione (57).

In realtà, dato l'attuale quadro costituzionale, che, anche dopo l'adozione del Trattato firmato a Roma, non consente di individuare una corrispondenza tra divisione dei poteri e divisione delle funzioni, l'indipendenza e l'autonomia della Corte dei conti, quale titolare della funzione di controllo esterno nei confronti di tutte le altre istituzioni (e quindi anche del Parlamento), appaiono sicuramente di grande rilievo e consentono di individuare in essa un organo cardine del principio del *check and balance*. Sembra così delinearsi a livello costituzionale il modello di un organismo che, pur esercitando la sua attività di controllo principalmente in ordine alla fase esecutiva (del bilancio), opera in una posizione di totale *neutralità, indipendenza ed autonomia*.

---

(55) Secondo l'assunto dell'istituzione di controllo «*a differenza della Corte di giustizia, i cui giudici sono nominati direttamente, di comune accordo, dai governi degli Stati membri, i membri della Corte dei conti sono designati da un'altra istituzione (il Consiglio), previo parere di una terza istituzione (il Parlamento europeo). Questa differenza potrebbe far pensare che l'indipendenza della Corte di giustizia sia più legittima di quella della Corte dei conti. L'allineamento delle procedure di nomina a quelle applicabili alla Corte di giustizia consentirebbe di completare l'elevazione della Corte dei conti (operata dal Trattato di Maastricht) al rango di istituzione*».

(56) Su cui (anche come organo di giurisdizione costituzionale europea), v. da ultimo R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, (a cura di) S. GAMBINO, Milano, 2002, 503 ss.

(57) In tema, cfr. S. BARTOLE, voce *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989; L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, *passim*.

Tali ultimi concetti, pur nelle loro poliedriche accezioni, sono stati oggetto di continuo e dibattuto approfondimento della dottrina giuspubblicistica: ovviamente, di un così complesso dibattito non si può dar conto in questa sede (58). Basterà qui ricordare che il concetto di indipendenza è senz'altro più comprensibile se inteso nel senso di *non influenzabilità*. Nozione, questa, che non può non implicare e presupporre una condizione strutturale adeguata all'esigenza che le decisioni siano prese in modo da non subire pressioni di sorta e tale da garantire obiettivamente il perseguimento dell'interesse pubblico; sicché, la neutralità e l'indipendenza finiscono per essere due facce della stessa medaglia: la prima sul versante *funzionale*, la seconda su quello *strutturale* (59). Quanto all'autonomia, sembra preferibile l'opinione di chi individua nel concetto un *quid pluris* rispetto a quello di indipendenza, perché esso si connota per un suo significato positivo, in quanto espressione di un potere di incidere su altri soggetti dell'ordinamento, concretandosi nella capacità di autoregolamentare proprie attività e funzioni (60).

Tutti e tre i concetti, come sopra ricostruiti, sono sicuramente riferibili alla Corte dei conti europea che si configura, nel quadro delle attuali relazioni interistituzionali, come un organo neutrale, indipendente ed autonomo, la cui attività di controllo, fortemente autoregolamentata, costituisce una funzione che ha un suo *proprium* peculiare.

Forse proprio la preoccupazione del costituente di alterare siffatti (consolidati) equilibri istituzionali ha impedito di instaurare un più stretto collegamento tra la Corte e l'organo titolare della funzione di controllo politico qual'è il Parlamento europeo, non essendo le due istituzioni interfacciate in modo diretto e continuo. Strumento primario di collegamento, nella prospettiva di una informazione effettivamente utile ai fini di *policy-making*, po-

---

(58) Di tale dibattito, invece, dà conto esaurientemente C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione « indipendente » del mercato — Profili pubblicistici*, Bari, 2003, in specie 195 ss., il quale svolge un'accurata analisi dei concetti in parola, in vista dell'individuazione della natura giuridica delle autorità indipendenti.

(59) Cfr. C.P. GUARINI, *op. loc. ult. cit.* ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Per la prevalenza dei caratteri funzionali rispetto a quelli strutturali, cfr. L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della funzione privata*, Padova, 1992, 410.

(60) In tal senso, cfr. M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti come organismi « neutri »*. Tra falsi problemi ed equivoci dottrinari, in AA.VV., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, (a cura di) S. PANIZZA, Torino, 1997, 275.

teva essere costituito dall'obbligo, per l'istituzione di controllo, di segnalare al Parlamento, anche in corso di esercizio finanziario, ogni anomalo scostamento della spesa (di qualsiasi istituzione) dal *budget* programmato e ogni utilizzazione di risorse dell'Unione (sia a livello comunitario che nazionale) palesemente contraria al principio costituzionale di «*sana gestione*» (*id est*: ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità).

Né sembra appagante, nella stessa ottica, la previsione dell'art. III-384, par. 2, secondo cui la Corte «*riferisce in particolare su ogni caso di irregolarità*», dal momento che la formulazione della norma si dimostra generica ed elusiva, mancando essa della chiara individuazione dell'organo destinatario di tale attività di referto, sempre che questa risulti ammissibile in corso di esercizio finanziario; per contro, l'indicazione espressa del Parlamento, nella stessa disposizione, avrebbe assicurato l'adeguata cassa di risonanza politica alla ipotesi di irregolarità della gestione accertate e segnalate dall'istituzione di controllo, creando probabilmente un circuito virtuoso in cui potevano inserirsi (mediante un opportuno raccordo) anche le inchieste sui «*casi di cattiva amministrazione*» di competenza del Mediatore europeo. A quest'ultimo sono riconfermati dal Trattato costituzionale ampi poteri di indagine, da esercitarsi in contraddittorio con l'istituzione, organo o organismo interessato, proprio al fine di relazionare al Parlamento europeo, informando del risultato dell'inchiesta la persona (fisica o giuridica) che ha sporto denuncia (cfr. art. III-335, par. 1); resta esclusa, ovviamente, l'adozione di qualsivoglia «*misura*» tipica di controllo, sia sospensiva, sia annullatoria, sia repressiva, ad opera dell'*ombudsman* europeo, il quale, non rientrando tra le *istituzioni* dell'U.E. rimane un organo di controllo indiretto e di garanzia, nominato dal Parlamento ai fini della difesa (nei confronti dell'autorità) di interessi non azionabili (o non azionati) in sede giurisdizionale (61). Oggetto di tutela può essere qualsiasi inadempienza e/

---

(61) Sulla posizione istituzionale del Mediatore, cfr. ora artt. I-10, par. 2, lett. *d*) e I-49 della Costituzione europea. In tema, cfr. L. COMINELLI, *Il mediatore europeo, ombuds dell'Unione: prime osservazioni empiriche*, in *Soc. dir.*, n. 1, 2001, 91 ss.; D. VENTRESCA, *Il mediatore europeo (ombudsman europeo): nascita e sue funzioni*, in *Rass. dir. tecnica doganale*, 2001, 605 ss.; M.P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in questa *Rivista*, 2000, 303 ss.; M.R. SAULLE, voce *Mediatore europeo*, in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, 536 ss.; S. TOMASELLO, *Il difensore civico nazio-*

o illegittimità posta in essere da parte di un funzionario nell'ottemperare ai principi enunciati nel Codice europeo di buona condotta amministrativa (deliberato dal Parlamento europeo con risoluzione del 6 settembre 2001), nei modi e nelle forme previsti dallo Statuto del Mediatore europeo, anch'esso approvato con decisione dell'organo politico-rappresentativo (62), il quale in tal modo ha manifestato e consolidato la sua volontà di recuperare, sia pure attraverso una *longa manus* ed indirettamente, un ruolo centrale nell'ambito della funzione di controllo, attraendola nell'orbita della *policy*. Nello stesso filone si inserisce la questione delle complesse relazioni che vengono ad instaurarsi tra Parlamento, Commissione e Consiglio nel mutato quadro costituzionale, in cui vengono ad inserirsi i nuovi organi-individui, quali il Ministro degli esteri dell'Unione e il Presidente del Consiglio europeo (63). In proposito, non può essere obliterato che la Convenzione si è preoccupata di recepire nell'art. III-340 il potere di censura del Parlamento nei confronti della Commissione, già previsto dall'art. 201 T.C.E. (e che ovviamente non costituisce oggetto della presente indagine), in un'ottica di consolidamento del rapporto fiduciario fra i due organi (64). Peraltro, strettamente strumentale al potere di censura appare la possibilità che il Parlamento sia tempestivamente informato di tutte le

---

nale e il mediatore europeo di fronte alla tutela dei diritti umani, in *Quad. reg.*, 1997, 773 ss.

(62) Pubblicato nella GUCE L 113 del 4 maggio 1994.

(63) Sul punto, v. da ultimo le interessanti considerazioni di L. DANIELE, *Il nuovo quadro istituzionale*, Relazione al Convegno svoltosi a Firenze in data 18 febbraio 2005, «Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri. Sul trattato che istituisce una costituzione per l'Unione Europea», in *www.giustamm.it*, n. 2/2005, 2 ss.; l'A, invero, non manca di sottolineare il prevalere, anche in ambito comunitario, della tendenza alla «personificazione istituzionale». Per le relazioni esistenti nell'ambito del tradizionale «triangolo istituzionale», v. A. GIOVANNELLI, *L'orizzonte costituzionale europeo*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale comune europeo — Principi e diritti fondamentali*, (a cura di) M. SCUDIERO, vol. primo, II tomo, Napoli, 2002, 12 ss., il quale sostiene che esso consta di tre poli, ossia «di un Parlamento dimezzato, di un Consiglio ancora troppo forte e di una Commissione in bilico».

(64) La tematica dei rapporti Commissione-Parlamento europeo è da tempo oggetto di dibattito in dottrina; come riferimenti di carattere generale, cfr. C. AMIRANTE, voce *Unione Europea*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 2002 (consultata nell'estratto); F. RUBINO, *La Commissione Europea e il suo Presidente nel contesto della governance*, in AA.VV. *Il diritto costituzionale comune europeo*, cit., vol. secondo, II tomo, 681 ss.; G. PASQUINO, *Deficit democratico e leadership nell'Unione europea*, in *Teoria politica*, n. 1, 2000, 3; G. RESS, *Democratic decision making in the European Union and the role of the European Parliament*, in AA.VV., *Institutional dynamics of European Integration, Essays in honour of Henry G. Schermers*, Martinus, Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1994, vol. I, 153 ss.



irregolarità e le disfunzioni inerenti alla gestione finanziaria, in modo da poter esercitare il proprio controllo, anche di natura repressiva, sulla base dei dati che solo un organo tecnico come la Corte dei conti, dotato per di più di autonomia costituzionale, può fornire al riparo da eventuali pressioni istituzionali (65).

Attraverso un più stretto collegamento tra l'organo *policy-maker* e la Corte dei conti potrebbe, poi, essere perseguito un altro importante obiettivo: quello di garantire incisivamente ed effettivamente la *trasparenza* (66) di tutte le attività volte *lato sensu* a dare attuazione al bilancio dell'U.E., esigenza, questa, che come si chiarirà di qui a un momento, non ha ricevuto adeguata considerazione da parte del costituente europeo.

#### 7. *La trasparenza della gestione finanziaria, le ricadute della sua mancata costituzionalizzazione e l'insufficienza della self-regulation.*

A ben guardare, poi, un'esigenza fondamentale, già presente nell'ordinamento comunitario (in virtù della previsione del regolamento finanziario n. 1605/02) (67), è stata del tutto ignorata dalla

---

(65) Il potere di censura ha prodotto le dimissioni della Commissione per due volte, nel 1979 e nel 1985. Inoltre, nel 1999, in un quadro non lontano dallo scontro istituzionale, che ha avuto ampio risalto nei *mass-media*, si è avuta la caduta della Commissione presieduta dal lussemburghese Santer. In argomento, interessanti considerazioni sono in U. DRAETTA, *La funzione di controllo nell'ordinamento delle Comunità europee: il ruolo del Parlamento europeo, della Commissione europea e degli organi giurisdizionali*, in *Amm. it.*, 1999, 1655 ss.

(66) Sulla tematica, che meriterebbe una trattazione autonoma, mi riprometto di ritornare al più presto. In argomento, cfr. S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, cit., 126 ss., il quale parla di «*trasparenza come forma di controllo del sistema*».

V. anche E. VINCI, *Sussidiarietà, democrazia, trasparenza*, in *Trattato di Maastricht*, in *Jus*, 1994, 354 ss.; S. VALENTINI, *Efficienza, trasparenza e modernizzazione della pubblica amministrazione della Unione Europea*, in AA.VV., *Efficienza, trasparenza e modernizzazione della pubblica amministrazione in Europa*, (a cura di) C. AMIRANTE, S. CATTANEO, Roma, 1998, 17 ss.

(67) Al requisito della trasparenza della formazione e dell'esecuzione del bilancio, il reg. fin. fa esplicito riferimento al capo 8 del titolo II, negli artt. 29 e 30, mentre nello stesso titolo II sono indicati e definiti gli altri principi e cioè dell'unità e della verità di bilancio (capo 1, artt. 4 e 5), dell'annualità (capo 2, artt. 6-13), del pareggio (capo 3, artt. 14 e 15), dell'unità di conto (capo 4, art. 16), dell'universalità (capo 5, artt. 17-20), della specializzazione (capo 6, artt. 21-26), della sana gestione finanziaria (capo 7, artt. 27 e 28).

Non mancano, nello stesso testo del reg. fin., innovazioni significative (cfr. parte I, titolo III, capo 2), che ineriscono direttamente alla strutturazione del documento contabile, specie laddove si prevede che la sezione del bilancio relativa alla Commissione debba

Convenzione, nonostante l'indirizzo espresso chiaramente nella Dichiarazione n. 23 relativa al futuro dell'Unione (allegata al Trattato di Nizza), che al par. 6 afferma la stretta connessione esistente tra «*legittimità democratica e trasparenza*» dell'Unione e delle sue istituzioni, per favorirne l'avvicinamento ai cittadini degli Stati membri. Si intende qui fare riferimento proprio al carattere della «*trasparenza*» della gestione finanziaria: al riguardo, il testo finale della *Magna Charta* europea si limita a riprendere la dichiarazione nell'art. I-50, con un'affermazione di ampia portata, mentre, per quanto concerne i principi che presiedono alla formazione ed all'esecuzione del bilancio, ha optato per la costituzionalizzazione del solo canone della «*sana*» gestione finanziaria (di cui si è ampiamente detto), lasciando alla discrezionalità del legislatore «*ordinario*» la previsione degli altri criteri (così come avviene in molti ordinamenti statali) (68) ed impedendo così che il principio della «*trasparente*» (come quello della «*sana*») gestione finanziaria divenisse un valore costituzionale.

Una opzione siffatta non appare condivisibile, non solo per la specificità della realtà costituzionale dell'Unione (69), ma anche per le caratteristiche della gestione «*cooperativa*» del bilancio comunitario, destinata ora a disperdersi per l'ottanta per cento nei rivoli di 25 amministrazioni nazionali, la cui omogeneizzazione appare quanto mai problematica, in relazione sia all'utilizzazione delle risorse che ai controlli di competenza delle istituzioni interne (70).

---

autorizzare la presentazione degli stanziamenti e delle risorse in base alla destinazione, cioè la formazione del bilancio per attività (*Activity Based Budgeting*), al fine evidente di aumentare la trasparenza della gestione del bilancio in vista dell'obiettivo della «*sana*» gestione, vero e proprio *leit-motiv* del sistema finanziario dell'Unione, che si materializza nei ricordati principi-cardine dell'efficienza, dell'efficacia ed economicità delle azioni e delle politiche comunitarie. Come precisato nel testo, l'unico principio costituzionalizzato tra quelli previsti dal reg. fin. è quello di sana gestione finanziaria.

(68) Tra cui anche il nostro: cfr. l. 5 agosto 1978 n. 468 e succ. mod. Come riferimenti di carattere generale, cfr. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di stato*, Napoli, 1990; M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il bilancio dello Stato*, in AA.VV. *Manuale di contabilità di Stato e degli enti pubblici*, cit., 47 ss.

(69) La quale consisterebbe in una «*Costituzione senza Stato*»: in tal senso, cfr. L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2001, 405 ss.; sul carattere di «*organizzazione pubblica composita*» dell'Unione europea, cfr. G. DELLA CANANEA, *Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

(70) La cooperazione tra le ISC dei paesi dell'Europa centrale ed orientale (PECO) è iniziata nel 1993, quando la Corte dei conti europea ha organizzato il primo incontro dei presidenti di tali istituzioni a Berlino. Tale incontro mirava ad uno scambio di esperienze nell'ambito della creazione o della riorganizzazione delle ISC nelle nuove democrazie. Dal 1997, la Corte dei conti europea e le ISC degli Stati membri hanno in-

La medesima questione si pone per l'accesso alle informazioni necessarie al controllo delle entrate e delle spese dell'Unione gestite dalla B.E.I., che fin dalla sua nascita (71) ha costituito istituto di grande importanza economico-finanziaria, deputato al finanziamento (mediante risorse proprie ovvero reperite sul mercato dei capitali) di progetti infrastrutturali, tanto da divenire strumento primario per lo sviluppo «*equilibrato e fluido del mercato interno nell'interesse dell'Unione*» (cfr. art. III-394). La Convenzione, invero, non ha sottovalutato l'importanza dell'istituto, al punto di riconoscere allo stesso, con una disciplina di livello costituzionale, propria personalità giuridica, delineandone competenze e guarentige (cfr. artt. III — 393 e 394). In applicazione di tale norma è stato, poi, approvato e allegato al Trattato costituzionale il Protocollo n. 5 con cui, in sostituzione del precedente (All. IV del T.C.E), si approva il nuovo statuto della B.E.I., modificabile solo con legge europea e destinato ad entrare in vigore col Trattato costituzionale, formandone parte integrante (cfr. art. IV-442). È proprio tale statuto a ridisciplinare in dettaglio organi e funzioni dell'istituto bancario e a fissare l'ammontare del suo capitale in ben 163.653.773.000 € (cifra risultante dal totale delle quote sottoscritte dagli Stati membri); ciononostante, la gestione della Banca non risulta assoggettata ad alcuna forma di controllo esterno, dal momento che l'art. 9, comma 3, del nuovo statuto riserva la verifica della «*sana amministrazione*» (sic!) ad un organo interno, ossia al Consiglio di amministrazione. Senza addentrarsi

---

tensificato la cooperazione con questi paesi e le rispettive ISC, a livelli sia formali che pratici, per permettere scambi regolari d'informazioni, lo sviluppo di metodologie di *audit* e per promuovere la formazione professionale. Tali paesi sono però divenuti, per la maggior parte, candidati all'adesione. La cooperazione ha trovato un valido partner in SIGMA (Sostegno al miglioramento delle istituzioni pubbliche e dei sistemi di gestione). SIGMA è un'iniziativa comune dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e dell'Unione europea (UE), creata nel 1992 e finanziata principalmente dall'Unione europea. Dopo l'adesione del 1° maggio 2004, continua la cooperazione con le ISC dei restanti Paesi candidati (Bulgaria, Croazia, Romania e Turchia), come pure quella con le ISC di altri paesi dell'Europa centrale ed orientale che hanno partecipato sin dall'inizio (Albania). Le relazioni preparate da questo *network* ed ulteriori informazioni, sono reperibili al sito [www.eca.eu.int](http://www.eca.eu.int)

(71) La B.E.I. trova la propria genesi nel Trattato di Roma (art. 3, lett. j, artt. 129, 130 e 180). Essa già era dotata di un statuto (cfr. all. IV al Trattato) che la configurava come un organismo indipendente con sede in Lussemburgo, istituito allo scopo di finanziare progetti di investimento in infrastrutture, in ambito comunitario, reperendo le proprie risorse direttamente dagli Stati membri ovvero sul mercato dei capitali. Cfr. V. GUZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, cit., 234-237. Come riferimento classico, cfr. G. MARCHEGIANI, voce *Banca Europea per gli investimenti*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1992, 168-172.

qui in un campo di indagine non strettamente attinente al presente lavoro, non può non osservarsi che la disciplina complessiva dei controlli sull'operato della B.E.I. offre il fianco a più di una critica: non a caso, si è creato un ampio movimento di opinione che si batte per la riforma della stessa, sostenendo che essa si comporterebbe «*come un'istituzione indipendente e segreta che non permette all'Ombudsman Europeo o all'Ufficio Europeo Frodi (OLAF) di interferire nelle sue attività e controllare i suoi documenti. I meccanismi di controllo esistenti oggi sono molto deboli e di fatto Commissione e Parlamento non hanno alcuna voce in capitolo. I cittadini europei non possono più tollerare una tale situazione*» (72). Va comunque dato atto agli organi della B.E.I. di avere affrontato, negli ultimi tempi, la questione e di avere tentato di ridurre la distanza che divide l'ente dall'opinione pubblica europea, apprestando ed attuando un «*Progetto di politica di divulgazione*» (giunto al secondo ciclo, conclusosi il 18 novembre 2005), diretto a consentire alle organizzazioni (anche di matrice ambientalista) e alle persone interessate di offrire i loro contributi in ordine alla realizzazione delle infrastrutture finanziate dall'istituzione bancaria (73). Si tratta di iniziative che, come tutte quelle scaturenti dalla *self-regulation* (e quindi dall'autoreferenzialità), non appaiono come le più idonee a disciplinare compiutamente procedimenti e situazioni giuridiche, con la nascita di diritti e di obblighi per i soggetti coinvolti. Invero, simili fonti sono state giustamente poste in correlazione col concetto di *soft law*, che è per sua natura non vincolante, perché intesa come legge sospesa in una sorta di «*limbo*», non diretta ai cittadini o alle imprese, ma ai soggetti competenti nell'ambito dei singoli settori ordinali (74). Le ragioni di questa tecnica legislativa (assai svilup-

---

(72) Si tratta di una dichiarazione di Magda Stoczkiewicz, leader della campagna condotta da un'associazione ambientalista denominata gli «*Amici della Terra Europei*» per la riforma della Banca europea degli investimenti. Per ulteriori approfondimenti si può rinviare a *Resoconto della tavola rotonda sulla riforma della Banca europea per gli investimenti*, svoltasi presso il Senato della Repubblica il 10 aprile 2002, organizzato dalla campagna per la riforma della Banca mondiale e da *Friends of the Earth International*, che può leggersi in [www.sosluccania.org/varie](http://www.sosluccania.org/varie).

(73) È stato altresì predisposto ed approvato un «*Codice di buona condotta amministrativa del personale della B.E.I. nelle sue relazioni col pubblico*»: per ulteriori approfondimenti può rinviarsi alla consultazione del sito [www.bei.eu.int/news](http://www.bei.eu.int/news).

(74) In tema, come rinvii di carattere generale, v. B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. e dir.*, 2003, 5 ss.; ID., *Chi ha paura della soft law?*, (a cura di) G. G. BALANDI e F. BANO; T. PADOA-SCHIOPPA, *Self vs. Public Discipline in the Financial Field*, Londra, London School of Economics, 20 maggio 2002, mimeo; P.

pata anche a livello comunitario) sono da ricercarsi nelle esigenze di flessibilità e di continuo adattamento all'evoluzione operativa che la regolamentazione di alcune attività (come quella finanziaria) impone. Proprio un siffatto meccanismo legislativo ha reso possibile il recepimento sia delle cosiddette «*best practices*», varate dagli organismi internazionali attraverso provvedimenti delle autorità amministrative, sia delle regolamentazioni adottate dai Comitati internazionali e poi fatte proprie da direttive dell'Unione europea (75). Peraltro, non può essere disconosciuto che gli organismi internazionali che producono regole o *standards* operativi hanno quasi sempre competenze limitate a specifici temi o aspetti di determinate attività, in considerazione delle particolari finalità cui sono preposti, mentre la potestà normativa dell'Unione è in grado di regolamentare attraverso fonti primarie (ora in via di costituzionalizzazione), in maniera cogente ed esaustiva, tutte le materie e gli interessi in gioco, nei settori di propria competenza.

Ed allora, tornando al nostro campo d'indagine, per ovviare agli inconvenienti di cui si è detto, sono divenute indilazionabili l'approvazione e l'entrata in vigore di un nuovo statuto della B.E.I., opportunamente modificato, volto effettivamente a garantire la trasparenza e l'accesso alle informazioni, l'adozione di rigorosi *standards* ambientali e una gestione chiaramente orientata verso lo sviluppo sostenibile e sottoposta a controlli esterni. Come pure appare non più rinviabile (indipendentemente dalle sorti del Trattato costituzionale) la sollecita adozione, anche a stralcio, della disciplina «*da concordarsi*» tra Corte dei conti,

---

GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, V, 2002, 151-164; C. SCARPA, *The Theory of Quality Regulation and Self-Regulation*, in AA.VV., *Organized Interests and Self-Regulation: An Economic Approach*, a cura di G. FIORENTINI e B. BORTOLLOTTI, 1999, Oxford, Oxford University Press, 237-260. Con specifico riferimento al tema qui trattato, v. il saggio di C. BRESCIA MORRA, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo della autoregolamentazione*, in AA.VV., *Verso un sistema bancario e finanziario europeo*, in *Quaderni di ricerche dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi*, n. 44, 2003, in [www.enteluigieinaudi.it](http://www.enteluigieinaudi.it). Da ultimo, per un'accurata trattazione del tema della *self-regulation* nell'ordinamento britannico e per le sue relazioni con la *soft law* comunitaria, cfr. G. DE MINICO, *A Hard Look at Self-Regulation in the UK*, in *European Business Law Review*, n. 1, 2006, 185 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici alla dottrina anglofona.

(75) In tal senso, cfr. C. BRESCIA MORRA, *Le fonti del diritto finanziario*, *op. loc. ult. cit.* In tema, v. anche F. VELLA, *Gli assetti organizzativi del sistema dei controlli tra mercati globali e ordinamenti nazionali*, in *Banca impr. e soc.*, n. 3, 2001, 351-375; C. GIANNINI, *Promoting Financial Stability*, in *Emerging-Market Countries: The Soft Law Approach and Beyond*, in *Comparative Economic Studies*, 2002, vol. 44, n. 2, 125-167.

Banca e Commissione, in modo da permettere all'istituzione di controllo (così come previsto dalla disposizione dell'art. III-384, par. 3) quanto meno l'accesso alle informazioni «*necessarie al controllo delle entrate e delle spese dell'Unione gestite dalla Banca*».

8. *Controlli, valori costituzionalmente garantiti e superamento del deficit sociale e democratico: una prospettiva credibile di rilancio del processo di integrazione europea.*

Da ultimo, può essere utile tentare di svolgere qualche considerazione conclusiva in ordine alla disciplina in tema di gestione finanziaria e controlli contenuta nel Trattato costituzionale.

La riconferma della specificità e dell'autonomia della funzione di controllo, affidata alla Corte dei conti, è indice di un rafforzamento della posizione istituzionale dell'organo, sulla base della distillazione di principi largamente consolidati e metabolizzati nell'ordinamento comunitario.

Tuttavia, sarebbe stato opportuno — ma la questione rimane aperta grazie alla mancata ratifica del Trattato —, per implementare il processo di avvicinamento delle istituzioni comunitarie ai cittadini, prevedere raccordi più incisivi tra la funzione di controllo politico che compete all'organo elettivo (Parlamento) e la funzione di controllo neutra, propria della Corte dei conti, prevenendone l'ancoraggio a valori e principi di carattere generale.

Invero, l'utilizzazione di clausole generali, specie a livello costituzionale, finisce per costituire la garanzia più sicura e fondante, sia per i consociati che per le istituzioni, cui è demandato il concreto esercizio del potere e che tale potere esercitano secondo le modalità ed entro i limiti di tali clausole.

Ma proprio in relazione ai «*valori*» che presiedono alla gestione finanziaria dell'U.E. ed alla connessa funzione di controllo, il Trattato, pur realizzando un'utilissima sistemazione del diritto comunitario preesistente, non riesce a compiere l'auspicato salto di qualità, dal momento che esso sconta, al di là del *nomen juris*, i limiti derivanti dall'incertezza della sua natura giuridica, su cui la dottrina continua ad interrogarsi, oscillando tra la qualificazione di trattato e quella di una vera e propria Costituzione.

Pur non essendo questa la sede per affrontare una simile, complessa e dibattuta tematica, giova precisare che molti argomenti, tra cui la specialità del procedimento di formazione, di ratifica e di revisione, insieme con la nuova previsione del diritto di recesso (art. I-60), porterebbero a concludere per la materializzazione di una vera e propria Costituzione, ancorché «*ottriatata*» (76). Secondo altra opinione, invece, a parte ogni aspetto procedimentale e al di là del *nomen juris*, il Trattato costituzionale si limiterebbe alla riorganizzazione e all'abrogazione dei trattati preesistenti, non assurgendo al rango di vera e propria Costituzione formale, fonte di principi e, soprattutto, di diritti per un *demos* in concreto non individuabile (77). Sta di fatto che, a qualsiasi tesi si acceda, nulla esclude che tutti i trattati, ivi compreso quello istitutivo della Costituzione europea, possano avere natura *sostanziale* di fonte costituzionale, in virtù del carattere autoreferenziale dell'ordinamento comunitario, e ciò soprattutto in tema di principi fondamentali (78).

Tornando al tema qui affrontato più da presso, è proprio a causa del mancato irrigidimento del principio della gestione finanziaria «*trasparente*» (e non solo «*sana*»), come valore vincolante per tutte le istituzioni e gli organismi europei (non esclusa

---

(76) In tal senso, cfr. A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione «ottriatata»*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre*, (a cura di) E. PACIOTTI, Roma, 2003, 39. Eguale valore conferisce al Trattato A. MANZELLA, *Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre, op. ult. cit.*

(77) In tal senso, v. F. SALMONI, *La sesta Conferenza intergovernativa e la modifica dei trattati del 1957: l'importanza di chiamarsi Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*. Sul punto, cfr. anche M. FIORAVANTI, *Un ibrido fra «Trattato» e «Costituzione»*, in AA.VV., *La Costituzione europea. Luci e ombre, cit.* Per un'esauriente disamina dei diversi orientamenti dottrinali (anche di segno contrario), cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, in specie, 17 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

Non va tuttavia trascurato che l'entrata in vigore del Trattato avrebbe consentito di superare ogni questione in ordine alla natura e all'effettività della Carta di Nizza, integralmente riversata nello stesso Trattato: in tema, cfr. A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — Rassegna giurisprudenziale 2001-2004*, in *Giur. it.*, 2005, 427 ss.

(78) Sul punto, oltre agli Autori già indicati alla nota n. 2, adde G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale, cit.*, 1 ss.; J.P. JACQUÉ, *I principi costituzionali fondamentali nel progetto di trattato che istituisce una Costituzione europea*, in AA.VV., *Il progetto di Trattato-Costituzione*, a cura di L.S. ROSSI, Milano, 2003, 71 ss.; A. MANZELLA, *La Costituzione europea: una vera Costituzione?*, *ibidem*, 87 ss. Val la pena di ricordare che proprio la Corte di giustizia si era espressa in più di un'occasione a proposito del Trattato CE definendolo «*carta costituzionale*» (cfr. in tal senso le sentenze 23 marzo 1993, *Weber*, causa C-314/91, in *Raccolta I-1093*; 10 luglio 2003, *BEI*, causa C-15/00, *ibidem*, I-7281).

la B.E.I.), che può parlarsi di un'occasione mancata per la Convenzione, nella prospettiva di superamento di quel *deficit* non solo democratico (79) ma anche sociale (80), sulla cui esistenza, in buona sostanza, concordano cittadini dell'Unione, giuristi e politologi e che (come si è visto sopra al par. 1), costituisce la causa prima di disaffezione dei cittadini nei confronti delle istituzioni comunitarie. Di guisa che, oggi più che mai, il superamento del doppio *deficit* (democratico e sociale) si presenta come un'incombenza non più rinviabile. Ma se così è, anche a voler rifuggire da tecnicismi più o meno astratti, non può negarsi che proprio utilizzando appropriati congegni costituzionali si può puntare «*sull'efficienza del sistema, sulla sua funzionalità allo scopo (di regolazione, controllo o altro ancora), sulla capacità di risolvere bisogni concreti degli attori sociali*» (81), per implementare la legittimazione democratica dell'Unione.

---

(79) Sulla tematica della legittimazione democratica dell'Unione e sui nodi lasciati irrisolti dalla Costituzione rispetto alla Dichiarazione di Laeken («*l'Unione deve diventare più democratica, più trasparente e più efficace*» e tentare «*di avvicinare i cittadini — in primo luogo i giovani — al progetto europeo e alle istituzioni europee*»), cfr. da ultimo, le considerazioni di F. PETRANGELI, *La « questione democratica » nel processo di riforma dell'Unione europea*, in AA.VV., *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, cit., in specie, 150-156 ed ivi ampi riferimenti bibliografici. Per una trattazione approfondita ed organica della questione del *deficit* democratico dell'Unione e per un'ampia panoramica della letteratura, da ultimo cfr. D. SANTONASTASO, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il deficit democratico delle istituzioni e della normazione dell'U.E.*, Napoli, 2004, in specie 113-129. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, cit., 17-18, non a caso, parla proprio di «*deficit costituzionale*».

(80) Il tema del *deficit* sociale, che contraddistinguerebbe le politiche ed i programmi dell'Unione europea è oggi sempre più dibattuto. Indubbio valore è da riconoscersi, ai fini del coordinamento delle politiche europee per l'occupazione nella terza fase dell'UEM, alla *risoluzione* del Consiglio europeo sul Patto per l'occupazione (All. I) che si può leggere in *Riv. dir. europeo*, 2, 1999, 93 ss. Anche l'Agenda 2000 della Commissione ha individuato tre priorità economico-sociali, ossia la riduzione delle disparità regionali, il sostegno alle regioni in via di ristrutturazione e lo sviluppo delle risorse umane, priorità che si riflettono nei tre obiettivi in riferimento ai quali vengono, a loro volta, come è noto, distinte le regioni (rispettivamente regioni in ritardo di sviluppo, regioni in riconversione economica e sociale, regioni con problemi che non rientrano nei precedenti obiettivi) alle quali sono riservati interventi e finanziamenti in materia di formazione, istruzione ed occupazione. Come riferimento di carattere generale sulla tematica, cfr. F. CERUTTI, *Quali e quanti deficit in Europa*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2003. Di grande interesse anche il contributo della dottrina francese: cfr. M. DISPERSYN, *L'union européenne et la cohésion économique et sociale*, 1998, 32 ss.; S. LIEBFRID, P. PIERSON, *Politiques sociales européennes*, ed. Logiques politique, L'Harmattan, 1998, 56 ss.; B. FAVAREL-DEPAS, *Europe sociale: entre espoir et nécessité*, 2000, 40, 3 ss. Da ultimo adde l'interessante relazione di A. MANSOURI, *Le pouvoir financier de l'Union européenne au service des droits sociaux: mythe eu réalité ?*, al Convegno su «*Bilancio e finanziaria tra Unione europea, Stato e regioni*», svoltosi a San Leucio — Napoli in data 17-18 ottobre 2002, in corso di pubblicazione e consultata nel dattiloscritto.

(81) Così, F. PETRANGELI, *op. ult. cit.*, 154, il quale, opportunamente, per un'impostazione più marcatamente tecnocratica ed utilitaristica della legittimazione dell'U-



Ciò tanto più se si considera che l'attuale crisi economica — che appare di lungo periodo, per l'apparizione sullo scenario mondiale di nuovi attori (come Cina ed India) fortemente competitivi — impone di evitare ogni spreco di risorse, di selezionarne l'impiego e di monitorare continuamente gli obiettivi raggiunti secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

Ne segue che, predicando una gestione finanziaria «*trasparente*», la Convenzione avrebbe sicuramente favorito l'acquisizione di elementi utili per l'esercizio di incisivi controlli esterni, non solo neutrali (come quello della Corte dei conti), ma anche politici (come quello del Parlamento), permettendo ad entrambe le istituzioni di funzionare in modo concomitante e sinergico, in una prospettiva di *policy-making* e di superamento della crisi che attanaglia tutti gli organi rappresentativi, quali titolari della funzione di controllo parlamentare (82).

Invero, non può negarsi che il costituente europeo si sia sforzato di conferire alla sfera giuridica della «*cittadinanza dell'Unione*» (83) una serie di garanzie comprendenti, tra l'altro, il di-

---

nione europea, rinvia a A. VON BODGANDY, *L'Unione sopranazionale come forma di potere politico*, in *Teoria Politica*, I, 1994, 135 ss.; ID., *L'uropeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso globale*, in AA.VV. *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, cit., 272 ss.

(82) Nello stesso senso è stato recentemente sostenuta in dottrina la tesi che si potrebbe far aumentare il peso della funzione di controllo parlamentare ricollocandola «*in un sistema reticolare tra parlamento europeo e parlamenti nazionali, soprattutto mediante la migliore valorizzazione del ruolo delle Commissioni parlamentari e dei parlamenti nell'esercizio del controllo stesso*»: così G. RIVOSECCHI, *Gli effetti dei processi di globalizzazione e di integrazione europea su costituzionalismo e Costituzione: alcune riflessioni*, in *Diritto e cultura*, nn. 1-2, 2002, 132; ID., *La funzione di controllo parlamentare tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali*, in *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, (a cura di) A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI, Napoli, 2003, 289 ss. ed in specie, 302 ss.; cfr. anche, sul punto, F. PETRANGELI, *La « questione democratica » nel processo di riforma dell'Unione europea*, in AA.VV., *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, cit., 157 (in specie alla nota 15), il quale segnala che l'esigenza di affrontare «*il ruolo dei parlamenti nazionali nell'architettura europea*» è già presente nella Dichiarazione allegata al Trattato di Nizza (dicembre 2000). Secondo l'A. la Dichiarazione di Laeken (dicembre 2001) sottolinea il punto con maggiore insistenza, fino ad affermare espressamente che «*anche i parlamenti nazionali contribuiscono alla legittimazione del progetto europeo*». In tema, cfr. anche C. DECARO, *Appunti su alcune forme di coordinamento a proposito del ripensare lo Stato*, in *Ripensare lo Stato*, Atti del Convegno di Studi, Napoli, 22-23 marzo 2002, (a cura di) S. LABRIOLA, Milano, 2003, 301 ss. Sul momento critico che attraversano gli organi rappresentativi, quali compartecipi delle scelte di indirizzo politico e titolari della funzione di controllo sugli atti del governo e della pubblica amministrazione, da ultimo, cfr. C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, cit., 14.

(83) Sul piano del diritto positivo, si evidenzia che ora è l'art. I-10 ad occuparsi della «*cittadinanza dell'Unione*», riconoscendo espressamente, accanto al diritto di circolazione e di soggiorno, di elettorato attivo e passivo, anche «*il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni*

ritto di presentare petizioni al Parlamento europeo quale organo rappresentativo e di adire il Mediatore europeo, ancorché a quest'ultimo (come si è visto) non sia attribuito un vero e proprio potere di controllo. Come pure, sicuramente condivisibile appare il tentativo di salvaguardare gli interessi dei cittadini dell'Unione nel campo economico, indicando come esplicito «*obiettivo*» delle politiche — sia della Comunità che degli Stati membri — lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata, sulla *stabilità* dei prezzi e della finanza pubblica, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, tendente alla piena occupazione e al progresso sociale (84), ancorché l'effettività di una simile dichiarazione di principio sia destinata a scontrarsi con le oggettive limitazioni derivanti dalla globalizzazione dei mercati (85). In tale contesto ed in una prospettiva *de*

---

*e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue della Costituzione e di ricevere una risposta nella stessa lingua»* (cfr. par. 2, lett. d). In dottrina, il concetto di «*cittadinanza europea*» viene delineato, sulla base di un'approfondita ricostruzione, da C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)* in *Enc. giur.*, vol. XII Aggiornamento, Roma, 2002, 13 ss. (consultata nell'estratto). In tema cfr. anche C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 82 ss. Per un approccio al concetto di «*cittadinanza europea*» come strumento di integrazione dal basso, inteso in senso alternativo alle tradizionali istanze di mediazione e distribuzione del potere, cfr. F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in AA.VV., *Sovranità rappresentanza democrazia — Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000, 17 ss.; v. anche C. SALAZAR, *Tutto scorre: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Pol. dir.*, 2001, 673 ss. Da ultimo, per una esaustiva ricostruzione della disciplina del Trattato in *subiecta materia* e per la sua interpretazione, adde, A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, Relazione al Convegno svoltosi a Firenze in data 18 febbraio 2005, «*Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri. Sul trattato che istituisce una costituzione per l'Unione Europea*», in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2005.

(84) V. in tale senso l'art. I-3, par. 3, del Trattato costituzionale; la materia è ulteriormente ripresa e specificata nell'art. III-177, ricompreso nella parte III, titolo III (*Politiche e azioni interne*), capo II (*Politica economica e monetaria*: artt. 177-202). La norma, nel predicare criteri di finanza pubblica omogenei ed uniformi per tutti gli Stati membri, all'ultimo comma, enuncia espressamente i seguenti «*principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, bilancia dei pagamenti sostenibile*». Sul valore della stabilità del sistema di finanza pubblica, cfr. G. DELLA CANANEA, *Unione europea e finanza pubblica*, in *Riv. Corte conti*, n. 1, 2002, 304, ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Un corretto inquadramento del valore della «*stabilità finanziaria*» non può non tener conto dei processi di mondializzazione che la influenzano; da ultimo, nell'ampissimo panorama dottrinario, si segnalano i contributi della dottrina francofona: cfr. S. DE BRUNHOFF, *L'instabilité monétaire internationale*, in AA.VV., *La finance mondialisée*, a cura di FRANOIS CHESNAIS, Editions La Découverte, Paris, 2004, 51 ss.; v. anche R. BOYER e P.F. SOUYRI, *Mondialisation et Régulations. Europe e Japon face à la singularité américaine*, Editions La Découverte, Paris, 2001, *passim*.

(85) Per un approfondimento del concetto di *multilevel governance* in relazione all'erosione della sovranità, alla frammentazione del processo politico ed alla «*settorializzazione*» del governo dell'economia, può rinviarsi a C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione «indipendente» del mercato*, *cit.*, in specie, 98-106.

*jure condendo*, la garanzia della trasparenza della gestione finanziaria, completerebbe un catalogo di valori particolarmente utili per tutelare gli interessi del «*cives europaeus*» e per assicurare a quest'ultimo un minimo di controllo democratico sulla vita economico-finanziaria dell'Unione.

---

Per il ruolo (autonomo) giocato a livello europeo dal «*diritto transnazionale*» dell'economia come fonte di nuovi diritti e garante dell'«*ordine pubblico europeo*», cfr. F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, vol. I, Torino, 1999, in specie 73 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

ANGELO FERRARO

**COMPETITION LAW AND CONSUMER PROTECTION  
IN ITALY, THE EU AND THE UK.  
THE NEED FOR EUROPEAN STANDARDIZATION  
OF MODELS AND SOLUTIONS TO ANTITRUST LAW (\*)**

INDEX: 1. Introduction. — 2. Competition Law in Italy. Origin and Structure of Law no. 287/1990. — 2.1. Comparative considerations with European and UK Competition Law, particularly with regard to Consumer Protection. — 3. The issue of the so called «contratti a valle» (Downstream Contracts) and the reconstruction of the Italian Motor Insurance case. — 3.1. «End-users» protection in accordance with article 33(2) of the Italian Antitrust Law and in conformity with European solutions. Do consumers' (Human) Rights to a Workable Market exist in Europe? — 3.2. The problem concerning individuation in Italy of the judicial authority having competence over the matter of consumer protection within the Market. — 3.3. United Sections of Cassation's recent decision and the (apparently) definitive Italian solution of the matter. — 4. The risk of new disputes among the three (or perhaps more) High Courts having jurisdiction in the same (human) rights of consumers. — 5. Conclusions. The need for the European standardization of national models and solutions, both substantive and procedural, to Antitrust Law.

1. INTRODUCTION.

The aim of this work is to try briefly, yet comprehensively, to reconstruct the longstanding debate in Italy and Europe concerning the relationship between antitrust law and consumer protection, and to suggest a possible wide-ranging solution to the issue (1).

---

(\*) This work reproduces the content (updated to the recent news in the matter) of a presentation held at the University of Wales, Bangor (ELCOS Department) on the 10<sup>th</sup> of March 2005. The author is extremely grateful to Prof. Thomas Glyn Watkin and Ms. Penny Dowdney for their comments on an earlier draft of this article. Obviously, the author is responsible for all errors.

(1) See, *ex multis*, P. CASSINIS and P. FATTORI, «Disciplina Anti-trust, Funzionamento del Mercato e Interesse dei Consumatori», in G. ALPA and G. LEVI (eds.), *I Diritti dei consumatori e degli utenti* (Milano, Giuffrè Editore, 2001), 185-210; S. BASTIANON, *Abuso di posizione dominante* (Milano, Giuffrè Editore, 2001); M. LIBERTINI, «Il

After concisely and schematically outlining the Italian normative framework of competition law, with comparative analyses in reference to the EU and the UK regulations in the sector (2), the study will attempt to take a closer look at one particular, complex affair which has currently led both the doctrine and the jurisprudence in Italy to evaluate the possible, and in some cases really evident, negative repercussions of unfair entrepreneurial behaviour not only on the market, and therefore on other undertakings, but even directly on the «end-users» or «final consumers» (3) themselves.

The case being alluded to concerns the so-called «Assicurazioni RCA auto» or «Motor Insurance» case (4) which, after many conflicting decisions taken by different authoritative judges, seemed to have been resolved definitively by the United Sections of the Court of Cassation last year (5).

The interlocutory ordinance with which the case was delivered to the Supreme judicial body was the n 15538, dated 3<sup>rd</sup> July-17<sup>th</sup> October 2003 of the III Civil Section interlocutory ordinance (6). In this preliminary injunction itself, magistrates on the

Ruolo del Giudice nell'Applicazione delle Norme Anti-trustâ and *Co Ltd v. B;*» (1998) 5 *Giurisprudenza Commerciale* 649-679; A. TOFFOLETTO, *Il Risarcimento del Danno nel Sistema delle Sanzioni per la Violazione della Normativa Antitrust* (Milano, Giuffrè, 1996); A. FRIGNANI-R. PARDOLESI-A. PATRONI GRIFFI-L.C. UBERTAZZI (eds.), *Diritto Antitrust Italiano* (Giuffrè, Milano, 1993).

(2) See E. ORGANNI, «La Disciplina della Concorrenza in Gran Bretagna. Pragmatismo, Conservazione e Innovazione», in L. AMMANNATI (ed.), *La Concorrenza in Europa* (Cedam, Padova, 1998), 108-109.

(3) This is the definition of a subject involved in an economic activity, through the stipulation of a contract, so called «a valle» («downstream»), with an enterprise which has taken part in anticompetitive agreements or conducts «a monte» («upstream»).

(4) In Italy insurance for the use of cars, motorcycles or boats is compulsory (Law no 990 of 24<sup>th</sup> December 1969). This liability system aims to guarantee the victims of accidents rapid and adequate damages compensation. The insurance companies obviously use adhesion contracts or standardized forms, so drivers can be included in the category of so called «weak contractors»; *a fortiori* if it is considered that they really held limited powers to choose: they must necessarily enter into the contract. Moreover, recently, they have been compelled to accept disadvantageous bargaining conditions. The prices of insurance policies have been increased threefold in some cases and with a homogenisation by many societies acting in the same relevant market. Thus, the existence of agreements among the most important insurance companies has finally been disclosed.

(5) In reality, the case has been opened again, recently, after some references for preliminary rulings presented to the Court of Justice of the European Communities by the *Giudice di Pace* di Bitonto on 30 June 2004. See the website <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-295/04&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

(6) This decision may be found in *Foro italiano* (2004) 2, 466-484, with annota-

one hand appeared to admit that safeguarding enterprises on the market and consumer protection in the same *commercial arena* are not two discrete issues, but present some closely connected aspects that could not be underestimated (7); on the other hand, they further underlined the impossibility of splitting, and examining separately, the procedural profiles from the substantive ones, with reference to the guardianship of private consumers' subjective juridical positions (8).

After a one and a half year wait, the United Civil Sections, conducting their *attività nomofilattica*, ended a ten-year dispute, establishing in sentence n. 2207 of 4 February 2005 (9) that consumers could sue according to Italian Competition Law (art. 33,2 of the law n. 287/1990) in the same way as enterprises (10).

Hence, those *weak contractors* appear finally to have been recognized as having the right to be protected in the event that the economic activity of the undertakings develops contrary to the rules laid down in order to guarantee a free and fair competition on the market (11). This specific entitlement could probably be considered as a legal power falling within a proper (written or unwritten) bill of rights, which end-users have recently been acknowledged to possess, in Italy and in Europe (and perhaps all

---

tions by M. GRANIERI; R. PARDOLESI, «Cartello e Contratti dei Consumatori: da Leibniz a Sansone?»; F. FERRO LUZZI, «Prolegomeni in Tema di Mercato Concorrenziale e "Aurea Aequitas" (ovvero delle Convergenze Parallele)»; and G. GUIZZI, «Struttura Concorrenziale del Mercato e Tutela dei Consumatori. Una Relazione ancora da Esplorare».

(7) See E. SCODITTI, «Il Consumatore e l'Antitrust» (2003) 1, *Foro italiano*, 1138-1158.

(8) See G. GUIZZI, *supra* n. 5, 479, who talks about an «inextricable connection between the substantive law and the procedural one».

(9) Available at «<http://www.lexfor.it/lexfor/2005-03/2005-03-Civ-Giu-3393.asp> accessed on 29 March 2005».

(10) This issue affects not only the antitrust normative situation in Italy, but also in many other European States, for example in Germany, where legislator and judges persist in refusing consumers standing within Competition law (see Sec 2 par 1 n. 3 and Sec 8 par 3 of the new UWG 2004).

(11) As this study will strive to demonstrate, despite the existence of numerous (and often contradictory) negative doctrinal positions and jurisprudential decisions in Italy, the European normative (and «para-normative», or rather magisterial) data, but probably also the Italian ones, if correctly interpreted and applied, have for a long time seemed to be oriented towards the recognition of some standing for consumers under antitrust law. A. PALMIERI, «Intese Restrittive della Concorrenza e Azione Risarcitoria del Consumatore Finale: Argomentazioni "Extravagantes" per un Illecito Inconsistente. Intese Restrittive della Concorrenza» (2003) 4, *Foro italiano*, 1125, was totally in favour of consumer protection within antitrust law. Cf. the opposite vision of P. Cassinis and P. Fattori, *supra* n. 1, 185.

over the world), and which can be defined undeniably as a *corpus* of human rights (12).

Through this last decision, a landmark in the history of Competition law in Italy, the *Cassazione* seemed finally to have begun partially aligning the Italian antitrust discipline approach with the European and American ones, also removing several doubts, whose dimension is tightly national and whose nature is actually procedural, regarding the identification of the judicial authority (the *Corte d'appello* or the *Giudice di Pace*) having competence to decide about claims coming from private consumers.

In truth, as this study will try to demonstrate, the solution chosen by the Court of Cassation judges in this regard, although *prima facie* appearing to give consumers powerful protective means against anticompetitive agreements, effectively places further obstacles for these subjects to access the Courts.

Actually, once having correctly established that final consumers can sue under the Italian Antitrust Law of 1990, another question remains unresolved, namely that related to the individuation of the substantive (contractual or not) juridical instruments most appropriate to offer these contractors complete protection (13) and the identification of the procedural mechanisms suitable to guarantee real consumer «usability» of those substantive legal remedies. Punitive damages seem to answer the first *querelle* (14) well, class actions the second one (15). Both these

---

(12) For a valid support of this thesis, see the sophisticated work of S. DEUTCH, «Are Consumer Rights Human Rights?» (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal* 537-578.

(13) The Italian trial system provides that the proceedings might be conducted, together with the magistrates (*Tribunale*, or judge of first instance; *Corte d'appello*, or judge of second instance; *Corte di Cassazione*) by the *Giudici di Pace* (honorary and temporary judges). These substituted the *Pretori* on May 1st 1995 and obtained the same conciliating tasks, similar to those of the mediators. The *Giudice di Pace* can, among other things, decide civil cases whose value is under € 1.100,00, and, if the involved parties ask for it, he may rule according to equity, namely without following written rules strictly, but just observing the regulatory principles on the matter and always in respect of constitutional norms. In this case only an appeal to the Court of Cassation is possible. Yet, with regard to the viewpoint this article is interested in, the most important quality of the *Giudici di Pace* sentences is that both the plaintiff and the defendant can claim without legal assistance, in affairs with a value of less than 516, 46 euro or when the judge, at an interested parties' request, authorises it on account of the nature and value of the case. See the judgment of the Constitutional Court n. 206 of 5 July 2004 (*infra* n. 136), which redefined the possibility of this Judge to decide according to equity.

(14) About this complicated matter see P. GIUDICI, «Private Antitrust Law Enforcement in Italy» (2004) 1(1) *Competition Law Review* 83.

(15) *Idem* 83. Against the introduction of such trial instruments, because they would be contrary to Italian Constitution, see, among many others, P. RESCIGNO, «Sulla

juridical tools are completely foreign to the Italian legal heritage, but also to almost all European laws (16).

Nonetheless, as explained at the end of this work, the absence of some legal models or solutions does not exclude the possibility of implanting them *ex novo*, through a «transplant» from legal systems which are more developed in certain specific sectors. It should not be forgotten that antitrust law was adopted in the US (with the Sherman Act dated July 2<sup>nd</sup> 1890) and only half a century later European Countries followed it, in order to lay down the same discipline. Therefore, this would not be the first time that Community Law has turned to the American legal system to govern some aspects of its own legislation (17).

The conclusion which this article will attempt to demonstrate is that the issue regarding the range of consumer protection within the antitrust law field and the question involving the individuation of the most appropriate legal substantive instruments and procedural mechanisms by which this fundamental protection has to be guaranteed in all the democratic European countries, presents a supranational feature which probably needs an «integrated solution» in the EU; admitting that it is premature to think that such a goal is not achievable in the International Community at the whole (18).

---

Compatibilità tra il Modello Processuale delle *Class Actions* ed i Principi Fondamentali dell'Ordinamento Giuridico Italiano» (2000) 11 *Giurisprudenza italiana* 2224-2228.

(16) Actually, in Italy there has recently been an attempt to institute «group actions», in fact a Bill of law — «Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti» — was proposed, after the fusion of two Law drafts (no C. 3838 and C.3839), and it was approved by the Camera on 21 July of 2004, but never examined by the Senato (S. 3858). See E. TARDELLA and M. MAGGIORE, «Italy Report», in «[http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private\\_enforcement/national\\_reports/italy\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/national_reports/italy_en.pdf)», 10-11.

(17) In addition, as it has been recently argued in Italy, it often appears to be more useful to refer to extra-european «neutral» models rather than intra-communitarian ones, so as to avoid the easy arousing of «envies» among nations, usually not very inclined to accept radical modifications of their secular regulations and adjustment of them to those of nearby Countries. See G. BENACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea* (Padova, Cedam, 3<sup>rd</sup> edn., 2004), 155-156.

(18) L'UNCTAD has in several circumstances shed light on the necessity to protect consumers in all the modern democratic Countries. Obviously, as everybody knows, the resolutions of this international body have a merely political nature, yet they constitute an important warning for the whole world and represent further proof of the necessity to reach an identical vision international-wide of this important matter one day. For a far-reaching analysis on the problem regarding the development of a global framework of competition rules, see P. MARSDEN, *A Competition Policy for the WTO* (London, Cameron May, 2003), *passim*.



To reach an effective and centralised harmonization, *rectius* «uniformazione» (to use an appropriate Italian term), of rules and models, a definitive stance of those institutions themselves (Court of Justice *in primis*) that introduced and slowly forged the discipline of a workable competition among the enterprises in the *European Legal Area* would probably be necessary (19).

## 2. COMPETITION LAW IN ITALY. ORIGIN AND STRUCTURE OF LAW NO. 287/1990.

Swann (1979), carefully analyzing the «four general approaches to restrictive business practices» and the way in which they are applied in the different European States, observed at the end of the seventies that «Italy is an example of a country that effectively does nothing to curb restraints of trade» (20).

Today a similar assertion would not be correct, because Italy holds its own complete and rather efficient antitrust system, which can also be judged formally as one of the best consistent with the prescriptions coming from Community law (21) and composed of at least seven important legal documents regulating a firm's behaviour, whose aim is to guarantee the development of a competitive Market.

Certainly, the most relevant and general is Law no. 287 of October 10<sup>th</sup> 1990 (*The Competition and Fair Trading Act*) that also instituted a special Authority for Guaranteeing Competition on the Market (AGCM) (22). Nevertheless it would probably be misleading not to consider Law no. 481 of November 14<sup>th</sup> 1995 (Section 2) — *Competition rules and regulation of public utilities. The establishment of the regulatory Authorities* (23); Law no. 52 of

---

(19) Cf. T. WILHELMSSON, «Is There a European Consumer Law — and Should There Be One?», «<http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/41wilhelmsson.pdf>», accessed on 29 March 2005».

(20) D. SWANN, *Competition and Consumer Protection* (Middlesex, Penguin Books, 1979), 141-142.

(21) See G. TESAURO, *Diritto Comunitario* (Padova, Cedam, 3<sup>rd</sup> edn., 2003), 697-713, and P. FATTORI-M. TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia* (Bologna, Il Mulino, 2004).

(22) At the official website of the Italian Antitrust Authority, «<http://www.agcm.it/eng/index.htm>», it is possible to find useful information on the activity and the tasks of this organism. See also A. PERA, *Concorrenza e Antitrust. Usi e Abusi del Mercato: le Regole e le Istituzioni per il Suo Corretto Funzionamento* (Bologna, Il Mulino, 2005, 8<sup>th</sup> ed.).

(23) Supplement no. 136 to the Official Gazette no. 270 of 18 November 1995.

February 6<sup>th</sup>, 1996 (Section 54) — *Obligations deriving from Italian membership in the European Community* (24); Presidential Decree no. 217 of April 30<sup>th</sup>, 1998 — *Procedures regulations that guarantee to the parties full knowledge of the acts, and minutes taken during hearings, with regard to the activities of the Authority* (25); Law no. 78 of March 29<sup>th</sup>, 1999 (Section 2) — *Enacting, with amendments, law decree no. 15 of January 30<sup>th</sup>, 1999, providing urgent measures to ensure the balanced development of television broadcasting and prevent the creation or maintenance of dominant positions in the radio and television broadcasting industry* (26); Law no. 57 of March 5<sup>th</sup>, 2001 (Section 11) — *Provisions governing the opening and regulation of markets* (27); and finally Legislative Decree no. 28 of January 22<sup>nd</sup>, 2004 (Section 26) — *Reform of the rules concerning the film industry* (28).

It should be underlined that Italy was late in coming abreast with the times considerably late in comparison with other Old World Countries, which had already been implementing laws in the sector of Competition law for a long time (29).

For instance, France has been providing a complete antitrust system (*Ordonnance* n. 45-1483 (30)) since 1945, in the United Kingdom some rules against anticompetitive conducts (*Monopo-*

---

(24) Supplement no. 24 to the Official Gazette no. 34 of 10 February 1996. Section 54 of this Law, entitled «Cooperation with the European Commission in the matter of competition» seems to be a clear application of the more general *principle of loyal cooperation*, proclaimed in art. 10 of the EC Treaty.

(25) Official Gazette no. 158 of 9 July 1998.

(26) Official Gazette no. 75 of 31 March 1999 — Text of the law decree coordinated with the Enactment.

(27) Official Gazette no. 66 of 20 March 2001.

(28) Official Gazette no. 29 of 5 February 2004.

(29) For a complete reconstruction of all the European norms in the Antitrust Law field, see, *ex pluribus*, DANNECKER and JANSEN (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union* (The Hague, Kluwer Law International, 2004), but also H. DUMEZ and A. JEUNEMAITRE, *La Concurrence en Europe* (Paris, Seuil, 1991)

(30) This act, instead of formulating prohibitive measures of a general nature, introduced an authority, namely a college of experts, competent to censure single conducts having a *fumus iuris* of illegality, above all with regard to the risk of a manipulation of prices with degenerate inflation effects. Between 1967 and 1977 there was a reformation of the antitrust system, extending the prohibitions (also to the cases in which it was not possible to notice directly the negative effects on prices), conferring more incisive powers of injunction and sanction to the Ministry and strengthening the role and the structure of the antitrust authority. Such an independent body became the modern «Conseil de la concurrence», with control powers on abuses of dominant position and understandings, exercisable through decisions having legal effects thanks to law no 1243 of 1986. See A. DECOCQ and G. DECOCQ, *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2<sup>nd</sup> edn., 2004); D. BRAULT, *Politique et Pratique du Droit de la Concurrence en France* (Paris, LGDJ, 2004); IDEM, *Droit de la*

lies and Restrictive Practices Act (31)) were enacted in 1948, and in Germany, after the promulgation of a first Ordinance on cartels in 1923, various *embryonic dispositions* against restrictive business practices were issued in 1946-47; whereas a proper *Act against Restraints Competition*, the so called *GWB (Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen)*, was enacted on 27<sup>th</sup> June of 1957 (32).

While Germany was adopting a suitable antitrust discipline, the newly born EEC created a normative body for competition protection, mainly contained in articles 65-67 of the EAEC Treaty and articles 85-94 of the EEC Treaty.

Also in Italy, since the second world-war, the need for rules to guarantee the free development of competition in the market had been felt, but a series of historical and political factors impeded a parliamentary agreement being reached, at least until the eighties.

In 1950 the Minister of Industry, Giuseppe Togni, presented the first draft Law, including a control of every agreement between undertakings, in order to confine or inhibit their anti-trust

---

*Concurrence* (Paris, LGDJ, 1995); IDEM, *L'Etat et l'Esprit de la Concurrence en France* (Parigi, LGDJ, 1987); M. BOUTARD-C. LABARDE and G. CANIVET, *Droit Français de la Concurrence* (Paris, LGDJ, 1994); J.M. MOUSSERON and V. SELINSKY, *Le Droit Français Nouveau de la Concurrence* (Paris, Litec, 2<sup>nd</sup> edn., 1998).

(31) As D. SWANN himself, *supra* n. 19, 160, observed, this first «Act did not condemn restrictive practices; there was no parallel with the American per se principle. It embodied a case-by-case approach, instead: each situation was to be judged on its merits. There was therefore no question of fines, imprisonment for past misdemeanours or treble damages suits, all of which had been the practice in the United States for many years».

(32) This discipline, showing a clear influence of the US antitrust, was aimed above all to eliminate unfair practices (such as the conclusion of numerous cartels) permitted previously because of their usefulness for the expansion of heavy and extractive industries, and, consequently, for war objectives. See W. MÖSCHEL, «Competition Policy from an Ordo Point of View» in A. PEACOCK and H. WILLGERODT (eds.), *German Neo-Liberals and Social Market Economy* (London, MacMillan, 1989); but also M. HEIDENHAIN, H. SATZKY, Ch STADLER, *German Antitrust Law* (New York/Frankfurt am Main, Juris Publishing/Fritz Knapp Verlag, 5<sup>th</sup> edn., 1999). This statute came into effect on January 1, 1958 and was amended six times. The most important revision was made on the 26th of August 1998 (and it came into force on the 1st January 1999) and the main objective of the reform has been harmonization with EU competition law. Worth noting also is the recent German reform, BGBl. I 2004, 1414 of July 3, 2004, which completely revised the ancient so called *Law Against Unfair Competition* or *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) of June 7, 1909, RGBl. 1909, 499, last amended July 23, 2002, BGBl. I 2002, 2852. See M. FINGER and S. SCHMIEDER, «The New Law Against Unfair Competition: an Assessment» 2005) 1 *Germany Law Journal* 201-216 and F. HENNING-BODEWIG «Das neue Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb» (2004) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 713-715.

activities, but his proposal failed because of the inability to identify a body competent to control the correct applications of the rules and the difficulty of making a decision about the nature, preventative or subsequent, of this control. The efforts of the Ministers after Togni were no more successful (33).

The failures of the Fifties and Sixties led the legislator to abandon every attempt to intervene legally in a political-judicial field as delicate as that relating to competition law. Nevertheless, the existence of Community legislation and the increasingly urgent necessity of aligning the national rules to the European ones suggested the idea to seriously face the theme of the antitrust law system in Italy (34).

In the first semester of 1988 two Bills were introduced, the former, presented by the senator Guido Rossi and called «Rules for the safeguard of the market», came from the Parliament itself and was accepted by the Group of the Independent Left (Senate Act n. 1012); the latter, «Rules for the safeguard of the competition and the market», came instead from a government initiative and was introduced by the Minister of industry Adolfo Battaglia (Senate Act n. 1240).

From the blending of these law drafts, the Italian Parliament finally promulgated Law no. 287, with the title «Rules for the safeguard of the competition and the market», also known as «The Competition and Fair Trading Act».

The document, approved by the Chamber of Deputies in July 1989 and passed by the Senate on the 27<sup>th</sup> September 1990 (35), follows blindly the substantive rules coming from the

---

(33) The proposal MALAGODI-BOZZI, entitled «Regulations for the protection of free competition and market» did not obtain good results either in its original version, in 1955, or in the reviewed and corrected one, in 1959. In the same period, a project predisposed by Tullio Ascarelli was discussed by the deputy Villabruna together with the law draft on the industrial and commercial agreements of the deputies Lombardi and La Malfa. Again in 1959 two further proposals failed: those of the deputies Carcaterra and Foschini. The same failure occurred with the law draft on the «Control of the Monopolies» sent to the Parliament in 1960 by Giorgio Amendola. For a complete historical reconstruction of these parliamentary attempts, see the Relation of the AGCM, in «[http://www.agcm.it/agcm\\_ita/RELAZ/RELAZ\\_91](http://www.agcm.it/agcm_ita/RELAZ/RELAZ_91), accessed on 29 March 2005».

(34) The most important and definitive incentive to a political-legal intervention came in those years because of the 1985 *White Book on the establishment of the Single European Market*, which contained a strong warning for the Member States to take the measures necessary to allow the right implementation of domestic markets in uniformity with the communitarian ones.

(35) This Law was published in the Official Gazette no 240 of 13 October 1990

Community competition legislation (36), while clearly breaking with the American juridical choices in this matter (37).

In addition, the Law, in its first article dealing with the distribution of competences between the appointing national Competition Authority and the EC Commission, establishes the hermeneutic rule according to which the interpretation of Italian Antitrust Regulations must be in harmony with the principles of the European Competition Law System.

Having explained this concept, Italian Law, drawing on the formulation of article 85 (now 81) of the Treaty of Rome, in its article 2, defines agreements restricting freedom of competition as «accords and/or concerted practices between undertakings, and any decisions, even if adopted according to law or regulations, taken by consortia, associations of undertakings and other similar entities» (par. 1). The agreements are forbidden when they «have as their object or effect appreciable prevention, restriction or distortion of competition within the national market or within a substantial part of it» (par. 2) (38).

Furthermore, par. 3 of the same article establishes these illegal conducts are «null and void»; their invalidity *ex tunc* may not even be suspended by an eventual request of authorization *ex*

---

and came into force immediately. See A. PERA, «La Politica della Concorrenza e l'Autoretà Antitrust in Italia» (1999) 2 *Rivista bimestrale di cultura e di politica*, 324-342.

(36) Indeed Title I identifies the same anticompetitive conducts relevant in the Community rules, namely the agreements restricting freedom of competition, the abuse of dominant positions and the concentration operations.

(37) It is of common knowledge that one of the main differences between American rules and European ones, in the matter of competition law control, concerns the sphere of applicability of the prohibition of concluding anticompetitive agreements. In the US it is distinguished between the accords *per se* forbidden and those that although appear *ictu oculi* damaging may be allowed thanks to the so called «rule of reason», because the advantages for the market efficiency or for consumers are such as to justify some restrictions of the competition. In Europe, and also in Italy, the choice has been diametrically opposite: anticompetitive agreements are all *ipso iure* «null and void», however the European Commission, or the AGCM in Italy can proceed on a case-by-case basis to recognise a personal exemption for single behaviours.

(38) After the general definition, art. 2 gives an illustrative and not exclusive list of conducts that can be considered prohibited, so «including those that: *a*) directly or indirectly fix purchase or selling prices or other contractual conditions; *b*) limit or restrict production, market outlets or market access, investment, technical development or technological progress; *c*) share markets or sources of supply; *d*) apply to other trading partners objectively dissimilar conditions for equivalent transactions, thereby placing them at an unjustifiable competitive disadvantage; *e*) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts».

article 4 of the same Law and can be asked for by whomever is interested, but only before the competent Court of Appeal, which also holds the power to act on its own motion.

A departure from the prohibition of the anti-competitive agreements is therefore provided by article 4 of Law no 287/1990, which allows the authorization of AGCM for some agreements or categories of agreements that, according to article 2, should be considered forbidden (39). Nevertheless, the possibility of granting exceptions also presents limits, deriving from the exigency to protect free competition among enterprises. The law, in fact, establishes that the dispensation is given for a limited time and subordinates it to the double condition that the restrictions to competition do not exceed what is strictly necessary to achieve the abovementioned results and that competition is not eliminated in a large part of the market (40).

Among the prejudicial instances of anticompetitive behavior, Italian antitrust law also includes the illegal use of its own economic power in the market, accomplishing practices directed to the exclusion or to the damage of competitors, in order to acquire further market shares (article 3 of the Italian Completion Act) (41).

---

(39) In order to trigger this mechanism, the activation of the interested parties is necessary: where doubts exist on the lawful nature of the agreements, they can supply an optional communication, according to art. 13 of this Law, in order to obtain a formal decision not to have proceeded to a preliminary investigation or they can choose to make the term indicated by the Law, precluding every trial initiative finally to the AGCM. On the contrary, if the enterprises are aware of the illegitimacy of their agreements, they should submit a request for authorization (that will be individual). The authorization removes the prohibition with retroactive effectiveness. The Authority has exclusive competence (and supplies within 120 day from the demand). The article also establishes the removal of prohibition for some categories of agreements (block exemptions).

(40) From this rule it is reasonable to infer, as the Italian Antitrust Authority itself observed reporting on the 1990 Law, that «referring to the agreements, the evaluation process of the economic effects caused on the market by competition restrictions is entirely submitted to the Authority. In other words, in the discipline of the anti-competitive accords the law does not recognise any role of general and preventive policy to the Government, on the contrary of what occurs with regard to the concentrations» See the 1991 Relation of the AGCM, *supra* n 29.

(41) Art. 3 forbids the abuse of a dominant position inside the national territory or in one of its important parts and introduces a list which must be considered merely illustrative, like that relative to agreements. Such as art. 82 of the EC Treaty, the article in question does not give a definition of dominant position concept or of abuse. In addition, also in Italy, contrary to what is established in the US rules, there is not a *per se* prohibition of the dominant position, above all if this is due to the valid abilities of the entrepreneurs and not to the acquisitions or fusions. Only a twisted use of the market power acquired in virtue of the economic, financial or structural predominance is forbidden.

However it is worth underlining that, with reference to the sanctions, contrary to the disposition contained in art. 2, the rule concerning the abuse of a dominant position establishes nothing; thus it is necessary to refer to article 15 that gives the AGCM a general power to order the elimination of the infringements (42).

Articles 5-7 of the Law in question finally regulate concentrations, or rather the phenomena of the external growth of the enterprises, better known to the public and to the operators as *mergers and acquisitions* (M&A) (43). Exactly as it occurs in the European Community, in Italy the operations of concentration must be previously communicated to the Competition Authority if the combined aggregate domestic turnover of all the undertakings concerned, or the aggregate domestic turnover of the undertaking which is to be acquired, exceeds determined amounts (see article 16).

As has been observed, the adoption of an organic legislation protecting competition has implied the opportunity to found an organism *ad hoc*, an independent authority (AGCM) (44), holding all the functions and the powers involved in the guardianship of the market and competition (45) and against whose statements it is possible to use ordinary jurisdictional means of appeal (46).

---

(42) Thus, it is possible to consider inhibitory actions and damages compensations.

(43) Art. 5 defines the concentration operations, drawing the essential lines from art. 3 of the Community regulation no 4064/89, subsequently modified with regulation no 1310/97, which came into force on the 1<sup>st</sup> of March 1998. According to Italian Law a concentration «shall be deemed to arise when: a) two or more undertakings merge; b) one or more persons controlling at least one undertaking or one or more undertakings, acquire the direct or indirect control of the whole or parts of one or more undertakings, whether through the acquisition of shares or assets, or by contract or by any other means; c) two or more undertakings create a joint venture by setting up a new company».

(44) Title II of Law no 287/1990 — *Establishment and Functions of the Competition Authority* (art 10-20) deals just with the structure of the AGCM and the subjective requirement for the nominations of the President and the other 4 members of this organism (Chapter I, *The Establishment of the Authority*, art 10-11), with its role in the safeguard of market, through the control of anticompetitive agreements and dominant positions (Chapter II, *The Authority's Power over Agreements Restricting Competition and Abuse of a Dominant Position*, arts 12-15) and of the concentrations (Chapter III, *The Authority's Powers to prohibit concentrations*, art 16-19) and with particular cases, such as «Banks, insurance companies and the broadcasting and publishing undertakings» (Chapter IV, *Special Provisions*, art. 20).

(45) The Antitrust Authority holds relevant cognitive and consultive powers. They are defined and disciplined in Title III of the Law — *The Authority's fact-finding and consultive powers* — art. 21-24.

(46) As it has been underlined, Italian Competition Law establishes the exclusive competence of the administrative judge in this matter. The appeals against the decision

To conclude, it seems worth stressing, with regard to anti-competitive agreements, that art. 15 establishes that, once the inquiry has reached a result, criminal sanctions can not be inflicted, but only administrative (and economic) ones, which must be graduated and aimed at compensation more than at deterrence (47). To these typical forms of punishment another must be added, introduced as an *extrema ratio* to restrict the reiteration of non-compliance, that is «a fine of up to ten per cent of the turnover or, in cases where the penalty provided by subsection (1) has already been imposed, a fine of no less than double the penalty already imposed with a ceiling of ten per cent of the turnover as defined in subsection (1). A time limit for the payment of the fine will also be set. In cases of repeated non-compliance, the Authority may decide to order the undertaking to suspend activities for up to 30 days».

### 2.1. *Comparative considerations with European and UK Competition Law, particularly with regard to Consumer Protection.*

Having outlined the Italian Competition system, it might be useful to briefly compare it with the EC and UK legislations in this same field of the law, identifying their common features and their differences, with particular reference to the protection they enact for consumers (48). Such an analysis will identify all the *defaillances* of the former. The other two bodies of law, in fact, indubitably appear more complete and efficient as regards consumer protection, thanks to the correct interpretation and

---

adopted on the basis of the dispositions contained in the titles I, II, III and IV must be proposed to the TAR Lazio (Regional Administrative Court of the Rome area). This competence is functional and for this reason cannot be derogated and may be taken *ex officio*. The civil protection in front of the ordinary justice, as shown in the following pages, the Law 287/1990 provides only two remedies: annulment proceedings and claims for damages, and both must be claimed in front of the Court of Appeal having jurisdiction (art. 33).

(47) Article 15, as amended by article 11 (4) of Law no 57 of 5 March 2001 enacting «Provisions governing the opening and regulation of markets», establishes that «if the investigation provided in section 14 reveals infringements of sections 2 or 3, the Authority shall set a deadline within which the undertakings and entities concerned are to remedy the infringements. In the most serious cases it may decide, depending on the gravity and the duration of the infringement, to impose a fine up to ten per cent of the turnover of each undertaking or entity during the prior financial year; time limits shall be laid down within which the undertaking shall pay the penalty».

(48) See P. MARSDEN and N. ROTH, «Private Actions under EC and UK Competition Law», (2003) 31 *International Business lawyer* 165.



application given to them by the competent judicial authorities (49).

In reality, Community law, if formally interpreted, seems also to clearly distinguish the position of undertakings from consumers, not expressly permitting that the latter can in turn invoke the antitrust rules (50). Nonetheless, the famous *brocardo latino*, according to which «*ubi lex voluit dixit, ubi non voluit non dixit*» has surely been superseded. Owing to a series of judges' decisions, which, although not having real legislative nature, play however an invaluable «*para-legislative role*» in Europe, the Competition rules could be extended to consumers (51).

In many cases discussed in front of the Community Courts in the last decade, «European competition rules were invoked, as a defensive arm, by ordinary citizens...and in every case...the Court of Justice decided the matters, without the least care about the nature of the claimants (undertaking or citizen)» (52). Additionally, in the *Banks* case (53), the Advocate General Van Gerven underlined that the best means by which to guarantee the effectiveness of Competition law within civil cases is the recogni-

---

(49) For a correct economic reading of the Antitrust Law in Europe and for a reconstruction of the Competition notion as a public good, see S. BISHOP and M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement* (London, Sweet & Maxwell, 2<sup>nd</sup> edn., 2002).

(50) The Competition rules contained in the EC Treaty, that are art. 81 and 82, were initially interpreted as a complement to the creation of the Common Market, which seems to be the main aim of the Community. Thus, competition was not considered as a value in itself. Things changed later. And european institutions often emphasized the need also to guarantee a high level of consumer protection in the antitrust law field.

(51) For an accurate analysis of European Antitrust Law, see J. FAULL and A. NIKPAY (eds.), *The EC Law of Competition* (Oxford University Press, 2003).

(52) G. CAPUTI, «Consumatori e antitrust: il punto di vista della Cassazione ed il successivo intervento legislativo» (2003) 8 *Diritto e Formazione* 1413. The author, referring to the sentences of the European Court of Justice: *Arduino v Italy* (Case C-35/99 [2002] ECR I-1529), *Pavel Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* (Joined Cases C-180/98 to C-184/98 [2000] ECR I-6541), *Van Eycke v ASPA* (case 267/86 [1988] ECR 4769), writes that «the Judges of Luxemburg have never pronounced on the topic of consumers position regarding antitrust; however, on the one hand, in a vast number of cases they have implicitly recognized any individual the possibility to usefully invoke Competition rules, and, on the other hand, they have never asked anybody to characterize his own subjective position in an entrepreneurial sense before claiming those norms». The observations of I. BRINKER, «An Overview of Damage Actions in the EU» (2003) *International Business Lawyer* 171, on this point are worth evaluating too.

(53) 92, *H.J. Banks and Co Ltd v. British*/92, *H.J. Banks and Co Ltd v. British Coal Corporation* [1994] E.C.R. 1-1209.

tion of a right to claim damages, and this assessment does not seem to allude to undertakings only (54).

This is the reason why the original reading of Competition Law in Italy appeared to be in conflict with the most recent Community jurisprudence, which is successfully condensed in the famous *Courage* (55) case, according to which even a contractor who took part in an anticompetitive agreement is entitled to proceed against the counterparty, in clear defiance of the so called «*in pari delicto doctrine*» (56).

In addition, the Italian hermeneutic judicial stance contrasted with art. 7 of European Regulation no 1/2003, which gave confirmation to the European judges's theory expressed in that 2001 decision. This disposition states, *apertis verbis*, that «national courts have an essential part to play in applying Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect subjective rights under Community law, for example by awarding damages to the victims of infringements».

The first President of the Italian Competition Authority (Giuseppe Tesauro) himself argued that «Parliament introduced the national antitrust legislation in response to the requirements of Article 41 of the Constitution, which protects and guarantees the right of free enterprise, and in order to bring Italy's legislation into line with European Community law. Its main purposes are: *a*) to foster and protect market conditions which allow economic entities equal opportunities to compete and to gain access to the market; *b*) to protect consumers by encouraging lower prices and improving the quality of products as a result of free market force» (57).

In reality, the second of these purposes appears to have been forgotten for many years in Italy, where the antitrust system has

---

(54) See C. WITHERS, «Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims» (2002) *The Journal of Business Law* 252.

(55) Case C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297. See C Fernández and I. MORENO-TAPIA, «A step forward in the enforcement of community competition law by Member State judges: the *Courage* case» January 2002, available at «[http://www.indret.com/rcs\\_articulos/eng/courage.pdf](http://www.indret.com/rcs_articulos/eng/courage.pdf) accessed on 5 May 2005».

(56) With this decision the Court of Justice has emphasized (in point 26) that «the full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition».

(57) See the AGCM 1991 Relation, *supra* n. 22.

seemed to be addressed only to the protection of the public interest of competition in the market. In fact, as summarized previously, Law no 287/90 establishes that the decisions of the Italian AGCM are subject to the exclusive jurisdiction of the administrative judge and, although recognizing that the Court of Appeal has the task of controlling the inter-personal effects of unlawful commercial conducts and to deal with annulment proceedings and claims for damages, it appears to reserve all these remedies only for enterprises (58).

Nevertheless, a careful reading of the Italian Competition Act would allow everybody to realize that this law abounds in references to consumers (59). The most significant is contained in art. 4 about the derogations to the prohibition of anticompetitive agreements, which can be authorised only if having «the effect of improving the conditions of supply in the market, leading to substantial benefits for consumers». This is an unequivocal demonstration that consumer protection is not entirely extraneous to the Italian antitrust regime (60), nor to the Community one.

However, whereas European Competition Law may be considered, to be prudent, as standing, *absit iniuria verbis*, in a *silent consent* («silenzio-assenso», as it would be said in Italy), the UK discipline shows itself today to be more biased towards private individuals, probably including end-users.

In fact, analyzing the British rules in the competition field, it is indisputable that they accord such importance to the inter-private and super-individual guardianship so as to impose even

---

(58) It would be impossible to face in this work another delicate problem that the provision it is dealing with raises. It could be enough to note that the two profiles — public and civil — of Competition protection present moments of overlap, for which in the logic of the system itself there is the abstract possibility that various judges are demanded to rule for the same *fattispecie concreta* and they naturally use different models of decision, because of the inexistence of connection instruments that could avoid such contradictions. Therefore, as G.M. BERRUTI, «Il giudice e le autorità indipendenti, Roma, Luiss-Ceradi, 29 novembre 2002», «<http://www.archivioiceradi.luiss.it/documenti/archivioiceradi/osservatori/amministrativo/autorita/convegni/giudice.pdf> accessed in november 2003», argued correctly, it is even possible «that a double “nomofilachia” rises, one under the Council of State and another under the Court of Cassation».

(59) See art. 3, I par.; art. 4, I par.; art. 6, I par. and art. 12, I par.

(60) Also the recent sentence of the United Sections of the Cassation acknowledges it. See point I.f, in which it is asserted that «the law does not ignore, in the matter of the agreements, the interest of consumers to such an extent that it provides a hypothesis in which they can be protected for a “limited period” by a slackening of the prohibition regarding the most classic anticompetitive behavior».

criminal sanctions in order to punish and to prevent anticompetitive conducts on the market (61).

Clearly, also with regard to the British measures in the competition field, some of the evidence would suggest that the last solutions are the fruition of a complex process begun many years ago, when in the UK the situation in this legal sector was completely different (62). Indeed, it must be stressed that «for most of its post-war life, competition law in the UK has been an administrative/regulatory matter, and the courts have not been overly involved in its application. In particular, only in extreme cases at the end of a lengthy procedure were private law remedies available to those injured by another's anticompetitive conduct» (63).

The first real turning point in the direction of a full private enforcement of competition law in the UK came with the promulgation of the Competition Act 1980, which extended the range of practices that may be judged anticompetitive and consequently controllable, but chiefly abandoned its original too formal approach of the «registration system», to replace it with a «substantial» one, more consistent with the EC mechanisms of competition guardianship (the so called «prohibition system») (64).

---

(61) Also D. SWANN, *supra* n. 20, 307, argued that, although it was not possible to admit «all is perfect in the field of consumer protection... it does appear that the United Kingdom has now assembled a quite impressive array of laws and, what is of great importance, has provided mechanisms of enforcement and redress».

(62) R. WHISH, *Competition Law* (Butterworths, London, 1993), 121 has emphasized just that «between 1948 and 1956 cartel agreements between independent undertakings in the goods sector were subject only to the benign investigative system». As everybody knows, after the embryonic experience of the Monopoly and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act of 1948, only in 1956 a law imposing the public recording of the agreements related to some potentially anticompetitive conducts was emanated. Such agreements were examined by a judicial organism appointed *ad hoc*, having the task to forbid them if they did fall back within one of the seven types of exemption predetermined from this Law (the so called «gateways»). As D. PARKER, «The Competition Act 1998: Change and Continuity in U.K. Competition Policy» (2000) *The Journal of Business Law* 284, reconstructed synthetically «two important pieces of legislation followed, in 1973 and 1980, aimed at strengthening competition law. In 1973 the Fair Trading Act established an Office of Fair Trading (OFT) within government, headed by a Director General of Fair Trading (DFGT). The OFT undertakes the scrutiny of competition within markets and has advised the Secretary of State of the Department of Trade and Industry (DTI) on possible referrals to the Monopolies and Mergers Commission».

(63) M. FURSE, «Competition Law and the Courts» (2002) *New Law Journal* 1567.

(64) R. WHISH, *supra* n. 62, illustrating British antitrust Law after the reform of 1980 wrote that «one of the extraordinary features of UK competition law is the superfluity of institutions involved: High Court, Restrictive Practices Court, Director General

Therefore, in perfect compliance with the European provisions, the UK Office of Fair Trading emphasized that «third parties who consider that they have suffered loss as a result of an unlawful agreement have a claim for damages in the courts» (65).

The British political-legal path towards a refined Competition discipline led to the recent Enterprise Act 2002, whose part 6, after having defined the «cartel offence» in ss 188-189 (66), establishes, in s 190 (1), that «a person guilty of an offence under section 188 is liable — a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both; b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both» (67).

However, the decisive leap forward to a radical enforcement of antitrust law in the UK was marked by the rule contained in Part 7 of that same juridical document, which grants the power to disqualify the guilty party for any breach of competition law by their company from acting as director for up to 15 years (68).

The importance of Consumer protection on the Market and the necessity of managing the discipline of competition and the safeguard of consumers as a unit are also confirmed by the choice to insert a sort of *Bill of consumer rights* inside this UK Enterprise Act (69). What is being alluded to is part 8 of the document, aiming specifically at preventing and punishing «an infringement which harms the collective interests of consumers. It

---

of Fair Trading, Monopolies and Mergers Commission, Secretary of State and other jurisdictions».

(65) *The Chapter 1 Prohibition*, OFT Competition Act guidelines, document 401, March 1999. See C. WITHERS, *supra* n. 53, 252.

(66) For an «introduction to the new criminal cartel offence», see G. PERETZ and J. LEWIS, «Go Directly to Jail: Losing Badly in “Monopoly”» (2003) *New Law Journal* 99-100. They underline that «companies infringing UK competition law face potentially enormous fines of up to ten per cent of three years’ turnover», but observe also that «the actus reus of the offence is absurdly complex, taking two pages and 14 subsections of dense text to set out».

(67) See R. NAZZINI, *Concurrent Proceedings in Competition Law Procedures, Evidence and Remedies* (Oxford University Press, 2004); T. FRAZER, S. HINCHCLIFFE and K. GEORGE, *The Enterprise Act 2002: The New Law on Mergers, Monopolies and Cartels* (London, Law Society, 2003).

(68) See C. HARDING and J. JOSHUA, «Breaking up the Hard Core: The Prospects for the Proposed Cartel Offence» (2002) *The Criminal Law Review* 933-944.

(69) C. GRAHAM, «The Enterprise Act 2002 and Competition Law» (2004) 67 *The Modern Law Review* 273, 272-288, asserts that «the institutional structure that has been created bears signs of the influence of Article 6 ECHR».

follows that the breach must affect, or have the potential to affect, consumers generally or a group of consumers. This must be established by the evidence gathered by the enforcer. The evidence must demonstrate how a particular infringement has, or may in the future have, an adverse effect upon consumers' (70).

In effect, the most relevant articles dealing with Consumer protection against anticompetitive conducts are contained in ss 18 («Monetary Claims») and 19 («Claims on behalf of consumers») of the Act (71). The new s 47 A («Monetary claims before Tribunal»)(72) actually derives from the former, and 47 B («Claims brought on behalf of consumers»)(73) comes from the latter.

As has been argued, «this may not be an effective remedy. First, a damages claim is subject to the same risks as in any litigation; there is no guarantee of success. Second, there must be both a definable group of consumers and a suitable body willing and able to represent them»(74). It has been further stressed,

---

(70) See the document elaborated by the Office of Fair Trading, *Enforcement of consumer protection legislation, Guidance on Part 8 of the Enterprise Act*, 10, available at «[http://www.ofgem.gov.uk/temp/ofgem/cache/cmsattach/9801\\_CP\\_EA\\_part8.pdf](http://www.ofgem.gov.uk/temp/ofgem/cache/cmsattach/9801_CP_EA_part8.pdf) accessed on 29 March 2005».

(71) Noteworthy is also section 11 that establishes «a designated consumer body can complain to the OFT about any feature of the UK market that significantly harms consumers». See D. SHAPIRO and R. BURNLEY, «Mediation Solutions under the Enterprise Act» (2003) *New Law Journal* 604-605.

(72) S 47 A begins clarifying that «(1) This section applies to — a) any claim for damages, or b) any other claim for a sum of money, which a person who has suffered loss or damage as a result of the infringement of a relevant prohibition may make in civil proceedings brought in any part of the United Kingdom».

(73) The following paragraphs of s 47B are particularly significant: «(1) A specified body may (subject to the provisions of this Act and Tribunal rules) bring proceedings before the Tribunal which comprise consumer claims made or continued on behalf of at least two individuals... (3) A consumer claim may be included in proceedings under this section if it is: a) a claim made in the proceedings on behalf of the individual concerned by the specified body; or b) a claim made by the individual concerned under section 47A which is continued in the proceedings on his behalf by the specified body; and such a claim may only be made or continued in the proceedings with the consent of the individual concerned. (4) The consumer claims included in proceedings under this section must all relate to the same infringement. (5) The provisions of section 47A(5) to (10) apply to a consumer claim included in proceedings under this section as they apply to a claim made in proceedings under that section. (6) Any damages or other sum (not being costs or expenses) awarded in respect of a consumer claim included in proceedings under this section must be awarded to the individual concerned; but the Tribunal may, with the consent of the specified body and the individual, order that the sum awarded must be paid to the specified body (acting on behalf of the individual)».

(74) See D. SHAPIRO and R. BURNLEY, *supra* n. 70, 604. The solution the authors suggest does not seem to be convincing, however. They in fact wonder «would not mediation be a more preferable procedure than the usual enforcement one? Indeed, since UK competition law is, as we have shown, supposed to be “pro-consumer”, a mediated resolution may often provide a remedy that is substantially more suitable than hefty fines».

more moderately, that «there is no doubt that even after these reforms competition damages actions will not be attractive to claimants as they are in the US (where awards of triple damages and class-actions rules make competition damages actions big business). Nonetheless, these reforms make competition damages actions a rather more viable proposition in the UK than they have been up until now» (75).

Concurring entirely with these remarks, parallel considerations could be raised today in Italy, by investigating the position of the consumer within Competition Law, despite the important innovations recently provided thanks to the work of the Supreme Court of Cassation.

### 3. THE ISSUE OF THE SO CALLED «CONTRATTI A VALLE» (DOWNSTREAM CONTRACTS) AND THE RECONSTRUCTION OF THE ITALIAN MOTOR INSURANCE CASE.

Notwithstanding the persistent initial opposition of Italian judges to recognising competition rules as freely available for consumers, the praxis demonstrated that end-users could sometimes receive not only an indirect disadvantage, as always happens in the presence of anticompetitive agreements on the market, but also real direct and immediate damage because of the unfair behaviour of two or more enterprises.

Italian doctrine, dealing with those particular antitrust affairs, defined such phenomena, viewing harmful repercussions of unlawful commercial activities directly on consumers, as «effetti a cascata» (*cascade effects*). These effects would drop uncontrollably from the «intese a monte» (*upstream anticompetitive agreements*) to the «contratti a valle» (*downstream contracts*) (76). The «Italian Motor Insurance case» is an example.

---

This observation probably cannot be evaluated. The antitrust law and its objects do not only have a civil nature and aim, but also involve «superindividual interests», demanding and deserving efficient protection, that neither mediation, nor a *giudice di pace* can guarantee, as this study will try to demonstrate later.

(75) G. PERETZ, «Pass Go and Collect £200: Winning Damages in “Monopoly”», (2002) *New Law Journal* 1019, «of course, damages are not the only remedy claimants may seek. They may also seek injunctions restraining unlawful behaviour. If Regulations are made under s 16 (1), claimants may well be able in effect to seek injunctions before the CAT; otherwise they will have to use the ordinary courts», observes the same author.

(76) See point 1.h of the recent United Sections of the Cassation decision, admit-

The age-old issue pertaining to consumers' power to act availing themselves of the judicial means provided by art. 33, II paragraph, of Law no 287 of 1990 arose in Italy with the decision of AGCM (77), declaring the existence in the market of some anticompetitive conducts used by several insurance societies, harmful to other enterprises, but also to consumers (78).

This provision found its total confirmation in the sentence of TAR Lazio, sec. I, no 6139 of July 5<sup>th</sup> 2001, and finally in the decision of the Council of the State, sec. IV, N. 2199 of April 13<sup>th</sup> 2002 (79): the companies were finally convicted of having established a concerted practice, forbidden according to art 2 of Italian Competition Law, and a systematic information exchange regarding car accident insurance to which it was possible to connect the increase of Motor Insurance policy prices (80).

Linked to these decisions was sentence no 17475 of December 9<sup>th</sup> 2002, already well known in Italy, passed by the first section of the Court of Cassation after the appeal of the Axa Assicurazioni (81). This Society appealed against the *Giudice di Pace's* decision that had condemned it to refund plaintiffs an amount assessed to be the 20% of the insurance premium unfairly paid by consumers because of illegal anticompetitive «upstream conducts». The reasons for the appeal lay in the presumed lack of

---

ting clearly that the «downstream contract» is the means by which the parties of the «upstream agreement» concretely realize the aim forbidden by Law.

(77) Decision dated 28 July 2000 no. 8546, Bulletin no. 30, 2000.

(78) See D. BONACCORSI DI PATTI, «Lo Scambio di Informazioni nel Mercato Assicurativo e la Legge Antitrust: dal Caso "Ania" al Caso "RC auto"» (2002) in *Diritto ed economia dell'assicurazione* 483-507.

(79) State Counsel, 23 April 2002, no. 2199, *Foro italiano* (2002) 10, with annotation by R. PARDOLESI (500-509) and C. OSTI (509-513).

(80) The Increases of the prices were quantifiable in approximately 20% of the insurance premiums cashed by the enterprises. See M. NEGRI, «Risarcimento del Danno da Illecito Antitrust e Foro per la Tutela del Consumatore» 2003 *Il Corriere giuridico* 747-757.

(81) In *Foro italiano* 2003, with annotations by A. PALMIERI, *supra* n. 8, 1122-1127, and E. SCODITTI, *supra* n. 6, 1138-1158. Also see S. BASTIANON, «Antitrust e Tutela Civilistica: Anno Zero» 2003 (4) *Danno e responsabilità* 393-398; A. GUARNERI, «Il cartello degli Assicuratori è Fonte di Danno per gli Assicurati?», 2003 *Responsabilità civile*, 365-375; I. NASTI, «Tutela Risarcitoria del Consumatore per Condotta Anticoncorrenziale: una Decisione Difficile», 2003 *Il Corriere giuridico*, 339-347; M. HAZAN, «I Rimborsi dei Premi r.c.a.». 2002 (4), *I Contratti*, 391-398. G. COLANGELO, «Intese Restrittive e Legittimazione dei Consumatori Finali ex Art. 33 Legge Antitrust» (2003) 2 *Il Diritto Industriale* 172-177; IDEM, «Intese Restrittive della Concorrenza e Legittimazione ad Agire del Consumatore» (2003) 12 *Danno e Responsabilità* 1181-1184; R. PARDOLESI, «Cartello e Contratti dei Consumatori: da Leibniz a Sansone?» (2004) *Foro italiano* 469-475.



competence of that judge to decide a case reserved, *ex lege*, specifically by art. 33, par. 2, of Italian Competition Law, to the Court of Appeal.

The Court of Cassation, facing the matter of consumer protection against anti-competitive conducts for the first time *ex professo* (82), rejected the appeal, confirming the competence of the *Giudice di Pace*, in accordance with common procedural rules, and underlining that anticompetitive agreements «— as technical operative means are conceived, as such they are, depending only in terms of whom (the enterprise) can conclude them, and concretely have concluded them. Therefore, according to this reconstruction, the possible role of final consumers seems different, because their legal positions permits them just to sollicit those persons given the standing by the same law n. 287/90 to exercise their powers» (83). In other words, as an author observed, «the conclusion reached by the first section of the Court of Cassation went in the direction to believe that compensation claims contemplated by Italian Competition law were not open to the active legitimation of single consumers...» (84), who could not turn to the Court of Appeal, invoking the provision contained in art. 33, paragraph 2 of Italian antitrust law, but had to continue applying to the *Giudice di pace* and using the ordinary compensation instruments (85).

The predictable consequence of this decision was the deposit of some thousand claims with these judges, demanding a refund of the insurance fee unjustly paid to the insurance companies (86).

---

(82) The previous cases, commented in doctrine, regarded hypotheses of damages as deriving from situations of abuse of a dominant position: such as the famous Telesystem-Sip case, decided by the Court of Appeal with the sentence of 18 July 1995, *Danno e Responsabilità* (1996) with the note of C. OSTI, «Abuso di Posizione Dominante e Danno Risarcibile» 105-112.

(83) The position aligns with another one held by the same Court in a judgment dated 4 March 1999, no. 1811, in which the Supreme Judges showed a similar position with regard to articles 81 and 82 of EC Treaty.

(84) G. COLANGELO, «Intese Restrittive della Concorrenza...» (2003), *supra* n. 81, 1183.

(85) The Supreme judges, *oborto collo*, clarified that such a conclusion «is not equivalent to postulate the absolute unrepayability of every extreme repercussion of those agreements prohibited by law n. 287/90, on «final consumer»... but only that... the eventual due damages action, will have the ordinary characteristics of an ordinary action for damages subject to the ordinary criteria of jurisdiction, and not those of the action *ex art. 33, II par. of the L. n. 287/90*».

(86) This way a preferential access for consumers has been opened to jurisdic-

The government tried to contain this flood of actions, through the promulgation of the famous Emergency Decree of 8<sup>th</sup> of February 2003, n. 18 (Urgent Dispositions in matter of Necessary Judgment According to Equity)(87), which kept substantially unchanged the previous rules about the *Giudice di Pace*'s jurisdiction, requesting him only to decide according to Law and not to Equity (88).

### 3.1. «End-users» protection in accordance with article 33(2) of the Italian Antitrust Law and in conformity with European solutions. Do consumers' (Human) Rights to a Workable Market exist in Europe?

In anchoring consumer protection to the ordinary instruments of the extra-contractual liability system, the famous decision no 17475/2002 of the Italian Supreme Court required that all the conditions imposed by art. 2043 of the Italian Civil Code have to be met, to grant weak contractors compensation for damage (89). More specifically, the right to compensation could not

---

tional protection, creating the conditions for one real avalanche of actions, each one claiming a modest amount, but in the whole able to put insurance companies seriously in crisis. The actions were obviously formulated in a way that permitted them to escape from the jurisdiction of the *Tribunale*. Thus, they were contained in their *petitum* not only within a maximum limit of value for which there is the jurisdiction of the *Giudice di Pace*, but also below the threshold of two million, in order to be able to demand a judgment according to equity, as foreseen by art. 113 of the Code of Civil Procedure (with the consequence of the unappealableness of the sentence, except that in Cassation, and of the possibility, where the *petitum* was even below a million, to appear before the judge without the assistance of a lawyer, according to art. 82 paragraphs 1 c.p.c.).

(87) See G. FINOCCHIARO, «Un Provvedimento che Tende a Garantire l'Uniformità di Trattamento dei Consumatori» 2003 *Guida al Diritto* 15-25.

(88) The decree, converted with some insignificant modification into Law n. 63 dated 7 April 2003 (in Official Gazette n. 84 of 10 April 2003), has, in fact, provided for a reform of art. 113 of Civil Code (entitled just «Pronounces according to Law»), which now establishes that «in deciding the cases the judge must follow the norms of the law, but that the law attributes him the power to decide according to Equity. The *Giudice di Pace* rules according to equity the causes whose value does not exceed 1,100 euro, except for those deriving from legal relationships related to contracts concluded through the modalities provided in art. 1342 of the civil code». It is obvious that the hypothesis of insurances taken out without the use of forms is really of remote verification. Thus, it can be correctly said that in reality the decree in question determined a rule valid for all the «RCA insurance» contracts.

(89) Art. 2043 («Compensation for unlawful facts») says that «any act committed either with intent or with fault causing an unjustified injury to another person obliges the person who has committed the act to compensate damages». In addition the strict rule concerning the burden of proof in Italy must be considered. In fact, article 2697 of the Civil Code establishes that «Whoever intends to enforce a right in court shall prove the facts supporting the claim...».

arise automatically from proof of an anticompetitive *upstream agreement*, but needed to derive from the rigorous demonstration of the anti-judicial nature of the enterprises behaviour *also* in the specific *downstream contractual relationships*.

This strict judicial reconstruction, including antitrust liability towards injured end-users in the general Italian pattern of civil responsibility, saddled consumers with a probative burden difficult to discharge in practice (90). With a contradictory motivation, therefore, on the one hand the judges appeared not to want «to deny expressly the final user some reparation for his harm (without however taking care to shed light on the forms and the modalities of this redress)», on the other hand they seemed clearly in favour of «an excessively drastic and not necessarily total expunction of consumers themselves from the group of subjects protected by competition law» (91).

These conclusions aroused a whole range of criticisms from the majority doctrine, which underlined that such an exclusion of consumers from the category of people who can act according to art. 33 of the law 287/90 could not be shared, because it shows itself expressly at variance with the Community teachings, in conformity with which the prohibitions contained in articles 81 and 82 of the Treaty of Rome are directly applicable, *alias* probably granting private citizens, consumers or enterprises, rights which can be invoked before national judges (92).

Specifically, many authors disagreed with the retrograde approach endorsed by the Court of Cassation, following which in order to recognise the consumers' right to obtain compensation, it is necessary that «the agreement between enterprise and end-users has, completely or in part, the hallmarks of the illegality, for the violation of a specific consumer's subjective right, that... could not derive simply from the existence of a forbidden upstream agreement» (93).

Assuredly, binding the extra-contractual liability for antitrust damages to the infringement of one specific subjective right («the

---

(90) See I. NASTI, *supra* n. 81, 344.

(91) M. NEGRI, *supra* n. 80, 749.

(92) See S. BASTIANON, *supra* n. 81, 394. The author refers to the famous sentence of the Court of Justice case 127/73 *BRT/Sabam* [1974] ECR 51.

(93) Also a vast number of scholars seemed to agree with such judicial vision. Among the other ones, see A Palmieri, *supra* n. 11, 1126.

right to conduct business», for instance), the Court of Cassation appeared to revert to its old and outdated conception, recognizing the entitlement to compensation in damages just for the violation of some particular category of rights (94). This ancient and obsolete jurisprudential theory was, again, completely in conflict with European provisions, establishing the necessity to protect every legal subjective *situation of advantage* (both rights and interests), which are in existence or simply possible (invoking the principle of the legitimate reliance), that the Community directly or indirectly recognizes to private citizens (95).

In addition, as has been stated in this work, at the same supranational level, once the situation worthy of protection has been identified, the quality of the person who holds this position or the nature of the counterpart causing the damage (private man, enterprise, State) often seems irrelevant (96). On the other hand the fact that rules assigning situations of advantage concern citizens (end-users, for instance) directly, rather than affecting them indirectly and accidentally (since they aim to regulate inter-governmental or inter-undertakings relationships), sometimes appears trivial with regard to the duty of protection of those legal situations (97).

---

(94) See E. SCODITTI, *supra* n. 7, 1130. In Italy, mostly because of a historical doctrinal reconstruction, various shapes of *positive subjective legal situations* exist: beside the so called «diritto soggettivo» («subjective right», the fullest right, like property or human rights), there are, in fact, the figures of «interesse legittimo» («legitimate interest», that is recognised to a private subject, but to protect a public interest too, as in the case of a public competition, where the clear right of the competitor to win if he is the best is associated to the previous «legitimate interest» in the fairness of the competition, in order to protect a «super-individual» interest too, namely to have the best people in public places), the «status» (that indicates the belonging to a particular group, like a family or a State) and so on. Once Italian doctrine and jurisprudence believed wrongly that only the most complete of this subjective situations, in other words the «diritto soggettivo», could be considered deserving of full protection, like compensation for damages. But for some years, in particular since decision no. 500 of 1999, the Court of Cassation itself has established that «in order to shape an extracontractual liability, the formal qualification of a subject's legal position does not assume determining relief, since the risarcitoria protection is assured alone in relation to the injustice of the damage, that constitutes an independent figure, marked by the lesion of a juridically relevant interest».

(95) For this reason some authors, in identifying the consumers' legal situation on the market, did not worry about referring *sic et simpliciter* to a mere «interest (deserving however of protection) to the safeguard of one competitive situation» says C. OSTI, *supra* n. 79, 115.

(96) See I. BRINKER, *supra* n. 52, 171.

(97) The Courage sentence itself, in par. 19, stresses this concept, saying that: «it should be borne in mind, first of all, that the Treaty has created its own legal order, which is integrated into the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply. The subjects of that legal order are not only the Member States but

After all, it is already well-known that although the European directives are, by definition, addressed to the Member States (the first real subjects of Law in the Legal Community system), and should bind just the national institutions to a certain goal without interfering with the formalities chosen by them to give those rules a national implementation, Community jurisprudence has come, in at least three precise cases (98), to recognise the direct effect of the rules contained in those European acts.

Hence, the European judges admitted an immediate guardianship for the private situations of advantage, even at the cost of condemning a State to compensate the damage caused to citizens because of a missed, or incorrect, exercise of its legislative activity (99).

All of these considerations should probably apply *a fortiori* to a modern sector of Law as important as consumer protection appears to be (100). The guardianship of end-users in the market appears to be, on the other hand, the principal purpose of Competition Law itself (101).

«*Hominum causa omne ius constitutum est*» (102): it is not possible to continue believing that European Law is only a Law of Markets and not also of individuals (103).

---

also their nationals. Just as it imposes burdens on individuals, Community law is also intended to give rise to rights which become part of their legal assets. Those rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by virtue of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined manner both on individuals and on the Member States and the Community institutions (see the judgments in Case 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR I, Case 6/64 Costa [1964] ECR 585 and Joined Cases C-6/90 and C-9/90 Francovich and Others [1991] ECR I-5357, paragraph 31)». A national solution divergent from such European addresses would be in contrast with the useful effect of the supranational antitrust rules (and of those elaborated to protect the consumer and implemented in law n. 281/1998).

(98) See G. BENACCHIO, *supra* n. 17, 104-111.

(99) See N. SCANNICCHIO, «Il Diritto Privato Europeo nel Sistema delle Fonti», in N. LIPARI (ed.), *Trattato di Diritto Privato Europeo* (Padova, Cedam, 2003) vol I, 199-215.

(100) Some superficial references to consumer protection were already contained even in the first version of the EEC Treaty 1957. See art. 39 (now art. 33), art. 85.3 (now art. 81.3) and art. 86, lett. b, (now art. 82, lett. b).

(101) See H. VEDDER, «Spontaneous Harmonisation of National (Competition) Law in the Wake of the Modernisation of EC Competition Law» 2004 (1) *The Competition Law Review* 12.

(102) ERMOGENIANO, in *Libro primo iuris epitomarum*, D. 1, 5, 2. H (*Justiniani Digestum, Liber I, titulum V — De Statu Hominum*).

(103) For a study that underlines the centrality of the person and his dignity in the modern European Law System, see A. FERRARO, «I Diritti Fondamentali dell'Uomo

Thus, as has been observed, even if many objectives can be ascribed to Competition Law, the «essential purpose should be to protect the consumer, not in the technical sense of maximizing consumer welfare but in the more specific sense of safeguarding individuals against the power of monopolists or the anti-competitive agreements made by independent firms» (104).

The need for the protection of these subjects has become so important supranationally in recent years, that it is possible to agree that their position, or better their *status*, as weak individuals, deserves a safeguard analogous to that granted to human rights (105).

A series of basic European documents (106) (rules contained in the Treaties, or in other fundamental «*para-constitutional*» Acts) corroborates this thesis (107), a definitive confirmation of which can be traced in art. 38 (Consumer Protection) of the *Charter of the Fundamental Rights of the European Union* (108) (art. II-98 of *Treaty establishing a Constitution for Europe*) (109).

Although some authoritative doctrinal voices, examining consumer protection in Italy, defined it as a real «normative desert»

nell'Ordinamento Giuridico Comunitario. Alla Ricerca di una Definizione» (2004) 5 *Diritto e Formazione*, 702-725.

(104) R. WHISH, *supra* n. 62, 13. See also C.D. EHLERMANN and L.L. LAUDATI (eds.), *The Objectives of Competition Policy* (Oxford, Hart, 1998).

(105) See S. DEUTCH, *supra* n. 12, 551.

(106) The Treaty of Maastricht (1992), in particular, introduced a new title — currently the XIV of Treaty CE consolidated version — expressly dedicated to the «protection of consumers' and a new article, 129 A, in virtue of which the Union attributes specific competences in this matter to adopt measures in accordance with art. 100 A, and promoted actions of support and integration of the politics developed by the Member States. The Treaty of Amsterdam (1997) reformulated article 129 A, obligating EU institutions — through a horizontal type clause — to consider the consumers' demands in the definition and the implementation of the other Community policies and activities and to expressly recognize the consumers' right to organize themselves for the safeguard of their own interests (art. 153.2 Treaty CE). A complete picture of the most significant normative interventions in the European consumer policy can be found in <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l32000.htm> accessed on 5 May 2005».

(107) The European States, having more recently adopted their Constitutions, expressly provided the acknowledgment of consumers rights too; see the Spanish Constitution (art. 51) or the Portuguese one (art. 60). But important provisions about these rights are contained also in art. I-14, II-98, III-120, III-162, III-167, III-172, III-227, III-228 and III-235 of the European Constitutional Treaty.

(108) This article establishes that «Union policies shall ensure a high level of consumer protection».

(109) The adopted version of the European Constitutional Treaty was published in the *Official Journal of the European Union*, OJ C 310/1-474 Vol 47, 16.12.2004. See A. FERRARO, «Costituzione Europea e Diritti Fondamentali dell'Uomo» (2004) 3 *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali* 443-483.

a few years ago (110), recently care has also been taken in Italy to elaborate «the expected consumer “bill of rights”» (111), namely Law no 281 of 1998, initially, and the «Codice del consumo» successively (112).

This Act not only dispels every doubt definitively about the standing of consumers to claim protection against the unfair behaviour of enterprises on the market, but seems also to constitute for Italian Law the first step towards the launch of a new legal sector inside the juridical system and law studies, so called «Consumer Law», as an autonomous branch of the Law (113).

Article 2 of the *Codice* enacts *expressis verbis* that it is possible «to recognize consumers and users the following fundamental rights: a) safeguard of their health; b) safety and quality of products and services; c) suitable information and fair publicity; d) education for consumption; e) fairness, transparency and equity in contractual relationships concerning goods and services; f) promotion and development of a free, voluntary and democratic association between consumers and users; g) the supply of public services according to quality and efficiency standards» (114).

Despite its usefulness to support the thesis on the existence of a consumer's human right to a fair and workable competition in the market, the reference to this more recent Act could risk (and often it actually risked) distracting attention from the central problem, regarding the legitimacy of consumers suing under article 33, II paragraph, of Italian Competition Law.

---

(110) See R. FERRARA, «Consumatore (Protezione del) nel Diritto Amministrativo», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, (Torino, UTET, vol III, 1989), 515.

(111) G. ALPA, *supra* n. 1, 4.

(112) But also another important legal document has been enacted recently in Italy: the «Codice del consumo». See «[http://www.infogiur.com/law/consumatori\\_codice\\_bozza.pdf](http://www.infogiur.com/law/consumatori_codice_bozza.pdf) accessed on 10 June 2005».

(113) This consideration may perhaps be held correctly not only with regard to Italian Law, but also with European. It might be useful to underline that also in many UK Universities Consumer Law is considered as a subject worth studying separately. It is not possible to see the same in Italy, where consumer protection is studied within other subjects, like European or Italian Public Law, Private Law, Contract Law, Criminal Law and so on. On this point, see T. WILHELMSSON, *supra* n. 19, *passim*.

(114) According to this document, both single end-users, and Consumers' associations can proceed in judgment; the former in order to react personally against the violation of their own positions; the latter for the protection, also preventive, of collective interests; one action does not preclude the other. The associations can demand various rulings of the judge: the inhibition of actions and behaviors detrimental to consumers interests or the adoption of suitable measures to correct or eliminate the harmful effects of the assessed violations.

Actually, the evaluation that, in every case, whether invoking article 33 of the Law no 287/90, or article 2043 of the Italian Civil Code, or article 2 of the *Codice del Consumo*, end-users would somehow receive a guardianship for their position, frequently led to reductive and misleading conclusions (115). The *facultas agendi* of the *end-users* deserves and needs to be based upon the special system of legal protection introduced by Competition Law and not on other general rules (116).

The ancient rule, in the light of which «*Lex specialis generali derogat*», and the «principle of exclusion» itself, contained today in several directives protecting consumers, establish that some general rules have to be applied only if there are not more specific provisions in the same sector (117). Such a conclusion should probably be supposed valid also in a national context, exactly as in the European one, or rather it should be applied in every Member State, precisely because it refers to a principle which seems generally recognized supranationally (118).

In the Treaty establishing a Constitution for Europe, signed in Rome on October 29<sup>th</sup> 2004 and in the end not ratified by some Countries (but in every case important for its contents), consumer protection is expressly shown as one of the principal areas in which EU competences appear to be conceived as concurrent with those of the Member States (119). However, the exclusive nature of the European competences is confirmed in the field of Competition Law (120).

---

(115) See I. NASTI, *supra* n. 81, 344.

(116) See P. GIUDICI, *supra* n. 14, 74.

(117) A good example is represented by the (*Distance Selling*) Directive 97/7/EC (in part. art. 13). See M. NEGRI, *supra* n. 80, 750.

(118) S. DEUTCH, *supra* n. 11, 540-541, argues that «consumer rights have reached a point that justifies a serious consideration of whether or not to recognize them as human rights...Certainly, if there is a readiness to acknowledge new rights, the international consensus that consumers should be protected mandates inclusion of consumer rights...». For this reason they «have a better chance of being identified as human rights than some of the “new” rights. Rather than being entirely new rights, they are an elaboration and expansion of recognized economic rights. Such recognition, of course, will not be achieved without opposition, and it may be premature to characterize consumer rights as mandatory human rights. It is, therefore, advisable to acknowledge them at this stage as “soft” human rights», concludes the scholar.

(119) See art. I-12 (*Categories of competence*) (2).

(120) See art. I-13 (*Areas of exclusive competence*). In addition, art I-12(1) establishes that «When the Constitution confers on the Union exclusive competence in a specific area, only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of Union acts».



Thus, if the normative silence of many Countries with reference to the end-users position within the specific Law sector regarding Competition is taken into consideration, and the nature of European competences, which are «concurrent» in the consumer protection area of law and «exclusive» in the field of anti-trust rules, is also examined, it is perhaps easy to agree about the necessity that the Court of Justice itself, duly asked for a preliminary ruling, gives an answer about the real possibility to consider the European (and national) Antitrust rules as directly invocable also by *end-users* themselves (121). Even though the ancient principle «*in claris non fit interpretatio*» could already allow this question to be answered in the affirmative.

A supranational judicial decision would however have the merit of enforcing *ante diem* the complete «uniformazione» or standardization (not only harmonization) of Member States Laws, which will be assumed to be an urgent challenge sooner or later, especially in the two legal fields, competition and consumer, fundamental for the realization of the United Market in Europe (122).

For this reason, the Italian Motor Insurance case seems a missed opportunity for the Italian Court of Cassation to promote a European solution to this important matter (123).

---

(121) An author, paraphrasing the content of the case T-24/90 *Automec v. Commission* («Automec II») [1992] ECR. II-2223, par 85, wrote that «the prohibitions of Article 85 and 86 E.C. are directly effective, and, as the ECJ has spent out, there is an obligation on national courts to protect the rights of individuals derived from the Treaty which applies as much to competition law as it does to other areas». M. FURSE, «The Competition Bill — a Competition Law that Can Compete», (1998) *The Journal of Business Law* 178.

(122) On the other hand this normative would not be completely new for the Member States if it is taken into consideration that many European Countries have been a complete consumer protection discipline for almost thirty years. See, *inter alia*, the French Act n. 78-23 dated 10 January 1978, the so called «*Loi Scrivener*», but also the German *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG) dated 9 December 1976 and the UK *Unfair Contract Terms Act 1977* (and amended up to date to 1/10/2003). For a complete reconstruction of «the Growth of Consumer Protection» (above all in the UK and the USA), see D. SWANN, *supra* n. 20, 277-283.

(123) It might be observed that the question was (or appeared) national-wide, but European judges on many occasions dealt with cases which, although having a domestic nature, interfered in Community sectors. See G. STROZZI, *Il Diritto dell'Unione Europea* (Torino, Giappichelli, 2001) 238-240. See the recent opinion of L.A. Geelhoed observed in his opinion, delivered on 26 January 2006, about the above mentioned joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04, in which this *amicus curiae* observes that «33. As is generally known, both national and European competition law can be applicable simultaneously, and national competition law may not be in breach of European competi-

The Supreme Court would have been able to put a question, according to article 234 of the EC Treaty, to the Court of Justice, asking its opinion on the affair (124).

tion law. Article 2 of the Italian competition law prohibits cartels which have the effect of restricting competition on the Italian market or on a part thereof. Article 81 also prohibits such cartels if they affect trade between Member States. The applicability of European competition law therefore depends on whether “trade between Member States is affected”. 34. It follows from the Court’s settled case-law that it is enough to show that an agreement *may* have such an effect. It does not need to be demonstrated that the agreement has actually affected trade patterns. It is also evident from case-law that the criterion of affecting trade between Member States is satisfied where, on the basis of all objective factors of law or fact, it can be expected with sufficient a degree of certainty that it may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between Member States. The effect must be appreciable. 35. The mere fact that an agreement relates only to undertakings in a single Member State does not mean that that agreement is not capable of influencing intra-Community trade. On the contrary, it may be a clear indication that that is indeed the case. The Court has, after all, pointed out on several occasions that an agreement extending over the whole of the territory of a Member State has, by its very nature, the effect of reinforcing the partitioning of markets on a national basis, thereby holding up the economic interpenetration which the Treaty is designed to bring about. 36. The national court should therefore consider by reference to various factors, each of which need not be decisive in itself, whether the criterion of trade between Member States being affected has been satisfied. Only if it emerges that that criterion has not been satisfied is the conduct concerned subject to Italian competition law alone. 37. The referring court points out in its order for reference that a number of insurance companies from other Member States were party to the prohibited agreement. The mere fact that the participants also include foreign undertakings is an element in the assessment, and possibly an important one, but taken alone, it is not so decisive as to justify the claim that the criterion of trade between Member States being affected has been satisfied. 38. From the documents before the court, and especially those submitted by Assitalia, it is clear that a large proportion, namely 87%, of the undertakings operating in Italy took part in the prohibited agreement. Seen in the light of the aforementioned case-law, this provides a clear indication that intra-Community trade may have been affected, certainly in combination with the fact that non-Italian undertakings also took part in the agreements».

(124) As underlined, the *Giudice di Pace* of Bitonto proposed the Court of Justice of the European Communities some references on 30 June 2004, in the cases of Vincenzo Manfredi against Lloyd Italico Assicurazioni (Case C-295/04), Antonio Cannito against Fondiaria SAI SpA (Case C-296/04), Nicolò Tricarico against Assitalia Assicurazioni SpA (Case C-297/04), Pasqualina Murgolo against Assitalia Assicurazioni SpA (Case C-298/04), received at the Court Registry on 13 July 2004, for a preliminary ruling on the following questions: «1. Is Article 81 of the Treaty to be interpreted as meaning that it renders void an agreement or concerted practice between insurance companies consisting of a mutual exchange of information which makes it possible to increase RC auto insurance policy premiums which are not justified by market conditions, including in view of the fact that undertakings from several Member States took part in the agreement or concerted practice? 2. Is Article 81 of the EC Treaty to be interpreted as meaning that it entitles third parties who have a relevant legal interest to rely on the invalidity of an agreement or practice prohibited by that Community provision and claim damages for the harm suffered where there is a causal relationship between the agreement or concerted practice and the harm? 3. Is Article 81 of the Treaty to be interpreted as meaning that for the purposes of the limitation period for bringing an action for damages based thereon, time begins to run from the day on which the agreement or concerted practice was adopted or the day on which the agreement or concerted practice came to an end? 4. Is Article 81 of the Treaty to be interpreted as meaning that where the national court sees that the damages that can be awarded on the basis of national law are lower than

However, the Italian United Sections fortunately seem to have taken the correct road, almost in the part in which they brought the original position of the Supreme Court closer to the European solutions, and showing that the safeguard of workable competition on the market is addressed to protect two apparently conflicting, but truly connected, fundamental rights: those of consumers and entrepreneurs (125).

In effect, as has been argued, the «acceptance of consumer rights as human rights...would enable them...to compete on an equal basis with other human rights values» (126). Therefore, European-wide, on the strength of the so called «principle of indivisibility» (127), article 16 («Freedom to conduct a business») of the *Charter of Fundamental Rights of European Union* (128) (article II-76 of the *European Constitution*) deserves to be considered together with article 38 of the same European Bill of Rights.

In the same way, in Italy, art. 41, I par., of the Constitution («Freedom of Enterprise») needs to be applied observing concomitantly art. 41, II par., but also art. 2 («Human Rights») and 32 («Health») of the *Lex Fundamentalis*.

---

the economic advantage gained by the infringing party to the prohibited agreement or concerted practice, should also award of its own motion punitive damages to the injured third party in order to make the compensable amount higher than the advantage gained by the infringing party and deter the adoption of agreements or concerted practices prohibited under Article 81 of the Treaty?». It should be noted that some years ago the *Giudice di pace* of Bitonto tried already to prompt such an intervention of the Court of Luxembourg, through the submitting of several interpretative issues to European judges, who were asked, in particular, «if it may be considered in contrast with Community competition law and/or with European fundamental principles (with special regard to art. 6, I par., and to art. 13 of the European Convention of Human Rights) the existence of one national normative similar to that provided in art. 3 of Italian Law n. 287/1990 that imposes consumers...to claim antitrust damages compensation before a judge different from that competent according to ordinary procedural rules». The Court of Justice did not answer the many interesting questions, declaring these preliminary references as inadmissible under EC law, by order of 11 February 2004, because of several procedural errors caused probably by the inexperience of the judge, who omitted to indicate «the factual and legal context of the questions», to «explain the factual circumstances on which those questions are based», and, above all, to «state anything further on the national provisions which it should interpret so as to comply with Community law, or disapply, as necessary».

(125) See par. 1 b of the recent decision n. 2207/2005 of the Court of Cassation.

(126) S. DEUTCH, *supra* n. 12, 541.

(127) See A. FERRARO, *supra* n. 109, 471-472.

(128) This article establishes that «the freedom to conduct a business in accordance with Community law and national laws and practices is recognised».

3.2. *The problem concerning individuation in Italy of the judicial authority having competence over the matter of consumer protection within the Market.*

Once it has been clarified that final consumers can be *ipso iure* numbered among the subjects holding the same relevant entitlements recognized to enterprises within Competition Law, the problem concerning the identification in Italy of the judicial authority having jurisdiction over the controversy in question seems also to have been solved (129).

In effect, according to what the Court of Cassation noted in ordinance no 15535 of 2003 (point 4.3.), «if the possibility to recognise consumers' right to claim according to article 33, paragraph 2 of Law no 287 of 1990 is proved, the solution of the whole issue will follow and will imply the acknowledgement of the competence of the Court of Appeal over these cases too» (130).

With these words, the Supreme Court Judges referred the matter to the United Sections of the Court, assessing «the matter of the utmost importance and bound to arise again in numerous cases» (131).

In reality, remembering the supranational nature of the question, which could involve the application of an important part of Community Law in the various EU States, it is perhaps justifiable to wonder whether it has been useful that even a decision such as this (procedural and not on the merits this time, but connected however to the more general one regarding the standing

---

(129) As it has correctly been evidenced by P. GIUDICI, *supra* n. 14, 74, the attribution to the *Giudici di Pace*, of the jurisdiction to decide in the field of consumer protection within antitrust led to paradoxical outcomes, in fact «since a contract exists, in order to apply the rules against unjustified enrichment the judge should declare the contract to be null and void and thereafter order restitution as payments were made without consideration. But the *Giudici di Pace* cannot declare a contract null and void, for Article 33(2) paragraph clearly gives, on the issue, exclusive jurisdiction to Courts of Appeal. Moreover, restitution should be in full and not partial. Partial restitution is equivalent to a judicial decision concerning the fair price, a ruling for which the theory of unjustified enrichment allows no room».

(130) C. SELVAGGI, «Disciplina della Concorrenza e del Mercato. Problemi di Giurisdizione e Competenza» (1993) 1 *Giurisprudenza Commerciale*, 243, has always been in favour of this thesis.

(131) Article 374, II par., of the Code of Civil Procedure, provides that in this event the final decision must be left to the United Sections of the Court of Cassation.

of consumers) has been taken by the Italian United Sections, without asking the opinion of the Court of Luxemburg (132).

This European Court of Justice is charged with ensuring «in the interpretation and application of the treaty that the law is observed» (art. 220 of EC Treaty) in all the *European Legal Area*.

It is clearly possible to argue that Community judges have limited themselves hitherto to only indicating guidelines for the Member State legislators, as regards the jurisdictional competence in this legal area, but their original self-restraint can not preclude them, if again involved in the matter, from the task of specifying more clearly how Competition Law must be applied in Europe, also with reference to the procedural rules (133).

On the other hand, it appears useful to remember what was established by the recent sentence in the *Courage* case, which

---

(132) It should be emphasized what Advocate General L. A. Geelhoed observed in his opinion, delivered on 26 January 2006, about the above mentioned joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04, «27...growing importance has been attached to private enforcement since the introduction of Regulation No 1/2003. 28. Soon after the EEC Treaty entered into force, the Court held that the prohibitions laid down in Articles 81 and 82 EC were directly effective and thus that the national courts should safeguard the rights which litigants can derive from those provisions. 29. Despite that case-law, private enforcement in Europe is still in its infancy, or at least it is clearly not practised on the scale familiar from other jurisdictions, especially that of the United States, where some 90% of antitrust proceedings are initiated by private parties. In the European Union the emphasis has traditionally lain on public enforcement, both by the European Commission and by national authorities. 30. The new rules created by Regulation No 1/2003 may provide greater scope and cause for private enforcement alongside public enforcement. This, in any case, is strongly advocated by the Commission. The advantages and/or desirability of private enforcement has been stressed in various policy documents, communications and speeches. Besides the sanction of invalidity ensuing from Article 81(2) EC, an advantage mentioned in this context is that national courts may award damages. A court should also give a ruling in any dispute brought before it, and it should protect the rights of individuals. As public enforcers, on the other hand, act in the general interest, they often have certain priorities, and not every complaint is therefore considered as to its substance. Furthermore, civil actions may have a deterrent effect on (potential) offenders against the prohibition of cartels and so contribute to the enforcement of that prohibition and to the development of a culture of competition among market operators. 31. The initiative for private actions must come primarily from those whose interests are protected by competition law. Consumers such as those involved in the current main action also fall into this category. The actions themselves are governed, subject to a number of general conditions laid down by Community law, by national procedural and private law. The *Courage* judgment, which will be discussed below, may stimulate an increase in the effectiveness of Articles 81 and 82 EC by civil-law means. The growth in private enforcement may, however, vary from one Member State to another, depending on procedural culture, the restrictions imposed on jurisdiction, rules on the burden of proof, the possibility of class actions, etc. The effectiveness of that enforcement is, of course, partly determined by the accessibility of the national courts. That concern also plays a part in the present case».

(133) See G. Rossi, «“Take Courage”!: La Corte di Giustizia Apre Nuove Frontiere per la Risarcibilità del Danno da Illeciti Antitrust» (2002) 2 *Il Foro Italiano* 91.

might be considered a *leading case* in the individuation of the principles (of «equivalence» and of «effectiveness») which must govern the national procedural rules in the subject it is dealing with (134).

The United Sections of Cassation seem to have partly acknowledged these guidelines, neutralising some strong doubts about the correct private enforcement of Competition Law in Italy.

Many reservations, especially with regard to the aforementioned «principle of equivalence», arose, in fact, in the event that a domestic rule appeared to acknowledge the competence of the *Giudice di Pace* over some compensation cases of antitrust damages.

In reality, this Italian solution, actually, introduced a «quasi-conciliatory application» of Competition Law (135) and, further, only for some cases; namely for those in which the claimant was a consumer (*idem est* the weaker party) rather than an enterprise (136).

The same perplexities emerge nevertheless, even after the last supreme judicial decision which, in order to guarantee a substantial equality among the two categories of claimants (enterprises and final consumers), has openly recognised the possibility of applying to the same judicial body, that is the Court of Appeal, according to art. 33 paragraphs 2, for both the plaintiffs (137).

---

(134) See par. 29 of this decision (recalled also by many judgments of the Italian Court of Cassation).

(135) The Italian sentence in comment seems to refer to the *Relation on politics of competition 1993* by the European Commission, GUCE, C 39, 1993, 6. See S. BASTIANON, «Intesa Illecita e Risarcimento del Danno a Favore della Parte Debole» 2001 *Danno e Responsabilità*, 1154. For this reason, the thesis of some British scholars, as D. SHAPIRO and R. BURNLEY, *supra* n. 71, 604-605, does not seem convincing. They suppose a «mediated resolution» for the antitrust affairs, as though the Competition issue could be considered similarly to a private matter.

(136) It is even questionable, on a more general level, that a *Giudice di Pace* decides according to equity (and unappealably) in some cases and according to Law in others. See the recent sentence of the Constitutional Court, n. 206/2004, declaring «the illegitimacy of art. 113 of Procedure Civil Code, in the part in which it does not provide the duty for *Giudice di Pace* to observe the legal principles informing the matter he is dealing with».

(137) For an analysis of the elements capable to facilitate the private enforcement of Competition rules, above all with regard to the «need for a simplification and specialisation of the competent courts», see E. TARDELLA and M. MAGGIORE, *supra* n. 16, 47-48.

In fact, as will be emphasized later, this statement deprives consumers of a degree of judgment, probably divesting them also of their fundamental «right to an effective remedy and to a fair trial» (138).

All these evaluations support the thesis, which this work would like to propose, that neither the traditional procedural solution, affirming the judicial competence of *Giudice di Pace*, nor the most recent one, definitively declaring the competence of the Court of Appeal, seem to be theoretically appropriate to grant end-users all the guarantees necessary to protect their rights (already asserted as human rights) to a free and lawful competition of enterprises in the market (139).

In fact, if the former does not appear to respect the «principle of equivalence», the latter seems to contravene the «principle of effectiveness» (140).

To complicate an already sufficiently confused scene, moreover, it is possible to add to such considerations that if end-users decide to act neither according to Law no 287 of 1990, nor to art. 2043 c.c., but with the purpose of claiming violation of the (fundamental) subjective rights affirmed in art. 140, paragraph 9, of the *Codice del Consumo*, they should bring actions for da-

---

(138) Several sentences, both of the Court of Luxemburg and of the Court of Strasbourg, indicate this right as a human right. See G. STROZZI, *supra* n. 123, 234-235. A definitive proof is the insertion of this right among the provisions contained, not only in the European Convention on Human Rights 1950 (art. 6), but also in the Charter of Nice (article 47).

(139) Advocate General L.A. GEELHOED, in his above mentioned opinion, observed «50. The principle of equivalence implies that the rules which apply to a claim based on European law must not be less favourable than those which govern similar claims under national law. There appears to be no indication of this, because a claim for damages can be filed either with the *Giudice di Pace* (in which case, it may be argued that preferential treatment is accorded) or with the *Corte d'Appello* (in which case a claim based on European law is accorded the same treatment as a claim based on national law). 51. Where the *Giudice di Pace* has jurisdiction for claims for damages relating to an infringement of European competition law, as in the present case, the question of the possible duration of the proceedings, and thus the question of a possible infringement of the principle of effectiveness, is irrelevant. I would point out — unnecessarily perhaps — that the duration and costs should be disproportionate if the exercise of the rights conferred by the Community legal system is to be frustrated».

(140) See M. NEGRI, *supra* n. 80, 749. M. HAZAN, «I rimborsi dei premi r.c.a.». 2003 *Contratti*, 2003, 906 and M.R. TUFARELLI, «La Corte di Cassazione di Fronte al Danno da Illecito Antitrust: un'Occasione Persa», (2003) 10 *Giustizia civile* 2149, seems to have a different opinion. This author, however, asserts the necessity for some correctives of the trial rules, in order to make the recourse to the Court of Appeal more accessible for consumers too.

mages compensation, which fall under the civil judges competence, according to ordinary rules (141).

Thus, it is *de facto* difficult to understand who must be considered the «natural judge pre-constituted by the law» having competence, in the absence of every elementary form of coordination between the various disciplines (142).

The solution could lie, alternatively, in the recognition of old remedies, yet specially adapted to the Competition Law field (143) (the possibility to create *ratione materiae* some Special Sections of the Ordinary Tribunal might be imagined) (144), or, even better, in the elaboration of new legal protection mechanisms (following the American Antitrust System, to which the Community discipline, no doubt, owes a vast number of its rules) (145).

The jurisdictional issue above is surely related to the kind of consequences that derive from the stipulation of «downstream contracts» by enterprises having given birth to an unjust «upstream agreement» (146).

As asserted in a certain doctrine, for instance, the *downstream contracts* concluded with consumers can be thought of as an immediate *proiezione* (projection), if not a relevant portion, of the same (*upstream*) anticompetitive agreements reached by the

(141) On the other hand, the ordinary judge has «jurisdiction on the cases of infringement of EU competition rules and of national rules brought pursuant to article 2043 of the Civil Code. In connection with these cases, the Corte d'Appello would ordinarily act as a second instance court in respect of judgment delivered by the Tribunale», argued E Tardella and M. MAGGIORE, *supra* n. 16, 45.

(142) Hence, the legal system once more permits the existence of a rule compromising of a fundamental right recognized in the same Italian Constitution (art. 25), as well as in a vast number of supranational documents.

(143) P. LE TOURNEAU, «De la Spécificité du Préjudice Concurrentiel» (1998) *Revue Trimestrielle De Droit Civil* 83 would seem to agree with this vision.

(144) G. ROSSI, «Antitrust e Teoria della Giustizia» (1995) *Rivista delle società* 1, is surely oriented to recognize the validity of a competition safeguard system founded on the main role of the ordinary judge. But also see M. SCUFFI, «I Riflessi Ordinamentali ed Organizzativi del Regolamento Comunitario n. 1/2003 sulla Concorrenza», 2004 (1) *Il Corriere Giuridico* 123-134. He proposes to follow the choice contained in the Legislative Decree 168/2003 reforming the Italian judicial system governing the enforcement of intellectual property rights, which has identified specialized divisions of Italian courts as having exclusive jurisdiction on such subject matters.

(145) See A. TOFFOLETTO, *supra* n. 1, 185-234.

(146) See M. NEGRI, *supra* n. 80, 757. The scholar rightly asserts that «the competence issue... actually constitutes a variable depending on the plaintiff's intentions, being possible to circumvent the competence of Court of Appeal through the presentation of a claim aimed to obtain a remedy different from antitrust damages compensation». In truth, the evident risk is that such a «dependent variable» is connected, not to a free choice of consumer, but to his financial capacity, with the paradoxal consequence that there could be «weak contractors» less protected just because they are not well-off.



enterprises; thus, it is logical to argue that even end-users can take legal actions before the Court of Appeal, claiming the declaration of invalidity both of the understanding *stricto sensu* and of the contract concluded downstream (147).

This would appear to be the solution given to the question by the United Sections of Cassation too.

### 3.3. *United Sections of Cassation's recent decision and the (apparently) definitive Italian solution of the matter.*

In sentence no 2207/2005 the judges of the United Sections of the Cassation affirmed, *ex cathedra*, for the first time that «the consumer, who is the final buyer of products offered on the market, comes at the end of the series beginning with the production of goods. Thus the unfair function of an anticompetitive agreement materializes exactly in the substitution of the end user's right to take a real choice among products in competition with an apparent choice. This occurs whichever is the instrument that concludes this unlawful process. It is not possible to attribute this instrument a juridical relief different from that of the agreement which it structures, since its functional connection with the upstream anticompetitive aim makes the former indivisible from the latter».

In this way, the supreme judges, finally resolved the matter of consumer protection in Italy within Competition Law, and, after correcting the wrong interpretations and solutions given by the various sections of the same Court of Cassation about the problem, tried somehow to justify questionable, if not strictly incorrect, normative solutions of the Italian legislator himself as regards antitrust.

This important decision in fact traces a synthetic historical-normative framework of the context in which Law no 287 of 1990 was approved, arguing particularly that, around the nineties, it was usual for the Italian Parliament to intervene normatively in a panorama still fundamentally turning on the logic of the Italian Civil Code, promulgated back in 1942 (148).

---

(147) This is the thesis held, *inter pluribus*, by E. SCODITTI, *supra* n. 7, 1129.

(148) Instead, the logic and the content of the antitrust discipline, aims at protecting a more general «juridical good» and not only the prejudice suffered by the entre-

However, as emphasized above, the most relevant strength of this Supreme Court sentence is to have finally aligned Italian Competition Law to the Community one. Following in the footsteps of the third section of Cassation 2003 ordinance, the judges of the United Sections quote expressly the *judicial-normative trend* marked by the European Court of Justice and observe that, it being impossible to ignore «the interpretative role of the Community principles in the subject» (149), it must be taken into account that «the *Courage* sentence, (453/1999) tends to extend the circle of subjects protected by competition normative rules, in a perspective that seems to the College to enhance the damages actions, just as a means able to maintain the effectiveness of the market competitive structure» (150).

With these evaluations the compensation remedy is finally opened to consumers, who can (and if they want to act, they must), exactly as enterprises, propose their antitrust claims to the Court of Appeal and no longer to the *Giudici di Pace* (151).

This last, apparently logical, procedural solution, that was as expected, has immediately manifested the controversial point of the judicial decision, involving an instinctive revolt of Italian

---

preneur because of an illegitimate agreement. In fact the Governmental Relation to law n. 287 of 1990 demanded to enable «all the third parties harmed by anticompetitive conducts to take action». Thus, in Italy the problem regarding the uncorrect application of Competition rules should be referred both to the ambiguous normative formulation, and to the erroneous hermeneutic interpretation of that law.

(149) Hence, although art. 1 of Italian Competition Act says that this law was emanated (only) in implementation of art. 41 of the Italian Constitution (which *prima facie* aimed to protect and guarantee free enterprise), and it only refers (generically) to the Community principles in the Competition field, this does not exclude the fact that the Italian rules can be considered unavoidably connected to the European ones. From this point of view, the provision contained in section 60 of the Competition Act 1998, seems to be much more rigorous and complete, establishing that «(1)...questions...are dealt with in a manner which is consistent with the treatment of corresponding questions arising in Community law in relation to competition within the Community. (2) At any time when the court determines a question arising under this Part, it must act (so far as is compatible with the provisions of this Part and whether or not it would otherwise be required to do so) with a view to securing that there is no inconsistency between...(b) the principles laid down by the Treaty and the European Court, and any relevant decision of that Court, as applicable at that time in determining any corresponding question arising in Community law. (3) The court must, in addition, have regard to any relevant decision or statement of the Commission».

(150) Par. 1.f of the decision 2207/2005.

(151) See G. CANALE, «I Consumatori e la Tutela Antitrust» in «[http://www.judicium.it/news/ins\\_31\\_03\\_05/consumatori%20e%20antitrust.htm](http://www.judicium.it/news/ins_31_03_05/consumatori%20e%20antitrust.htm) accessed on 5 May 2005».

Consumers' Associations and producing a series of first debates in the doctrine.

Indisputably, the recognition of the Court of Appeal competence assures decisions are taken by a judicial assembly more specialized and experienced in Community Law (152), but, at the same time, appears to work to the consumers' disadvantage insofar as it entails a significant increase of costs, evaluating the necessity of a technical defence and taking into account the territorial distribution of the Courts of Appeal in Italy (153).

In addition, such a type of action, although appearing advantageous for consumers to the extent that the loss of a tier of judgment produces a benefit in terms of a reasonable delay of trial, at the same time carries a drawback with regard to the removal of the double possibility of judicial revision to the detriment of the famous Italian unwritten constitutional principle of three degrees of judgment.

It is perhaps possible to answer these perplexities by observing that the future decisive step, which Italian and perhaps European Law could soon take, is the recognition of some innovative juridical instruments like class actions and treble damages (154).

#### 4. THE RISK OF NEW DISPUTES AMONG THE THREE (OR PERHAPS MORE) HIGH COURTS HAVING JURISDICTION IN THE SAME (HUMAN) RIGHTS OF CONSUMERS.

The Italian normative data, as interpreted by the judgment of the United Sections, if not followed by some suitable remedies,

---

(152) Many authors noted that the lack of skills of judges can represent a significant problem for the correct application of these important rules. As V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (London, Sweet&Maxwell, 5<sup>th</sup> edn., 1994), 134, said, «Few civil judges have the education or experience to deal effectively with problems of competition law». These considerations are all the more valid with regard to the *Giudici di Pace*.

(153) As it has been argued in the doctrine, «the exiguity of the "marginal" damage suffered by every single final consumer..., if compared with the costs of a trial, ends up by dissuading the majority of the injured parties from taking legal steps. The disproportion between the cost of the trial and the advantage obtainable by the single consumer..., risks to make merely theoretical the possibility, abstractly recognized, that consumers claim damages compensation actions against antitrust violations». M. NEGRI, *supra* n. 79, 748. For the problem of the so called «dispersed damages», see the solution arranged in Germany (*infra* n. 187).

(154) See H. VEDDER, *supra* n. 101, 13-14.

in relation to the procedural and substantive means of protection for end-users, doubtless bears a certain odour of illegitimacy in comparison with a series of Italian Constitutional rules, first of all those contained in articles 2 and 24(155).

Thus, if heated debates were aroused by the previous judicial solution, which had considered the consumers' right to a real jurisdictional protection as all in all guaranteed, only because of having arranged a less impervious, but also less protective, trial access for end-users (the recourse before the *Giudice di Pace*), the same controversies might emerge today because of the new position of Cassation (granting their standing before the Court of Appeal)(156).

In fact, despite the open recognition of this weaker contractors' entitlement to assert a sort of antitrust liability and to obtain compensation in damages from enterprises having acted unlawfully in the market, this solution gives the impression of making the appeal to this right absolutely inaccessible and uneconomic, this way reopening the whole question regarding the legitimacy of Italian normative solutions in comparison with the supranational ones, and particularly with those coming from the European Community.

This new clear divergence from EU legal choices might in the long run cause Italy, and other Countries still not aligned to the central rules, serious consequences.

It should not be forgotten that today the citizens of the Member States of the EU (which are all parties to the European Convention on Human Rights, ECHR, of Rome 1950) can rely on at least two instruments of supranational guardianship, to claim the protection of a subjective juridical situation in which they are recognized European-wide, but inadequately guaranteed at a national level(157). Along with the individual appeal to the Eur-

---

(155) Cf. I. NASTI, *supra* n. 81, 344.

(156) The evidence of the general discontent for the original juridical solution, which gave the *Giudice di Pace* the power to decide within consumer safeguard in the antitrust field, was the predisposition of a unique model of an individual claim before the Court of Strasbourg by a series of consumers' associations, for the violation of the fundamental right to the effectiveness of the jurisdictional protection (art. 6).

(157) These considerations are all the more valuable with regard to human rights, consumers' rights included. For a schematic reconstruction of all the possible protection mechanisms of such rights in Europe, see A. FERRARO, «Le Disposizioni Finali della Carta di Nizza e la Multifforme Tutela dei Diritti dell'Uomo nello Spazio Giuridico Europeo» 2005, 2 *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 503-581.

opean Court at Strasbourg to claim the protection of a right granted by the ECHR against a negligent State (158), more than a decade ago, the possibility, also within the EU system, for private people to claim for the damage suffered because of a «serious breach» of Community Law caused by a State has been established (159). This action, if necessary, can be taken after having stimulated the national judges proposition of a preliminary ruling to the Court of Justice, according to art. 234 of EC Treaty (160).

Therefore, the possibility that a claim asserting the violation of art. 6 of the EHRC be proposed before the Court of Strasbourg through the agency of some Consumers' Associations might not be considered absolutely groundless (161); while before the Court in Luxemburg a recourse could be taken with regard to the breach of European Competition rules, articles 2, 3 and 81 of the Treaty of Rome, for instance, caused by an incorrect application, both legislative and judicial, of their provisions in Italy (162).

It is common knowledge, however, that the preferable domestic judicial way to avoid such drastic remedies could be to re-

---

(158) It is generally known that art. 35 of the European Convention on Human rights already provides the possibility that a single citizen, who feels damaged in one of his fundamental rights, claims before the Court of Strasbourg, once tried all the national ways of recourse. A decision such as the most recent one of the United Section, allows an «exhaustion of all domestic remedies» to be discussed.

(159) See par 33 of the European Court of Justice Ruling cases C-6/90 and C-9/90 *Andrea Francovich, Danila Bonifaci and others v Italian Republic* [2001] ECR I-5357, but also par 20 and 51 of the ECJ Ruling Cases C-46/93 and C48/93 *Brasserie de Pêcheur versus Bundesrepublik Deutschland and The Queen versus the Secretary of State for Transport (ex parte: Factortame)* [1996] ECR I-1029. L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario* (Milano, Giuffrè 2000), 261-262 shed light on the fact that «a breach of Community Law is "manifest and serious", when it continues in spite of a preliminary ruling or a consolidated jurisprudence of the European Court of Justice...and it cannot be asserted that a previous sentence of this Court is indispensable in order to verify the subsistence of the conditions of such a breach».

(160) For this reason, in the Italian Motor Insurance case, it would have been beneficial to suspend judgment before the Court of Cassation, according to art. 295 of the Civil Procedure Code, asking the European Court of Justice for a preliminary ruling. Art. 295 c.p.c. («Necessary Suspension»), after the amendment made by art. 35 of the Law n. 353 of 26 November 1996, establishes that: «The judge arranges that the process is suspended in any case in which himself or another judge must resolve a controversy, the solution of which the decision of the suspended case depends on».

(161) This article deals precisely with the «Right to a fair trial».

(162) See the decision of the European Court of Justice, case C-224/01 *G. Köbler c. Republic of Austria* [2003] ECR I-10239, declaring that «an infringement of Community law will be sufficiently serious where the decision concerned was made in manifest breach of the case-law of the Court in the matter».

sort to the mechanisms of *consistent interpretation* (163) and even of the *disapplication of national rules* (and direct application of supranational ones) (164), which seem to already be available in both cases of normative conflict between European and national rules (165).

Moreover, the chance in Italy to stimulate the delivery of the whole issue regarding consumer protection within Competition Law to another authoritative national justice, the Italian Constitutional Court, might be argued, contemplating the «strong circumstantial evidence» of unconstitutionality that can be ascribed to article 33, II paragraph, of Law no 287/1990 (contrast with articles 2, 3, 11, 24 and 41 Cost.) (166).

The illegitimacy of this Law could lie not only in the lack of an expressed mention of consumers among the subjects legitimated to claim for the «antitrust damage» compensation, but also in the non-provision of appropriate instruments to safeguard those weak contractors' (fundamental) rights (167).

Taking into account this combination of judicial competences and claim, which could theoretically involve at least three (or four, considering the possibility of new interventions of the Court of Cassation) «absolute» jurisdictional authorities, it is

(163) See the following cases: 14/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR I-1891, C-106/89 *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* [1990] ECR I-4135, C-271/91 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (II) (Teaching)* [1993] ECR I-4367, Case C-91/92 *Faccini Dori v Recreb Srl* [1994] ECR I-3325, C-321/93 *Peterbroek* [1995] ECR I-282. Reading these sentences it is possible to agree with the theory in accordance with which «national judges hold the right to root antitrust damages compensation directly in the Community dispositions», as I Nasti says, *supra* n. 80, 347, «since, considering the European jurisprudence, it is reasonable to conclude that the national judicial authority is, in deficiency of a domestic normative *ad hoc*, given “*carte blanche*”, in the sense that he can, as far as his own discretionary power permits him it, choose between the several norms more or less adaptable to the concrete case, in order to prepare an effective protection for the damaged contractor».

(164) In the specific field of Competition Law, worthy of consideration is the recent case C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) in Common Market Law Review* (2004) 3, with annotation by P. NEBBIA 839-851. See the useful considerations of I. BRINKER, *supra* n. 52, 173.

(165) See A. FERRARO, *supra* n. 154, 522-525.

(166) See G. FINOCCHIARO, «Solo con la Questione di Legittimità si può Contestare la Strada Scelta dal Legislatore» (2003) 5, *Guida al diritto*, 73.

(167) The risk could at this point be, considering the possibility of a coexistence of two possible claims before two different supranational judicial organisms, that, once more, the two European Courts reach divergent conclusions on analogous issues, with all the consequences that this would involve in legal certainty terms. See A. FERRARO, *supra* n. 103, 706-710.

certainly possible to agree that in this political and judicial arena «the match played is essential to give the Community Competition Law and the internal implementation legislations a value of effectiveness and efficiency realizable only through an immediate and incisive safeguard of final consumers, this being the last objective of Competition Law and of the economic politics of the State» (168).

5. CONCLUSIONS. THE NEED FOR THE EUROPEAN STANDARDIZATION OF NATIONAL MODELS AND SOLUTIONS, BOTH SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL, TO ANTITRUST LAW.

The issue concerning Competition Law and Consumer Protection already presents features which cannot be considered, in any case, only nationally, but need common political decisions and legal solutions, at least in Europe (169).

All the more so, it would be right to remember that the EU is directing its steps towards a deep and perhaps irreversible juridical integration (170), which, according to many Private Law Italian scholars, could hold about three different forms and degrees: *unificazione* (unification), *uniformazione* (standardization) and *armonizzazione* (harmonization) (171).

The first one consists of entrusting the central, namely European, bodies with both the legislative statements and the correlated juridical applications, excluding national authorities from every autonomous decisional power in those sectors. The second one lies instead in providing that legislative decisions are origi-

---

(168) I. NASTI, *supra* n. 81, 347.

(169) D. SWANN, *supra* n. 20, 233, being ahead of his time, talked, as long ago as the end of the seventies, about an «International Dimension» (this is the title of his work Chapter 7) of the matter, emphasizing that «a glance at many of the antitrust statutes of Western countries might suggest that the antitrust problem is purely domestic in character since these laws are largely, sometimes exclusively, concerned with restrictions affecting the home market. But there is in truth no reason to expect that the antitrust problem ends at the water's edge. Just as firms collude in fixing prices and allocating customers in home markets, so they concert policy in fixing export prices and allocating the world market. Indeed, a wide range of anti-competitive phenomena are to be found at the international level».

(170) Nevertheless some authors predicted the necessity to face a federalistic approach of Competition Law many years ago. See P. MARSDEN, «Inducing Member State Enforcement of European Competition Law: a Competition Policy Approach to Antitrust Federalism» (1997) *European Competition Law Review* 234.

(171) For the debate in Italy on these topics see G. BENACCHIO, *supra* n. 17, 14-20 and N. SCANNICCHIO, *supra* n. 99, 55-65.

nated from a central power, but leaving implemental decisions to national judges. The third type of European integration model, harmonization, which is in effect the least penetrating and invasive, would consist of permitting the numerous home disciplines to remain in force, polishing just their excessive differences and/or avoiding the possibility that they may constitute an obstacle for the fulfilment of Community goals (172).

In the matter of Competition Law, the EU has seemed to prefer the standardisation form, as the most recent *para-constitutional normative decisions* appear to confirm (173).

It would not be correct, in fact, to talk about a European attempt to unify the domestic disciplines in this legal sector, because the recent *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty* is the definitive proof of the desire to create a link only between the Community judges and the national ones, leaving to the latter greater and greater power in the application of supranational Competition rules (always respecting the famous principle of loyal cooperation, according to art. 10 EC) (174). On the other hand it is not possible to think that European Institutions content themselves with the simple harmonization of Member States' rules in this delicate area of EU Law: in fact it is difficult to find directives aiming to give this Community Policy execution or implementation (175).

European Competition Law appears thus oriented towards rather centralized forms of integration (albeit exclusively from the

---

(172) The typical means for the realization of this bland form of integration have always been the principle of mutual recognition (see, *inter alios*, the case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR I-1989) and the directives (which, according to art. 249 EC, bind the Member States only for the goals they have to reach)...The adverse effects of this «soft integration» have been the so-called «reverse discriminations» (the duty to accept the free circulation of goods and services produced or coming from other States, could paradoxically cause a discrimination for the domestic products or services) and the «bear harmonizations» (having to accept the income of goods meeting the discipline of their origin States, every Country, in order not to discriminate the domestic enterprises, ends up by conforming its domestic rules to the disciplines of the other States, although less protective and more liberal). See N. SCANNICCHIO, *supra* n. 98, 163-171.

(173) For this reason the theory of H. VEDDER, *supra* n. 101, 5-21, appears susceptible to some criticisms.

(174) Cf. M. DRAHOS, *Convergence of Competition Laws and Policies in the European Community* (The Hague, Kluwer Law International, 2001), *passim*.

(175) See the European website itself «<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation> accessed on 5 May 2005».



legislative point of view and not from the judicial one), even if the Member States have probably not completely accepted that (176).

Hence, it seems inconsistent with this supranational choice to allow the existence of so many and divergent disciplines in Europe, with regard to both substantive and procedural aspects (177). Also because the tolerance of domestic legislation, such as that of the UK, excessively more rigid in comparison with the rest of the Old World Countries, besides obstructing a full European juridical integration (178), could in the long run represent a real «technical barrier» to the entry of foreign enterprises in the UK territories (179) (making them the worst, not «the best place in the world to do business») (180).

This is the reason why it would be hoped that the European legislator, or the authority carrying out a *paralegislative task* (the Court of Justice), takes sides and clarifies the correct way to read

---

(176) The same resistance to a deep integration may be noted in the closely specific field of consumer protection itself. See T. WILHELMSSON, *supra* n. 18, who argues that «European consumer protection has in many countries been developed from above, by the State. The supervision of consumer markets is entrusted, for example in the very state-oriented Nordic countries, to bodies such as the Consumer Ombudsmen, which are state authorities. Also, in the United Kingdom the regulators have confidence in state authorities, such as the Office of Fair Trading. In countries like Germany and France, where consumer organisations do fulfil an important supervisory function, they are heavily subsidised by the state. “European consumer law” is clearly more state-oriented than the American — even though the US “information and litigation” model today is influencing thinking in Europe, especially at the EC level».

(177) Also R. WHISH, *supra* n. 62, 39, wonders «whether a national authority could impose more stringent conditions and obligations before sanctioning an agreement than those required by the EC Commission», but in addition to this doubt, which the European Court of Justice answered in the negative in the case 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR I, another one could be raised, concerning the possibility that a Member State provides extremely harsh Competition protection forms, in comparison with all the other EU Countries. Obviously only the Community judges could *ex cathedra* answer this question. Cf. J. JOSHUA and D. KLAWITER, «The UK “Criminalization” Initiative» (Summer 2002) 16 *Antitrust* 68, 72.

(178) In the landmark Wilhelm case the European judges emphasized that the «application of the national law may not prejudice the full and uniform application of the Community law». See M Furse, *supra* n. 121, 179.

(179) Actually, it would not perhaps be so wrong to wonder whether the provision which it is dealing with might be considered as a *measure having equivalent effect* (forbidden by art. 43-48 and 49-55 of the EC Treaty, and by the art. III-137/150 of the European Constitution), capable to lead to a real violation of the EC art. 12 and 13 (enacting the principle of equal opportunity, now also art. III-123/129 of the European Constitution). It should not be forgotten that, although *indiscriminately applied* (i.e. both to foreign and national goods and services), some national rules can create discrimination to foreign enterprises, which, to keep to the subject, knowing the (excessively) severe British Competition discipline could be deterred to operate in the UK.

(180) See the UK Government's White Paper, «Productivity and Enterprise: A World Class Competition Regime», Cm 5233, Chapt 7, 31 July 2001.

Competition Law in Europe, also explaining if the Community rules (and indirectly the national ones) in this legal field can be assessed as having merely an administrative nature, or may be rightfully considered as subject to assuming civil and/or even criminal features too (181).

Today the existence of three different and non-coordinate types of procedures concerning a sanction arouses many doubts, not only with reference to the right of a fair trial within a reasonable time (182), but also to art. 1, 16 and 49 of the Charter of Nice, above all if some Countries provide criminal sanctions for anticompetitive conducts (183). In fact, punitive measures such as those introduced recently in the UK (imprisonment and disqualification for many years) could unequivocally condemn an enterprise to complete bankruptcy, not solely to a rational or even exemplary penalty, in this way contravening the European general principle of the «proportionality of criminal offences and penalties» (184). On the other hand, rules, which are mainly administrative, similar to those chosen in Italy, have almost always proved themselves inefficient and less protective for consumers and for the market (the Italian *Motor Insurance case* is an incontrovertible example) (185). Probably, once again, «*in medio stat virtus*» (Horace).

As has been correctly emphasized, «by making Article 81 as a whole, directly effective, the Commission is basically inviting

---

(181) See H. VEDDER, *supra* n. 101, 10.

(182) See R. NAZZINI, *supra* n. 67, 484.

(183) Consider, for example, the rules existing in Austria, Belgium, Denmark, France, Germany, Greece, Ireland, Luxembourg. See J. JOSHUA, «A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct» (2002) 23 *The European Competition Law Review* 231-245.

(184) Art. 49 of the Charter of Nice, in its 3<sup>rd</sup> par., establishes that «the severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence». Thus, many doubts about the obedience to this European principle (and even human right) arises with regard to the criminal penalties decreed for some cases by the Enterprises Act 2002, if it is considered that a similar five year term of imprisonment is fixed in Italy as a maximum penalty to punish very serious crimes such as manslaughter (Art. 589 of the Italian Criminal Code); criminal association (art. 416); family or child abuse (art. 572); incitement or help to suicide (art. 580); fraud (art. 640). Also in the opinion of the Charter of Nice writers, the restriction of one's own individual freedom seems to be considered as *extrema ratio*, or last remedy for the hypothesis in which it is not possible to guarantee the general-protective and private-punitive (or re-educative) function of the criminal penalty.

(185) For an overview of this issue within EU Law, see JONES, «Private Antitrust Enforcement in Europe: a Policy Analysis and Reality Check» (2004) 27 *World Competition* 13-24.

private parties to enforce this provision among themselves...this takes the enforcement of EC competition law down the civil law route» (186). Also because «the European Union has no criminal law jurisdiction» (187), thus the existence of divergent sanction systems in the Community and the Member States could create problems of integration not only horizontally (*idem est* among the different EU Countries, as stated earlier), but also vertically (in the relationship between the Community legislation and the national one), in every case hindering the objectives of the European Treaties.

Nevertheless, the supranational legislator (and indirectly the *ensemble* of the 25 EU Member State government representatives) would therefore have the task of deciding whether the (at the moment prevalent) solutions of administrative and civil nature, adequately strengthened of course (through the introduction of punitive damages and class actions, for instance), are sufficient to guarantee the enforcement of Competition Law in all the *European Legal Area* (188).

It is useful to repeat that, in order to carry out this nomothetical task, the EU could turn to several legal models and solutions already experimented with successfully in other sectors of the law, or in other Countries, like in the US (189) or in Germany (190).

---

(186) H. VEDDER, *supra* n. 101, 16.

(187) See J. JOSHUA and D. KLAWITER, *supra* n. 177, 67-69.

(188) J. JOSHUA, «Competition law enforcement — Criminalisation, cartels, leniency & class actions: a look into the future» (2005, October) *Competition Law Insight* 6 argued that, «European legislation creates no right to sue for damages, although member states must provide the appropriate procedural structures to allow for private competition law enforcement. There is no pan-European structure for private actions, so plaintiffs have to sue in one of many different legal traditions, court systems and channels for appeal».

(189) In the Clayton Act, s. 4, 15 U.S.C. § 15, «it is well established in US law that any person injured in their business or property by reason of anything forbidden in antitrust laws may sue for three times their damages plus a reasonable attorney's fee» says C. WHITERS, *supra* n. 56, 254, «indeed, private enforcement is an important component of antitrust enforcement in the United States». The same researcher (269), in addition, underlines that it «would be wrong to characterise U.S. antitrust legislation as penal in nature and therefore unenforceable in an English Court simply by virtue of the availability of treble damages under section 4 of the Clayton Act...Actions under U.S. antitrust law by private individuals can be viewed as remedial, rather than penal in nature and are characterised in U.S. law as private civil tort claims. They permit individual claimants to enforce U.S. antitrust laws in their own interests and for the protection of their own private rights».

(190) Although this legislation, also after the 2004 amendment, seems to provide no standing for consumers (but only for consumer's Associations) there are relevant pro-

This way, a uniform special antitrust system of deterrence and punishment would be established in all the Member States, repealing in part also the original domestic rules of civil responsibility (191). To deprive each European Law of some cornerstones, or even juridical conquests, in order to reach greater achievements, like the foundation of a true European Constitutional system, might not actually be harmful to any of them.

Such a strong intervention would instead have the merit of definitely clarifying the position of consumers as weak subjects in the market, with special regard to their chance to act directly and individually against enterprises' anticompetitive behaviours, and to explain in what form their pretensions can be protected both from the substantive point of view (by giving legitimation, also in Europe, as mentioned, to the American concept of punitive damages) (192), and from the procedural one (by predisposing models of class actions and jury trials, inspired again by the US procedural means, valid for all the Member States) (193).

Only by taking similar decisions, could the aim imposed by art. 3 of the EC Treaty (and art. I-3 and III-130/132 of the European Constitutional document) definitely be realised (194).

---

tective rules in sec 8-10 of the new UWG, dealing with the civil remedies and bearing «a new form of sanction, namely the right to skim off profits enforceable in particular by competition associations, chambers of industry and commerce and chambers of trade. This applies primarily to those cases where many consumers are affected but with only minor individual damage (damage dispersion). Previous practice has shown that the parties affected have generally waived enforcement of their claims so that this type of violation had ultimately gone unpunished. The associations can now request the skimmed off profits in the case of systematic violations of fair competition principles». See U. BÄUMER "Reform of the German Law against Unfair Competition" (2004) 13 *German American Law Journal* "<http://www.amrecht.com/baeumeruwg2004.shtml> accessed on 5 May 2005". G. ZETTEL «Das Neue Gesetz Gegen den Unlauteren Wettbewerb» (2004) *Monatsschrift des Deutschen Rechts* 1040, appears to be against this new normative solution.

(191) See P. GIUDICI, *supra* n. 14, 83-84.

(192) A great resistance in Italy could come from the disposition contained in article 1123 of the Civil Code, as which «Compensation of damages for failure to perform the contract or delay in the performance shall comprise both the actual damage and the profit lost by the creditor, in so far as they are the immediate and direct consequence thereof». NONETHELESS, D. SWANN, *supra* n. 20, 315 «if fines or damages are to deter, they must be sufficiently high to wipe out the gains from collusion, and this also means taking account of the probability of detection. If a corporation finds that collusion produces £1 million more profits than competition, then *ceteris paribus*, a fine of £ 1 million will not deter it if the prospect of detection is 4 to 1 against — the fine has to be £ 4 million».

(193) Cf. G. CONSOLO, «Class Actions Fuori dagli USA?» (1993) *Rivista di Diritto Civile* 653-683.

(194) T. WILHELMSSON, *supra* n. 19, *passim*, argued that «from the practical point of view of contractual relations between enterprises in different countries, a harmo-

Moreover, what someone defined as an «ideological harmonisation» (195), which would avoid the risk of phenomena such as «forum shopping» (196) or the uncertainty about the type of competent jurisdiction or applicable law (197), could be promoted more successfully. Furthermore, consumers' human rights to a complete and fair protection in the EU might be adequately guaranteed.

Thus, although it is not possible to think about a global statement or standardization of Competition rules and Consumer Law, also because the principle of subsidiarity would not at this moment permit the institution of centralized control structures, Europe however could represent a matchless example for the entire world of a complete and consistent antitrust system, homogenised among many Countries of the same supranational political-legal structure.

Finally, this instance might constitute an important step toward a possible and perhaps desirable process of elaborating common rules, at European level for the present, and one day, maybe, at a global one (198).

#### ABSTRACT

Although it is common knowledge that the main goal of Competition Law is the protection of consumers, in many European laws (including the Italian one) until some months ago, these weak contracting parties have not been granted the entitlement to invoke antitrust rules. Starting

---

nisation of such regulation does not seem very urgent. However, from the point of view of a common market area, the need for harmonisation of this level looks quite different. In the creation of an integrated market, special attention is attached to regulation which affects the operation of this market. Intervening national regulations may constitute technical barriers to trade. Variation in the national regulation in force in different countries may also distort competition. The aim of harmonisation may thus be to create equal conditions for competition by eliminating the distorting factors».

(195) *Idem, passim.*

(196) See G. SCANNICCHIO, *supra* n. 99, 55-65 and H. VEDDER, *supra* n. 101, 19.

(197) See C. WITHERS *supra* n. 54, 271.

(198) D. SWANN himself, *supra* n. 20, 259, proposing and hoping for a new antitrust control system based on a supranational structure (with «an International Commission on Restrictive Business Practices serviced by a secretariat»), but aware of the existence of radical «differences» and possible reluctances «to countenance intrusions on their sovereignty», suggested that «a gradualist approach is therefore appropriate». See also P. MARSDEN, «A WTO "rule of reason"», (1998, October) *European Competition Law Review* 530.

---

with an analysis of a recent Italian case (the *Motor Insurance Case*) in which the anticompetitive behaviour (upstream agreements) committed by many enterprises caused negative effects directly to final consumers, because of the (downstream) contracts stipulated by the former with the latter, this work investigates the possibility of postulating the existence of consumers' human rights in the market today and to shed light on the opportunity to establish a standardised framework of procedural (class actions) and substantive (punitive damages) instruments of protection, which could be appropriate to guarantee a high-quality enforcement of Competition Law in the *European Legal Area*.



FRANCESCA SPAGNUOLO

**IL GREEN PUBLIC PROCUREMENT  
E LA MINIMIZZAZIONE DELL'IMPATTO AMBIENTALE  
NELLE POLITICHE DI ACQUISTO DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE**

SOMMARIO: I. Le principali linee-guida in materia di *Green Public Procurement*: il contesto internazionale ed europeo. — II. I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici. — III. La normativa nazionale sugli «acquisti verdi» della Pubblica amministrazione. — IV. Il «*green purchasing*» nelle Agende 21 locali. — V. La scelta dei prodotti ambientalmente preferibili nelle politiche pubbliche di acquisto. — VI. Considerazioni conclusive.

I. *Le principali linee-guida in materia di Green Public Procurement: il contesto internazionale ed europeo.*

L'adozione dell'«*Action Plan for the Human Environment*», avvenuta nel 1972, al termine della Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano(1), sancisce la responsabilità dei governi nazionali nella promozione di uno sviluppo economico compatibile con la tutela dell'ambiente e la conservazione delle risorse naturali esauribili. Il Piano d'azione, che contiene 109 Raccomandazioni volte a realizzare un programma globale di valutazione e management ambientale, è incentrato sul monitoraggio e lo scambio di informazioni tra le autorità nazionali e le agenzie internazionali(2).

---

(1) Cfr. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm 1972.

(2) A tale scopo, in seguito alla Conferenza di Stoccolma, si è proceduto, nello stesso anno, alla creazione dell'*United Nation Environment Programme* — UNEP, al fine di supportare l'azione delle autorità, nazionali, regionali ed internazionali nel settore delle politiche ambientali. Per informazioni sulla struttura, le funzioni e l'attività degli organi che gestiscono il programma si veda il sito internet [www.unep.org/resources/gov/](http://www.unep.org/resources/gov/).



Gli orientamenti emersi durante la Conferenza di Stoccolma sono stati, successivamente, ripresi e sviluppati dalla *World Commission on Environment and Development* (WCED), istituita nel 1984, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, allo scopo di elaborare una strategia ambientale per il futuro. Il Rapporto finale, intitolato «*Our Common Future*» (meglio noto come Rapporto Brundtland, dal nome della Presidentessa della WCED), promuove un nuovo modello di sviluppo fondato sul concetto di sostenibilità (3), ovvero sull'idea che il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente non debba compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri (4), secondo una definizione che riprende, in sintesi, le conclusioni del Rapporto sui limiti dello sviluppo elaborato dal Club di Roma e destinata ad influenzare i piani, i programmi e le politiche di azione ambientale promosse ai diversi livelli di governo nei decenni a seguire (5). Al fine di realizzare, nella pratica, i principi contenuti nel Rapporto Brundtland, a venti anni dalla Dichiarazione di Stoccolma e trascorso un decennio dall'«*Earth Summit*» di Rio de Janeiro (6), gli oltre 190 Paesi partecipanti al *World Summit on Sustainable Development* sono, infine, pervenuti, nel 2002, all'adozione di un apposito piano di azione sullo sviluppo sostenibile, nel quale, le autorità pubbliche, ad ogni livello di governo, si impegnano a promuovere politiche di acquisto «*that encourage de-*

---

(3) WCDE, A/42/427, 4 Aug. 1987.

(4) *Ib.*, punto 27.

(5) Il Club di Roma è un'associazione non governativa che dall'anno della sua fondazione (1968) si propone di stimolare la riflessione e il dibattito sui cambiamenti della società contemporanea. Nel 1972, con la pubblicazione del Rapporto sui limiti dello sviluppo, il Club richiamò l'attenzione sulla limitata disponibilità delle risorse naturali, predicendo le conseguenze della crescita economica sull'ecosistema terrestre, cfr. D. Meadows, (a cura di), *I limiti dello sviluppo. Rapporto del System Dynamics Group-MIT per il progetto del Club di Roma sui dilemmi dell'umanità*, Milano, 1972, si veda anche il recente aggiornamento curato dalla stessa Autrice «*Limits to Growth. The 30-Year Update*», London, 2005.

(6) L'«*Earth Summit*», ovvero la prima Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo, si è tenuta a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, al termine del vertice, gli Stati partecipanti, all'incirca 170, hanno sottoscritto una Dichiarazione che definisce, in 27 principi, diritti e responsabilità dei Paesi membri nei confronti dello sviluppo sostenibile, (*on line* sul sito <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>). Nel corso della Conferenza i partecipanti hanno, inoltre, sottoscritto un documento denominato Agenda XXI contenente un programma di azione ambientale per il XXI secolo orientato a tradurre nella realtà i principi dello sviluppo sostenibile, anche quest'ultimo documento è reperibile *on line* sul sito internet del Dipartimento delle Nazioni Unite per gli affari economici e sociali ([www.un.org/esa/sustdev/documents/docs\\_key\\_conferences.htm](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/docs_key_conferences.htm)).

*velopment and diffusion of environmentally sound goods and services» (7).*

Il «*Plan of Implementation*» segue di pochi mesi una Raccomandazione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, nella quale è contenuto il primo riferimento ufficiale alla performance ambientale degli appalti pubblici ed un invito ai governi degli Stati membri ad adottare politiche di approvvigionamento rispettose dell'ambiente, basate sull'analisi dell'intero ciclo di vita dei prodotti (*Life Cycle Assessment — LCA*) (8) e del costo ambientale di beni e servizi (9).

Il ricorso a forme di *Green Public Procurement* (GPP), ovvero a modalità di acquisto che consentono alla Pubblica amministrazione di inserire criteri di qualificazione ambientale nella domanda di beni e di servizi, è infatti percepito, nel contesto internazionale, come un utile strumento per conciliare l'interesse economico dell'ente con il rispetto dei principi dello sviluppo sostenibile. La percezione da parte dei governi nazionali della necessità di sostenere, attraverso politiche pubbliche, la creazione di un «mercato verde» si è accompagnata, negli anni più recenti, all'impegno da parte delle autorità sub-statali ad attuare una strategia condivisa per la promozione dello sviluppo sostenibile, attraverso la costituzione di una rete internazionale dei governi locali e la diffusione di buone prassi (10). La cooperazione tra le autorità locali, il cui ruolo fondamentale nella gestione dell'ambiente è espressamente riconosciuto nella stessa Dichiarazione di Rio (1992) (11), è stata ulteriormente rafforzata, anche a livello europeo, attraverso la previsione di comuni strategie di sostenibili-

---

(7) *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, A/CONF.199/20, § III, p. 19 lett. c). Il World Summit on Sustainable Development (WSSD), si è svolto a Johannesburg dal 26 Agosto al 4 Settembre 2002. Il Piano di azione e gli altri documenti prodotti nel corso del vertice sono consultabili *on line* sul sito internet [www.johannesburgsummit.org/](http://www.johannesburgsummit.org/).

(8) L'analisi del ciclo di vita implica la quantificazione e la valutazione degli impatti ambientali di un prodotto lungo l'intero ciclo di vita.

(9) *Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement*, 23 Jan. 2002, 2002 C (2002) 3, preceduta, nel 2000, da una guida pratica dal titolo «*Greener Public Purchasing. Issues and Practical Solutions*» realizzata dal Working Party on Pollution Prevention and Control on Greener Public Purchasing, Paris, 2000, sulla quale si veda anche quanto osservato *infra*, § V.

(10) Cfr. la Dichiarazione di Gauteng, sottoscritta dai rappresentanti di 22 governi regionali partecipanti all'*Earth Summit* di Rio de Janeiro, tra cui, per l'Italia, la Regione Toscana.

(11) Principio 22 della Dichiarazione di Rio de Janeiro, *cit.*

lità, basate principalmente sullo sviluppo di Agende 21 locali (12), sull'attivazione di partenariati pubblico-privati e sul *Green Public Procurement*, considerato lo strumento più efficace per sviluppare modelli di produzione e di consumo eco-compatibili.

L'attenzione dell'Unione europea per questi temi (13) e, più in particolare, per il *Green Public Procurement* è tuttavia risalente al 1996, allorché la Commissione europea, pubblicando il suo primo Libro Verde sugli appalti pubblici ha ammesso la possibilità di conciliare la politica comunitaria del mercato interno con la politica sociale ed ambientale (14). Il documento in questione è solo il primo di una serie di atti di «*soft law*» adottati dalle istituzioni europee al fine di sviluppare e chiarire le possibilità offerte dalla normativa europea per dare preferenza a prodotti o servizi ecologici o rispondenti a particolari obiettivi sociali (15).

In maniera esplicita, il GPP è poi menzionato nel VI Programma di azione ambientale dell'Unione europea, il quale inseri-

---

(12) Un Agenda 21 locale è un programma di azione ambientale, previsto dal Capitolo 28 della citata Dichiarazione di Rio de Janeiro, alla cui progettazione e pianificazione concorrono insieme alle amministrazioni locali, le imprese, le associazioni e più in generale l'intera comunità territoriale. Nel 1994 durante la Conferenza delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile, tenutasi ad Aalborg (Danimarca) dal 24 al 27 maggio, 80 amministrazioni locali e 253 organismi internazionali hanno firmato la c.d. «Carta di Aalborg», un documento nel quale si impegnano ad attuare l'Agenda 21 a livello locale. A distanza di un decennio, dal 9 all'11 giugno 2004, gli enti locali europei hanno riconfermato il loro impegno approvando 10 «Aalborg Commitments» che individuano le nuove priorità per lo sviluppo dell'azione locale, cfr. il documento disponibile *on line* in lingua italiana alla pagina internet [http://www.aalborgplus10.dk/media/aalborg\\_commitments\\_italian\\_final2.pdf](http://www.aalborgplus10.dk/media/aalborg_commitments_italian_final2.pdf).

(13) Il primo programma comunitario di azione ambientale risale agli anni 70 ed è pressoché contemporaneo alla Conferenza di Stoccolma, con la quale condivide l'obiettivo di richiamare l'attenzione degli Stati sulla necessità di integrare considerazioni di carattere ambientale nelle politiche economiche nazionali. In questa prima fase anche l'interesse della Comunità europea per la politica ambientale è, infatti, dovuto, essenzialmente, a motivazioni economiche, come osserva A. MARZANATI, *Lo sviluppo sostenibile*, in *Studi sulla Costituzione europea*, (a cura di) A. LUCARELLI-A., PATRONI GRIFFI), Napoli, 2003, 143 e ss. I successivi programmi pluriennali rispecchiano, invece, l'evoluzione della politica ambientale comunitaria verso considerazioni più ampie di protezione delle risorse naturali e di miglioramento della qualità dell'ambiente, come suggerisce l'adozione a livello europeo di una precisa strategia dello sviluppo sostenibile. Sul punto cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000, punti 9 e 17 e del successivo Consiglio europeo di Göteborg del 15-16 giugno 2001, § 19-32.

(14) Libro verde della Commissione europea sugli «*Appalti pubblici dell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*», del 27 novembre 1996, COM (96) 583 def.

(15) Si vedano anche il Libro bianco della Commissione europea su «*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*», COM (98) 143 def., 1 marzo 1998; la Comunicazione interpretativa su «*Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*» del 4 luglio 2001, COM (2001) 274 def. e quella su «*Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*» del 15 ottobre 2001, COM (2001) 566 def.

sce, tra gli approcci strategici per la realizzazione degli obiettivi ecologici, la promozione di una politica di appalti pubblici «verdi» che consenta di tener conto delle caratteristiche ambientali dei prodotti e dei servizi e di integrare nelle procedure di acquisto della Pubblica amministrazione considerazioni inerenti il loro ciclo di vita (16). Proprio lo sviluppo del concetto di «ciclo di vita ambientale» rappresenta il punto di partenza di una politica integrata dei prodotti (*Integrated Product Policy-IPP*) fondata sul miglioramento delle prestazioni ambientali dei beni e dei servizi. Tale politica, che secondo la Commissione europea è «uno strumento potenzialmente molto efficace per tener conto della dimensione ambientale dei prodotti», si pone l'obiettivo essenziale di ridurre l'impatto delle attività produttive, ricorrendo ad un approccio il più possibile orientato al mercato (17). Peraltro, poiché gli appalti pubblici occupano una parte importante dell'economia europea (all'incirca il 16, 3% del PIL), lo sviluppo di una politica di *Green Public Procurement* può contribuire significativamente al raggiungimento, nel mercato interno, degli obiettivi di sostenibilità ambientale concordati a livello internazionale. In questa direzione sembra procedere anche la più recente normativa comunitaria in materia di appalti pubblici (18), nella quale, per la selezione degli operatori economici, è espressamente autorizzato il ricorso a criteri ambientali (e sociali) (19).

## II. *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici.*

La protezione dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile rientrano a pieno titolo tra gli obiettivi dell'azione e delle politiche comunitarie (20), come conferma l'inserimento nel

---

(16) Cfr. Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002 che istituisce il VI Programma di azione in materia ambientale, in *GUCE* L 242 del 10 settembre 2002, art. 3 punto (6).

(17) Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla «*Politica integrata dei prodotti*» del 18 giugno 2003, COM/2003/302 def.

(18) Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e postali, in *GUCE* L 134 del 30 aprile 2004, 1 e Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi, *ibidem*, 114.

(19) In generale sul diritto comunitario dell'ambiente cfr. L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002.

(20) Artt. 2 e 6 TCE.

Trattato che istituisce la Comunità europea di un apposito Titolo sulla politica ambientale(21).

Per realizzare obiettivi quali la salvaguardia dell'ambiente, la protezione della salute umana, l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali e la promozione di misure internazionali destinate alla soluzione di problemi ambientali su scala mondiale(22), l'Unione europea ha voluto integrare la dimensione ambientale in tutte le sue politiche, inclusa quella del mercato interno, di cui, come visto, gli appalti pubblici rappresentano una quota importante. Tale integrazione non è stata, tuttavia, priva di difficoltà, data la priorità riconosciuta, in questo settore, ad obiettivi di natura economica, quali la libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone o la tutela della concorrenza(23). Difatti, malgrado il dibattito sull'inserimento di considerazioni di carattere ambientale nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sia stato avviato già a metà degli anni Novanta, l'introduzione nella legislazione comunitaria di un riferimento esplicito alle esigenze ambientali (e sociali) correlate con l'aggiudicazione di una gara è avvenuto solo di recente, con l'adozione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE(24).

Tali Direttive — che rifondono in un unico testo quelle adottate nei primi anni Novanta per coordinare, separatamente, le procedure di aggiudicazione di lavori, forniture e servizi (rispettivamente dir. 93/37/CEE, dir. 93/36/CEE e dir. 92/50/CEE)(25) — recepiscono le indicazioni emerse in sede giurisprudenziale e

---

(21) Titolo XIX (artt. 174-176) TCE. Nella Costituzione europea un riferimento esplicito allo sviluppo sostenibile dell'Europa e della Terra e ad un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente è contenuto sia nella parte relativa alla definizione degli obiettivi dell'Unione europea (art. I-3 co. 3 e 4), che in quelle dedicate ai diritti fondamentali e di cittadinanza dell'Unione (art. II-97) e alle sue competenze (artt. III-19, II-292 co. 2 lett. d ed f).

(22) Articolo 174 TCE.

(23) In generale sulla disciplina degli appalti pubblici nel contesto comunitario si veda G. MORBIDELLI-M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI-G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Milano, 1997, 213, nonché il più recente V., SALVATORE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Milano, 2003.

(24) Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE cit. Per un primo commento alle quali si veda S. ARROWSMITH, *An Assessment on the New Legislative Package on Public Procurement*, in *CMLR*, 2004, 1277 e R. WILLIAMS, *The New Procurement Directives of the European Union*, in *PPLR*, 2004, 153 e J. ARNOULD, *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations of the New Directives*, *ibid.*, 190, R. GAROFOLI-M. A. SANDULLI, (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 e nella legge comunitaria 62/05*, Milano, 2005.

(25) Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in *GUCE* L 209, 1; Direttiva 93/

chiariscono quali sono le possibilità riconosciute alle entità appaltanti per utilizzare criteri di aggiudicazione relativi al rispetto dei requisiti ambientali (e sociali).

In precedenza, le modalità offerte dal diritto comunitario al fine di integrare valutazioni di ordine extraeconomico nella fase di scelta del contraente e di aggiudicazione di un appalto pubblico, erano state individuate sia dalla Commissione europea che dal giudice comunitario.

Con riferimento, in particolare, ai criteri ambientali, la prima, nel suo Libro bianco su «*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*» aveva riconosciuto la possibilità di inserire la tutela dell'ambiente nei criteri di selezione degli operatori economici e negli aspetti che possono servire ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa (26), purché tali criteri servissero a verificare le capacità economiche, finanziarie e tecniche dei candidati e implicassero «un vantaggio economico attinente alla prestazione oggetto dell'appalto» (27). Successivamente, in un'apposita Comunicazione interpretativa, la Commissione, pur specificando che «l'introduzione di nuove possibilità oltre a quelle offerte dal diritto vigente, implica l'intervento del legislatore comunitario», aveva analizzato le varie fasi della procedura di gara, individuando le modalità attraverso cui le esigenze di carattere ambientale potevano concretamente assumere rilevanza. Così nella determinazione dell'oggetto dell'appalto era stata riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di dare preferenza a prodotti o servizi ecologici; mentre, nella fase di selezione dell'offerente era stata ammessa la possibilità di valutare le capacità dei candidati mediante il ricorso a parametri ambientali (quali per esempio l'adesione dell'operatore economico ad un sistema di gestione ambientale (28)), ma a condizione che il bando

---

36/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in *GUCE* L 199,1; Direttiva 93/37/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in *GUCE* L 199, 54.

(26) Il diritto comunitario prevede che l'aggiudicazione di un appalto debba essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Ne consegue che gli unici criteri di aggiudicazione applicabili siano quello del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero dell'offerta che risponda al miglior rapporto qualità-prezzo.

(27) Libro bianco *cit.*, 27.

(28) Il sistema di gestione ambientale (SGA) è l'insieme delle strutture organizza-

d'appalto richiedesse specificamente il possesso di tale requisito. Nella fase di aggiudicazione, infine, data l'assenza di riferimenti normativi espliciti, eventuali criteri ambientali potevano rilevare, secondo la Commissione, solo nella misura in cui essi comportassero un vantaggio economico collegato al prodotto o al servizio oggetto dell'appalto (29).

Il giudice comunitario, dal canto suo, ha per primo ammesso che criteri di natura non strettamente economica potessero essere adottati dall'ente appaltante deciso ad attribuire un appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella celebre sentenza «*Beentjes*», la Corte di giustizia ha, infatti, riconosciuto che una condizione specifica supplementare (di ordine sociale), quale la capacità dell'operatore economico di provvedere all'impiego di disoccupati stabili, poteva risultare compatibile con la normativa comunitaria sugli appalti pubblici di lavori (30), purché espressamente menzionata nel bando e non direttamente o indirettamente discriminatoria nei confronti degli offerenti provenienti dagli altri Stati membri (31). Nella giurisprudenza successiva, tale orientamento ha trovato conferma, anche con riferimento ai criteri ambientali (32), ed in particolare nella sentenza *Concordia Bus Finland*, nella quale il giudice comunitario ha osservato che «l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici (...), purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capito-

---

tive, delle procedure e delle risorse utilizzate per incrementare l'efficienza ambientale di un'azienda. A livello europeo, il SGA più utilizzato è l'*Environmental Management and Audit Scheme* (EMAS), uno strumento di politica ambientale introdotto con il Regolamento n. 93 (in *GUCE* L 168 del 10 luglio 93, 1) che prevede l'adozione volontaria da parte delle imprese di una Dichiarazione Ambientale convalidata da un certificatore accreditato e fondata su politiche, programmi e procedure di sostenibilità ambientale. A livello internazionale il sistema di gestione ambientale più diffuso è l'ISO 14001 (pubblicato dall'*International Organization for Standardization* nel 1996), il quale definisce i requisiti organizzativi e gestionali di tipo ambientale che un'organizzazione deve soddisfare per ottenere il riconoscimento della certificazione di gestione ambientale.

(29) COM (2001) 274 def., *cit.*, 14-19 e COM (2001) 566 def., *cit.*, 6-12.

(30) Nello specifico si trattava della Dir. 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, sostituita dalla Dir. 93/37/CEE del Consiglio, modificata dalla Dir. 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in *GUCE* L328 del 28 novembre 1997,1.

(31) Sentenza della Corte di giustizia delle CE del 20 settembre 1998, nella causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV*, in *Racc.*, 1998, 4635.

(32) Sentenza 17 settembre 2002, nella causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, in *Racc.*, 2002, 7213.

lato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione (33)». Nella medesima sentenza, la Corte ha sostenuto che un criterio di aggiudicazione di natura ambientale non deve necessariamente avere una dimensione economica, né apportare un vantaggio economico diretto o indiretto all'amministrazione aggiudicatrice (34). I giudici europei hanno favorito, in questo modo, l'integrazione, nel diritto comunitario degli appalti pubblici, di considerazioni di carattere ambientale fondate sulla valutazione complessiva dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione di un appalto, piuttosto che sulle sole esigenze economiche dell'amministrazione aggiudicatrice.

Con l'adozione delle Direttive del 2004 è stata, infine, espressamente riconosciuta alle entità appaltanti la possibilità di prendere in considerazione fattori di ordine extra-economico in ciascuna delle diverse fasi della procedura di gara, a partire dalla determinazione dell'oggetto dell'appalto fino alla definizione delle condizioni di esecuzione. In quest'ultima fase, l'amministrazione aggiudicatrice potrà, infatti, stabilire condizioni di esecuzione dell'appalto rispondenti a particolari criteri ecologici, purché compatibili con il diritto comunitario e precisate nel relativo capitolato d'onori, nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara (35). Similmente, nella formulazione delle specifiche tecniche — vale a dire nella fissazione delle prescrizioni di ordine tecnico che definiscono e qualificano le caratteristiche dell'opera da realizzare, del prodotto o del servizio da fornire — le amministrazioni possono prescrivere caratteristiche ambientali, quali, per esempio, un determinato metodo di produzione. Le Direttive prevedono, inoltre, la possibilità di utilizzare, le specifiche definite dall'etichettatura ecologica (nazionale, europea o multinazionale) (36), «purché i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed

---

(33) *Ibidem*, punto 1) del dispositivo della sentenza.

(34) Si veda in particolare il punto 105 delle Conclusioni alla causa C-513/99, *cit.*

(35) Art. 26 Dir. 2004/18/CE, *cit.* ed art. 38 Dir. 2004/17/CE, *cit.*

(36) L'etichettatura ecologica attesta il basso impatto ambientale di un prodotto o di un servizio, assicurandone la conformità alle disposizioni di legge in materia di sanità, sicurezza ed ambiente. Il sistema di etichettatura ecologica utilizzato nell'Unione europea è l'Ecolabel, definito dal Regolamento n. 1980/2000 (in *GUCE* L 237 del 21 settembre 2000, 1) e assegnabile a circa 20 categorie di prodotti, tra i quali la carta da ufficio ed i personal computer.



adottati in base a informazioni scientifiche mediante un processo cui possano partecipare le parti interessate, quali gli organi governativi, i consumatori, i produttori, i distributori o le organizzazioni ambientali e purché l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate» (37).

Per la scelta del contraente, l'entità appaltante, potrà ricorrere a parametri di selezione ambientali, richiedendo, per esempio, agli operatori economici, il rispetto di norme di gestione ambientale o la presentazione di certificati rilasciati dalle competenti autorità di certificazione ambientale (38). Naturalmente, una tale richiesta dovrà risultare appropriata e giustificata dalla natura dei lavori o dei servizi oggetto dell'appalto, cosa che, se da un lato limita le possibilità di ricorso ai criteri in questione, dall'altro, ne impedisce un uso strumentale.

Con riferimento alla fase di aggiudicazione vera e propria, allorché l'amministrazione aggiudicatrice decida di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione dovrà fondarsi sui criteri economici e qualitativi preliminarmente indicati dall'amministrazione. Tali criteri, che possono includere i requisiti ambientali, (1) non devono conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, ma devono (2) risultare collegati all'oggetto dell'appalto; (3) essere espressamente menzionati e (4) rispettare i principi del Trattato in materia di libertà di circolazione, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco e trasparenza (39).

Malgrado l'inserimento nella disciplina comunitaria degli appalti pubblici di norme che ammettono, espressamente, la possibilità di tener conto di aspetti ambientali, solo un numero assai limitato di Paesi membri dell'Unione europea si è avvalso regolarmente di criteri ecologici per l'aggiudicazione dei contratti pubblici. Secondo una recente indagine, elaborata su richiesta della Commissione europea, soltanto 7 Stati membri, su 25, avrebbero adottato un approccio nazionale al GPP ed utilizzato costantemente un sistema di management ambientale nelle proprie politi-

---

(37) Sul punto v. *Considerando* (29) della Dir. 2004/18/CE, *cit.* ed *Considerando* (42) della Dir. 2004/17/CE, *cit.*

(38) Art. 48 comma 2 lett. f) e art. 50 Dir. 2004/18/CE, *cit.* ed art. 53 Dir. 2004/17/CE, *cit.*

(39) *Consid.* (1) Dir. 2004/18/CE, *cit.*, *Consid.* (1) Dir. 2004/17/CE, *cit.*

che di acquisto (40). Il dato più elevato si registra in Svezia, dove il ricorso ai criteri ambientali riguarda l'aggiudicazione di oltre il 50% degli appalti pubblici; mentre in Italia gli appalti ecologici rappresentano solo il 7% dei contratti conclusi dalle amministrazioni pubbliche (41).

### III. *La normativa nazionale sugli « acquisti verdi » della Pubblica amministrazione.*

Le Direttive comunitarie del 2004 sono state recentemente recepite, nel nostro ordinamento, dal Codice dei contratti pubblici, il quale coordina — e in parte abroga — la legislazione preesistente in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, dettando, per i contratti di importo inferiore alle soglie di valore stabilite dalla normativa europea (42), una disciplina conforme a quella vigente per i contratti «soprasoglia», nell'intento di eliminare le disparità di regolazione sussistenti tra il livello nazionale e quello comunitario (per esempio in materia di procedura negoziata o con riguardo ai concorsi di progettazione) (43). Per quanto concerne più in particolare il «greening» delle procedure di appalto pubblico, il Codice accoglie le indicazioni contenute nella legislazione comunitaria inserendo, nella parte relativa ai principi, un esplicito richiamo alla tutela dell'ambiente e alla

---

(40) Cfr. *Presentation of the intermediary report of a study on the State of play of Green public procurement in the EU, UK presidency event*, London, 27-28 Oct. 2005, consultabile *on line* sul sito internet [www.europe.eu.int/comm./environment/gpp/media.htm#state](http://www.europe.eu.int/comm./environment/gpp/media.htm#state). I Paesi virtuosi, i c.d. *Green* — 7, sono l'Austria, la Danimarca, la Finlandia, la Germania, i Paesi Bassi, la Svezia, la Gran Bretagna.

(41) A. OCHOA-C. ERDMENGER, *Study contract to survey the state of play of green public procurement in the European Union*, Freiburg, 2003.

(42) Le soglie di valore stabilite dalle Direttive del 2004 sono state aggiornate dal Regolamento della Commissione n. 2083/2005/CE (in *GU* L 333 del 20 dicembre 2005) e corrispondono a 137.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati da autorità governative centrali, 211.000 euro per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle governative centrali e 5.278.000 euro per gli appalti pubblici di lavori, quest'ultimo valore è invariato per gli appalti pubblici di lavori rientranti nella sfera di applicazione della Direttiva 2004/17/CE, mentre per le forniture ed i servizi la soglia di valore è di 422.000 euro.

(43) Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», in *GU* n. 100 del 2 maggio 2006, S.O. 107, adottato in attuazione della delega al Governo contenuta nella legge comunitaria 2004 (Legge 18 aprile 2005, n. 62, in *GU* 96 del 27 aprile 2005, S.O. 76). Per un primo commento cfr. P., DE LISE, *Presentazione del nuovo codice degli appalti*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 1/2006, *on line* alla pagina internet: [http://www.giustamm.it/new\\_2006/ART\\_2405.htm](http://www.giustamm.it/new_2006/ART_2405.htm).

promozione dello sviluppo sostenibile e, nelle parti successive, norme volte ad introdurre — tra i requisiti di capacità tecnica e professionale dei soggetti esecutori di lavori pubblici e fornitori di servizi — il rispetto di misure di gestione ambientale, come pure il riferimento ai criteri ambientali per la definizione delle specifiche tecniche, di condizioni particolari di esecuzione dell'appalto e per l'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (44).

Con specifico riguardo alle politiche di acquisto pubbliche, in Italia, considerazioni di carattere ambientale sono state introdotte, per la prima volta, alla fine degli anni Novanta, con l'adozione di atti normativi volti a favorire la promozione di strumenti di gestione ambientale, l'analisi del ciclo di vita dei prodotti, lo sviluppo del marchio ecologico e la determinazione di condizioni di «*green procurement*» (45). In siffatto contesto si inseriscono i due Decreti Ronchi, con i quali si è proceduto, dalla fine degli anni Novanta, all'emanazione di norme finalizzate ad incrementare l'acquisto, da parte delle amministrazioni pubbliche, di beni a basso impatto ambientale. Il primo, adottato in attuazione della normativa comunitaria sui rifiuti, risale al 1997 e prevede l'adozione, da parte delle Regioni, di norme volte a coprire il fabbisogno annuale di carta negli uffici pubblici, con una quota di carta riciclata pari almeno al 40% del fabbisogno stesso (46). Il secondo, di un anno successivo, riguarda la mobilità sostenibile nelle aree urbane e stabilisce che le amministra-

---

(44) D.lgs. 163/2006, artt. 2, 40, 41, 44, 68, 69, 83.

(45) Per quanto riguarda in termini generali la legislazione nazionale in materia ambientale è opportuno sottolineare che è solo a partire dalla seconda metà degli anni 80 che l'ambiente inizia ad essere considerato in maniera autonoma dalle altre discipline attigue, come si evince, anche, dalle scelte di tipo organizzativo, quali la creazione di un apposito Ministero dell'ambiente (L. 8 luglio 1986, n. 349, in *GU* n. 162 del 15 luglio 86 Supp.Ord. n. 59), dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente — ANPA (D.L. 4 dicembre 1993, n. 496 conv. in legge con modificazioni dall'art. 1 comma 1 L. 21 gennaio 1994, n. 61, in *GU* n. 285 del 4 dicembre 93) e di altre amministrazioni pubbliche (autorità di bacino, enti parco, autorità regionali per la protezione ambientale e via dicendo). Più diffusamente sull'evoluzione della normativa nazionale in materia ambientale cfr. F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2003, Tomo II, Parte speciale, 2015 e ss.

(46) Decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, «Attuazione delle Direttive 91/156/CE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio», in *GU* n. 38 del 15 novembre 1997, Supp. Ord. n. 33, art. 19, comma 4. Il D.lgs. 22/97 è stato di recente abrogato dal Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 «Recante norme in materia ambientale», in *GU* n. 88 del 14 aprile 2006, S. O. n. 96, sull'attuazione del quale v. quanto osservato *infra* nota 82.

zioni statali, regionali, locali, gli enti gestori di servizi pubblici e di pubblica utilità (sia pubblici che privati), nel rinnovo annuale del loro parco veicolare, provvedano all'acquisto di una quota di autoveicoli elettrici, ibridi, o con alimentazione a gas naturale, GPL, o carburanti alternativi con pari livello di emissioni, dotati di dispositivo per l'abbattimento delle emissioni inquinanti, nelle percentuali e nei tempi espressamente indicati (47). Lo stesso Decreto individua regole e definizioni affinché le Regioni adottino disposizioni, destinate agli enti pubblici e alle società a prevalente capitale pubblico, a garanzia dell'acquisto di beni e manufatti realizzati con materiale riciclato per almeno il 30% del fabbisogno annuale (48).

La legislazione italiana successiva ha introdotto ulteriori considerazioni di carattere ambientale finalizzate a favorire una politica di « *green purchasing* » all'interno della PA, prevedendo che le amministrazioni pubbliche a livello centrale, regionale e locale, oltre che i gestori di servizi di pubblica utilità (pubblici e privati), nell'acquisto di pneumatici di ricambio per le loro flotte di autoveicoli e di autoveicoli commerciali e industriali, debbano riservare una quota all'acquisto di pneumatici ricostruiti, pari ad almeno il 20% del totale (49).

Ma è soprattutto con la definizione di una « Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia » che il nostro ordinamento si è dotato di un programma pluriennale di azione ambientale, basato sull'individuazione di strumenti, obiettivi, aree tematiche principali ed indicatori utili per il monitoraggio dell'attuazione del programma, anche da parte delle Pubbliche amministrazioni (50). La Strategia, disponendo che « la protezione e la valorizzazione dell'ambiente vanno considerati come fattori trasversali di tutte le politiche settoriali, delle relative programmazioni e dei conseguenti interventi », individua nelle amministrazioni pubbliche i soggetti promotori di ulteriori iniziative le-

---

(47) Decreto Ministeriale 27 marzo 1998, Mobilità sostenibile nelle aree urbane, in *GU* n. 179 del 3 agosto 1998, art. 5 comma 1.

(48) *Ibidem*, art. 1.

(49) Legge n. 448 del 28 dicembre 2001 recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2002) in *GU* n. 301 del 29 dicembre 2001, Suppl. ord. n. 285.

(50) Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia. Deliberazione 2 agosto 2002, n. 57 in *GU* n. 255 del 30 ottobre 2002, Suppl. ord. n. 205.

gislative finalizzate al conseguimento degli obiettivi di politica ambientale in essa prefissati (51).

Al fine di conseguire gli obiettivi programmatici, il documento, che è stato adottato in vista del *World Summit* di Johannesburg, prevede espressamente il «greening» delle procedure di acquisto da parte delle amministrazioni pubbliche (52), in linea con le indicazioni già emerse in sede OCSE e nel VI Piano di azione ambientale dell'Unione europea (53).

Tra gli strumenti che possono servire a facilitare gli «acquisti verdi» nella PA, la Strategia menziona la predisposizione di guide di riferimento specifiche per ciascun prodotto, l'adozione di politiche integrate di prodotto basate sull'analisi del ciclo di vita, la stipula di accordi di programma (con gruppi industriali e associazioni di categoria) mirati a sviluppare prodotti, servizi e pratiche ambientalmente compatibili (54). Secondo gli obiettivi prefissati, entro un periodo di cinque anni, i prodotti acquistati dalle amministrazioni pubbliche dovranno rispondere a criteri ecologici in misura non inferiore al 30%, mentre il parco dei beni durevoli dovrà risultare a ridotto consumo energetico, almeno in proporzione pari al 30-40% del totale. Per realizzare il programma di azione ambientale, il Ministro dell'Ambiente ha proceduto, con proprio decreto, alla definizione di un complesso di regole affinché negli uffici pubblici e nelle società a prevalente capitale pubblico vengano utilizzati, nelle percentuali stabilite, manufatti prodotti con materiale riciclato (55).

Le indicazioni operative per l'attuazione del Decreto 203/2003 sono state, successivamente, elaborate in una serie di circolari ministeriali contenenti, per ciascun prodotto, la definizione del materiale di riciclo, l'elenco dei manufatti e dei beni da esso ottenuti, la metodologia di calcolo della percentuale di prodotto da acquistare, nonché i criteri per valutarne la congruità economica (56).

---

(51) *Ibidem*, art. 1 comma 3 e 4.

(52) *Ibidem*, art. 1, comma 5.3.4.

(53) Cfr. *Policies to Enhance Sustainable Development — Meeting of the OECD Council of ministerial level*, 16 Mar. 2001, consultabile *on line* ([www.oecd.org/dataoecd/47/22/18698000.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/47/22/18698000.pdf)).

(54) Strategia di azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia, Capitolo 6, punto 3.

(55) Decreto ministeriale 8 maggio 2003, n. 203 in *GU* n. 180 del 5 agosto 2003.

(56) Al momento le circolari ministeriali adottate riguardano i seguenti prodotti:

A livello sub-nazionale gli enti locali hanno, invece, elaborato principalmente discipline di settore, volte ad incentivare forme di *Green Public Procurement* per l'acquisto dei prodotti più in uso all'interno degli uffici pubblici (57). In alcuni casi, la normativa regionale sugli «acquisti verdi» ha preceduto quella nazionale — per esempio nel settore della carta riciclata — ed ha interessato anche gli enti, le aziende e gli istituti dipendenti dalla Regione o a prevalente capitale pubblico (58). In altri casi, l'osservanza delle norme contenute nella legislazione regionale ha rappresentato condizione necessaria per accedere ad ulteriori finanziamenti destinati ad interventi in campo ambientale (59).

In generale, la legislazione nazionale e regionale è servita, tuttavia, solo da cornice per pratiche ambientali avviate in maniera autonoma da singole amministrazioni pubbliche provinciali e comunali, impegnate, nel contesto delle cosiddette «Agende 21

---

tessile e abbigliamento (Circolare 8 giugno 2004 in *GU* n. 145, del 23.06.2004), plastica (Circolare 4 agosto 2004, in *GU* n. 191, del 16 agosto 2004), carta (Circolare 3 dicembre 2004, in *GU* n. 293, del 15 dicembre 2004), legno e arredo (Circolare 3 dicembre 2004, in *GU* n. 294, del 16 dicembre 2004), ammendanti (Circolare 22 marzo 2005, in *GU* n. 81 del 8 aprile 2005), settore edile e stradale (Circolare 15 luglio 2005, in *GU* n. 171 del 25 luglio 2005) articoli in gomma (Circolare 19 luglio 2005, in *GU* n. 172 del 26 luglio 2005), oli minerali usati (Circolare 31 gennaio 2006, in *GU* n. 34 del 10 febbraio 2006).

(57) Nel nostro ordinamento la tutela dell'ambiente — il cui fondamento costituzionale si ritrova nel combinato disposto degli articoli 9 e 32 della Costituzione — è materia rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117 comma 2 lett. s) Cost. italiana); spetterebbe, quindi, al legislatore statale il potere di garantire una tutela uniforme sul territorio nazionale, mediante la definizione di standard minimi di tutela vincolanti i legislatori regionali. Nondimeno, la tutela dell'ambiente non sembra configurabile, secondo la Corte costituzionale (sent. 26 luglio 2002, n. 407 con nota di M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 1/2003, 331 e ss.) «come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come «valore» costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia «trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale». Sul valore «costituzionale» dell'ambiente e sugli orientamenti della Corte Costituzionale in tale materia, anche alla luce della giurisprudenza più recente, si veda G., D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 3 e ss.

(58) Cfr. Legge regionale Valle d'Aosta, n. 46 del 5 settembre 1991, in *BUR Valle d'Aosta*, 17 settembre 91, n. 42; Legge regionale Basilicata, n. 25 del 24 maggio 1993, in *BUR Basilicata* 25.05.93, n. 21.

(59) V. art. 51, Legge regionale Veneto, n. 3 del 21 gennaio 2000, in *BUR Veneto* 25 gennaio 2000, n. 8.

locali», in attività di formazione ed informazione sulle politiche di «green purchasing».

#### IV. *Il «green purchasing» nelle Agende 21 locali.*

L'attuazione a livello locale del programma di azione ambientale per il XXI secolo, adottato dai Paesi partecipanti alla Conferenza di Rio de Janeiro del 1992, è avvenuta — con esiti difformi sul piano nazionale — mediante la predisposizione di appositi piani e progetti di sviluppo sostenibile, realizzati con il coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche e delle comunità locali.

In considerazione del fatto che molti dei problemi e delle strategie delineate sul piano internazionale hanno origine a livello locale, la partecipazione e la cooperazione delle autorità sub-statali sono ritenute, nella stessa Agenda 21, fattori determinanti per il perseguimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile. Per questa ragione il documento citato, nel rispetto del principio di sussidiarietà, invita le amministrazioni pubbliche al dialogo con i cittadini, con le imprese e le organizzazioni territoriali, in vista dell'adozione di un programma di azione ambientale che, fondandosi sulla consultazione ed il consenso, possa rispondere meglio alle necessità ambientali del territorio (60).

Secondo un'indagine svolta dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (APAT) (61), il successo di un'Agenda 21 locale dipenderebbe, difatti, in larga parte, dal rispetto di alcuni passaggi operativi essenziali, tra cui rientrano la capacità dell'ente locale di coinvolgere i cittadini e le forze sociali; la creazione di un forum inclusivo di tutte le categorie e gli

---

(60) Agenda XXI Ch. 28 para. 3. Sui principi costituzionali applicabili in materia ambientale si veda M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; ID. *Legislazione statale*, cit.; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, 74 e ss e D'ALFONSO, *op. cit.*, 67-68.

(61) L'APAT è stata istituita nel 1999 (art. 38 D. lgs. 300 del 30 luglio 1999, in *GU* del 30.08.1999, n. 203 Sup. ord.) per svolgere compiti e attività tecnico-scientifiche di interesse nazionale relative alla protezione dell'ambiente, alla tutela delle risorse idriche e alla difesa del suolo. L'APAT fonde in sé l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA) ed il Dipartimento per i servizi tecnici nazionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri; è dotata di autonomia tecnico-scientifica, regolamentare, organizzativa, gestionale, patrimoniale, contabile e finanziaria, pur restando sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Ministero dell'ambiente e al controllo della Corte dei Conti.

interessi della comunità; il monitoraggio e la valutazione delle azioni poste in essere; l'adozione formalizzata di un Piano d'azione ambientale che impegni l'ente promotore e la comunità locale ad attuare i programmi predisposti; l'implementazione effettiva delle misure programmate; la verifica ed il controllo permanente sull'attuazione del piano e sull'efficacia delle misure adottate; la divulgazione dei risultati conseguiti e lo scambio di esperienze ed informazioni con altre realtà territoriali (62).

Al fine di promuovere le esperienze positive in corso, le Agende 21 italiane hanno creato, nel 1999, un apposito coordinamento (A21 Italy) costituito da una rete di città e territori impegnati nella diffusione dei principi e dei progetti di sviluppo sostenibili attivati a livello locale (63). Il coordinamento si propone di promuovere iniziative di sostenibilità ambientale e di favorire la costituzione di gemellaggi tra gli enti locali italiani, come pure la comunicazione con l'Unione europea e le altre reti internazionali (e.g. l'*International Council for Local Environmental Initiatives-ICLEI*) (64). Proprio all'interno di tali reti sono state avviate, negli ultimi anni, iniziative specifiche per la diffusione di politiche di acquisto sostenibili, come il programma BIG-Net «*Buy It Green Network*» che coinvolge i responsabili comunali per gli acquisti verdi di cinquanta amministrazioni pubbliche, appartenenti a 20 diversi Stati membri dell'ICLEI. Il programma, che si propone di divulgare buone prassi, fornisce anche assistenza tecnica agli enti locali che partecipano alle campagne dell'organizzazione, tra cui la recente «*Procura +*» avviata nel 2004, con l'obiettivo di contribuire all'implementazione di forme di *Green Public Procurement* per l'acquisto di talune categorie di prodotti e servizi (65).

---

(62) Cfr. *Agenda 21 Locale 2003. Dall'Agenda all'Azione: linee di indirizzo ed esperienze*. APAT, Manuali e Linee Guida 31/2004, Roma, 2004, 45 e ss.

(63) La costituzione ufficiale del coordinamento delle Agende 21 locali italiane è avvenuta con la firma, da parte di alcune amministrazioni pubbliche riunite a Ferrara, il 29 aprile 1999, di una «Carta», nella quale le PP. AA. si impegnano, tra l'altro, a promuovere i processi di sviluppo sostenibile a livello locale, a monitorare, diffondere e valorizzare le «*best practices*» ed a concorrere alla costruzione di un contributo italiano al movimento internazionale delle Agende 21.

(64) Tra i partners stranieri del Coordinamento A21 Italy vi sono l'Associazione dei Comuni brasiliani (ABM), il Comitato francese per l'Ambiente e lo sviluppo sostenibile (Comité 21), e la spagnola XARXA de Ciutat i Pobles cap a la Sostenibilitat.

(65) Nella fattispecie la campagna «*Procura +*» riguarda le forniture di elettricità da fonti rinnovabili, l'acquisto di apparecchiature IT e computer per ufficio a rispar-



In Italia, le prime iniziative locali di «*green purchasing*» risalgono agli anni Novanta, con l'avvio di un progetto pilota sperimentale per l'acquisto di alimenti biologici per le mense scolastiche di due scuole di infanzia (66). Successivamente, l'acquisto di prodotti ambientalmente preferibili, da parte delle amministrazioni pubbliche locali, è stata resa obbligatoria con riferimento, dapprima, all'uso della carta riciclata ed in seguito ad altri prodotti e servizi (67).

La diffusione degli acquisti verdi nelle pubbliche amministrazioni locali è stata, peraltro, facilitata dalla realizzazione di progetti assistiti dai finanziamenti della Comunità europea con l'intento di minimizzare l'impatto ambientale delle attività economiche sul territorio e di promuovere la costituzione di distretti locali di *eco-procurement* (68).

Nel 1999, l'Agenzia nazionale per la protezione ambientale (oggi APAT) ha coinvolto alcuni Enti locali in un progetto pilota per la diffusione di politiche ambientalmente sostenibili (69), promuovendo la redazione di un documento di lavoro che descrive le problematiche ambientali connesse alla produzione, all'uso e allo smaltimento di 14 diversi prodotti e servizi (dai mezzi di trasporto ai personal computer, dai dispositivi di protezione individuale alle forniture di gas e di acqua) (70). Il fine essenziale del progetto era quello di orientare la scelta delle pubbliche amministrazioni verso soluzioni eco-compatibili e di promuovere la crea-

---

mio energetico, l'approvvigionamento di alimenti biologici per mense, ospedali e catering, la costruzione di edifici conformi ai più alti standard di efficienza per il riscaldamento ed il raffreddamento, gli appalti di servizi di pulizia eco-compatibili e di servizi di trasporto pubblico a bassa emissione di inquinanti.

(66) Il progetto pilota, realizzato dal Comune di Ferrara, è stato il primo di una serie di iniziative promosse dall'ente locale nell'ambito della propria Agenda 21 consultabile alla pagina internet <http://www.comune.fe.it/agenda21/locale/strumenti/acquisti.html>

(67) Cfr. D. lgs. 22/97, *cit.*; D.M. 27.03.98, *cit.*; L. 448/2001, *cit.*

(68) Si veda a titolo esemplificativo il progetto GPPnet, cofinanziato dal programma LIFE Ambiente 2001 (Regolamento CEE n. 1655/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, in *GUCE* L 192 del 28 luglio 2000) e realizzato dall'amministrazione provinciale di Cremona (<http://www.provincia.cremona.it/servizi/ambiente/gppnet/index.html>). Iniziative analoghe di GPP sono state avviate in tutto il territorio nazionale da Comuni, Province, Agenzie regionali per la protezione ambientale, e di recente anche dal Comitato per i giochi olimpici invernali Torino 2006 (Torino Organising Committee — TOROC).

(69) Nel progetto dell'ANPA/APAT sono stati coinvolti la Provincia di Torino, i Comuni di Ferrara e di Firenze e l'Azienda municipalizzata di Reggio Emilia per i servizi energetici e ambientali (AGAC).

(70) ANPA, *Manuale delle caratteristiche dei prodotti ambientalmente preferibili da utilizzare nelle procedure di acquisto della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2001.

zione di un mercato di prodotti ecologici, in grado di stimolare il «*greening*» dell'offerta e della domanda dei beni di più largo consumo.

V. *La scelta dei prodotti ambientalmente preferibili nelle politiche pubbliche di acquisto.*

La possibilità di introdurre, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla normativa di riferimento, considerazioni di carattere ambientale per gli acquisti delle Pubbliche amministrazioni è ammessa, come constatato, sia a livello comunitario che nel contesto nazionale, dove forme di «*green purchasing*» sono state utilmente sperimentate anche dagli enti locali.

Alle amministrazioni pubbliche è riconosciuta la possibilità di richiedere ai fornitori la certificazione del sistema di gestione ambientale o, comunque, il possesso di requisiti ambientali idonei ad ottenerla; come pure di introdurre nelle specifiche tecniche del bando di gara alcuni parametri ambientali stabilendo, per esempio, che nei prodotti acquistati o nei loro imballaggi non siano presenti sostanze pericolose o che il prodotto sia dotato di etichettatura ecologica.

Per determinare se un prodotto è ambientalmente preferibile ad un altro, una Pubblica amministrazione potrà fare riferimento oltre che alla legislazione vigente, anche ai regolamenti ambientali (e.g. Ecolabel) ed all'analisi delle tecnologie e dei processi disponibili sul mercato.

Nei manuali sulle caratteristiche dei prodotti ambientalmente preferibili predisposti, negli ultimi anni, dall'APAT e da numerosi altri enti (71), sono state individuate alcune problematiche ambientali prevalenti, quali, per esempio, il consumo idrico e delle risorse energetiche, l'inquinamento dell'aria e delle acque, la riduzione dei rifiuti, i cambiamenti climatici. Tali temi rispecchiano le priorità individuate sia a livello internazionale che a livello comu-

---

(71) Manuali sul GPP contenenti linee-guida per la scelta da parte delle PP. AA. di prodotti eco-compatibili sono stati realizzati da numerose Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente come pure dagli enti locali coinvolti in processi di Agenda 21, cfr., per esempio, tra i tanti, i documenti elaborati dal Comune di Ferrara ([www.comune.fe.it/agenda21locale/documenti/manuale-acquisti-verdi.doc](http://www.comune.fe.it/agenda21locale/documenti/manuale-acquisti-verdi.doc)), dalla Provincia di Cremona ([www. http://www.provincia.cremona.it/servizi/ambiente/gppnet/index.html](http://www.provincia.cremona.it/servizi/ambiente/gppnet/index.html)) e da quella di Bologna ([provincia.bologna.it/ag21/acquisti\\_verdi.html](http://provincia.bologna.it/ag21/acquisti_verdi.html)).

nitario e nazionale, come si evince dai documenti esaminati in precedenza e dalle numerose linee-guida e direttive elaborate nei diversi contesti nazionali. Come, per esempio, negli Stati Uniti, dove gli Enti federali sono invitati a dare preferenza ai prodotti *bio-based*, realizzati con risorse rinnovabili o biologiche, oppure, in Danimarca, dove l'Agenzia per la protezione dell'ambiente ha definito un «*Action Plan for Sustainable Public Procurement Policy*», contenente linee-guida per orientare la scelta delle amministrazioni nell'acquisto di una serie di prodotti, o ancora, nel Regno Unito, dove una campagna per la diffusione degli «acquisti verdi» è stata condotta a più livelli della PA (72).

Nell'Unione europea, la Commissione ha proceduto all'elaborazione di un Manuale sul GPP (2004) racchiudente indicazioni applicative ad uso delle Pubbliche amministrazioni dei Paesi membri (73). Il documento individua i presupposti strategici per attuare una politica di «*green purchasing*» ed illustra i principali passaggi operativi utili ad introdurre parametri ambientali nelle varie fasi delle procedure di acquisto, anche mediante il riferimento ad esperienze concrete realizzate all'interno del mercato comunitario (74). Il Manuale della Commissione si inserisce sulla stessa falsariga di un precedente documento elaborato in ambito OCSE e dedicato all'analisi di questioni pratiche e di *case-studies* sul tema degli «acquisti verdi». Nella Guida dell'OCSE — che è, per altro, la prima di questo genere — vengono evidenziati punti critici ed esperienze di successo realizzate in diversi Stati membri dell'Organizzazione (tra cui gli Stati Uniti, il Giappone e la Germania) (75).

A prescindere dalla legislazione nazionale, più o meno favorevole a politiche di «*eco-procurement*», le amministrazioni pubbliche che intendono «acquistare verde» dovranno, in linea di massima, seguire un percorso analogo, fondato: (1) sull'individuazione dei prodotti e dei servizi ai quali è possibile applicare criteri di selezione ecologici; (2) sulla richiesta ai fornitori del possesso

---

(72) Sul tema v. R. LUCIANI-L. ANDRIOLA-M. D'AMICO, *Quando la P.A. acquista verde*, in *Ambiente & Sviluppo*, 9/2005, 21 e ss.

(73) Commissione europea, «*Buying green! An handbook on environmental public procurement*», SEC 2004 (1050), 18 Aug. 2004, *on line* sul sito [www.europa.eu.int/comm/environment/gpp/pdf/int.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/environment/gpp/pdf/int.pdf).

(74) Tra i casi di studio riportati nel documento della Commissione vi è anche l'esperienza del Comune di Ferrara, a proposito della quale cfr. *ibidem*, 25.

(75) OECD, *Greener Public Purchasing, Issues and Practical Solutions*, nota 9.

di determinati requisiti ambientali (e.g. un sistema di gestione ambientale); (3) sulla fissazione di parametri ambientali che i prodotti o i servizi da acquistare devono rispettare (e.g. il marchio ecologico); (4) sull'inserimento dei suddetti parametri nei bandi di gara o nei contratti di fornitura.

Nel definire quali prodotti e servizi possono essere procurati mediante il ricorso a forme di «*green purchasing*», la PA dovrà considerare fattori quali le quantità da acquistare, la loro disponibilità sul mercato e la possibilità di documentarne le qualità ecologiche; mentre, con riguardo alla selezione dei fornitori, le amministrazioni potranno escludere gli offerenti che non soddisfino determinati requisiti professionali, poiché privi di sufficiente esperienza in materia ambientale o perché giudicati colpevoli di reati ecologici.

Al fine di precisare i criteri ambientali da inserire nei bandi di gara o nei contratti di fornitura, le amministrazioni pubbliche possono fare riferimento a marchi ecologici che garantiscono il rispetto di precisi requisiti ambientali o utilizzare informazioni già esistenti, reperibili in manuali *ad hoc* dedicati all'analisi delle caratteristiche dei prodotti e dei servizi ambientalmente preferibili. A titolo esemplificativo alcuni di questi documenti di lavoro contengono, peraltro, bandi ecologici precedentemente utilizzati da altre amministrazioni pubbliche e resi disponibili mediante pubblicazione su appositi database *on line* (76).

In linea generale, una Pubblica amministrazione intenzionata ad avviare politiche di «acquisti verdi» potrà scegliere tra (1) inserire occasionalmente criteri ecologici nelle procedure di acquisto di beni e servizi o (2) attuare una vera e propria strategia di GPP. In quest'ultimo caso il percorso da seguire è più complesso e comporta l'analisi dei bisogni materiali dell'intera struttura ed il ricorso sistematico a bandi di gara e contratti ecologici, in modo da assicurare una sostituzione progressiva delle forniture tradizionali con quelle ambientalmente preferibili. La politica di acquisti dell'ente pubblico dovrà, in quest'ipotesi, armonizzarsi il più possibile con quella ambientale, concorrendo alla promozione dello sviluppo sostenibile del territorio, anche mediante l'incentivazione di comportamenti eco-compatibili da parte delle imprese e dei cit-

---

(76) Si veda per esempio il database realizzato nell'ambito del progetto GPPnet Cremona (<http://www.provincia.cremona.it/servizi/ambiente/gppnet/come/bandi.html>).

tadini. Come previsto, peraltro, dai processi Agenda 21, nei quali la realizzazione dei programmi di sviluppo sostenibile postula, per l'appunto, l'integrazione dell'ambiente in tutte le altre politiche dell'amministrazione pubblica ed un più diretto coinvolgimento della comunità locale nella pianificazione e nella progettazione delle azioni ambientali da intraprendere. In linea con quel modello europeo di amministrazione partecipata che proprio in campo ambientale ha trovato il terreno più fertile per impiantare i nuovi istituti della partecipazione civica (77), quali il diritto dei cittadini di prender parte ai processi decisionali e di avere accesso alle informazioni e alla giustizia. Tali diritti, espressamente sanciti dalla Convenzione di Aarhus (1998), sottoscritta anche dall'Italia, nell'ambito della *United Nations Economic Commission for Europe (UNECE)*, sono entrati a far parte — quantomeno sul piano formale — del nostro patrimonio giuridico nazionale (78).

#### VI. *Considerazioni conclusive.*

La diffusione di forme di *Green Public Procurement* è, come visto, un dato piuttosto recente, riconducibile alle azioni concordate a livello internazionale per dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile. In ambito CE, nonostante l'attenzione per la salvaguardia e la protezione dell'ambiente risalgano alla seconda metà degli anni Ottanta — allorché con l'Atto unico europeo si è introdotto nel Trattato un apposito titolo sull'azione comunitaria in tale materia (Titolo VII) — è solo nell'ultimo decennio che la tutela dell'interesse ambientale ha assunto il valore di principio generale del diritto comunitario.

L'accresciuta importanza riconosciuta alla preservazione delle risorse naturali scarse, alla protezione della salute umana e al miglioramento della qualità dell'ambiente ha favorito l'inserimento

---

(77) Come osserva R. CARANTA, secondo il quale «il diritto ambientale è l'ambito nel quale più forti si sono fatte sentire le istanze di democrazia partecipativa», in R. CARANTA-L. FERRARIS-S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, (2 ed.) Milano, 2005, 18.

(78) La Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale è stata firmata dall'Italia il 25 giugno 1998 ed è entrata in vigore nel 2001, a seguito della ratifica avvenuta con Legge 16 marzo 2001, n. 108, in *GU* n. 85, 11 aprile 2001, S.O. n. 80. Il testo della Convenzione in lingua italiana è disponibile *on line* al seguente indirizzo web: <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43ital.pdf>.

di considerazioni di carattere ecologico anche nell'ambito della politica del mercato interno, la quale, essendo tradizionalmente orientata ad incrementare le opportunità di scambio in un mercato aperto e competitivo, ha, per lungo tempo, trascurato le istanze di natura extraeconomica. Le più recenti Direttive sugli appalti pubblici hanno, in parte, rimediato ad una tale carenza consentendo alle entità appaltanti di prendere in considerazione, nelle procedure di aggiudicazione di un contratto pubblico, fattori di carattere ambientale (e sociale) (79). In questo modo la possibilità di dare preferenza a prodotti e servizi eco-compatibili, inizialmente ipotizzata esclusivamente in documenti di *soft-law* (Comunicazioni della Commissione, Libri verdi, Libri Bianchi) (80), ha trovato riconoscimento in atti normativi vincolanti tutti gli Stati membri. Sul piano nazionale, il Codice dei contratti pubblici, nel dare attuazione alle Direttive comunitarie del 2004, ha recepito le norme che consentono di tener conto, nelle varie fasi delle procedure di appalto, di criteri e requisiti ambientali (81), contribuendo a conferire maggiore organicità alla legislazione statale in materia.

Sulla spinta del diritto comunitario, l'attenzione del legislatore italiano per le problematiche ambientali è, quindi, progressivamente aumentata nell'ultimo decennio, nonostante la normativa nazionale sia stata finora disorganica, emergenziale e con esiti, per certi versi, contrastanti (82). Con esplicito riferimento agli «acquisti verdi», come costatato, si è di recente assistito all'introduzione di norme che consentono alle Pubbliche amministrazioni

---

(79) Dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE, *cit.*

(80) Cfr. *supra* note 14 e 15.

(81) D.lgs. 163/2006, *cit.*

(82) V. da ultimo, il Decreto legislativo 152/06, *cit.*, adottato in attuazione della delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale (L. 15 dicembre 2004, n. 302 in *GU* del 27 dicembre 2004, Supp. Ord. n. 187). Il Decreto — che contiene 318 articoli e 45 allegati riguardanti sei diversi settori chiave: (1) procedure di valutazione ambientale, (2) difesa del suolo, (3) tutela e gestione delle acque, (4) rifiuti e bonifiche, (5) tutela dell'aria, (6) danno ambientale, — è entrato in vigore il 29 aprile 2006 dopo un iter alquanto travagliato, segnato dal parere negativo sullo schema di decreto espresso dalla Conferenza Stato Regioni, dai conseguenti rilievi di metodo sollevati dal Presidente della Repubblica, con apposita richiesta di chiarimenti al Governo, e dall'opposizione del mondo scientifico e delle associazioni ambientaliste. Allo stato attuale il «Codice dell'Ambiente», i cui 17 decreti ministeriali ed interministeriali di attuazione sono stati dichiarati inefficaci poiché «non sottoposti al controllo preventivo e necessario dalla Corte dei Conti» (v. Avviso del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio in *GU* del 26 giugno 2006, n. 146), è sottoposto ad un processo di revisione.

di acquistare prodotti e servizi ambientalmente preferibili, per esempio richiedendo ai fornitori l'utilizzo di un sistema di gestione ambientale o la certificazione della qualità ecologica dei beni e dei servizi erogati. Il ricorso a forme di «*green purchasing*» è avvenuto, in special modo, nell'ambito di processi di Agende 21 locali, ispirati ad un nuovo modello di *governance* del territorio che trova fondamento nei principi di partecipazione, partenariato e concertazione e la cui attuazione implica il coinvolgimento delle comunità nei progetti di sviluppo sostenibile elaborati d'intesa con l'ente locale; l'istituzione di *networks* istituzionali per lo scambio di informazioni e buone prassi; il confronto con altre realtà territoriali tanto a livello nazionale, quanto a livello comunitario ed internazionale. In parte, questa nuova *governance* del territorio si è concretamente affermata, come dimostrano alcune delle esperienze nazionali in precedenza menzionate; in parte, l'assenza di un'amministrazione intersettoriale e integrata — ai diversi livelli territoriali ed istituzionali — ha, invece, impedito che processi di Agenda 21 potessero essere efficacemente avviati, con risultati negativi anche in termini di diffusione di politiche di «acquisti verdi».

Peraltro, pure in presenza di un quadro normativo favorevole all'attuazione di politiche di *Green public procurement* e, nonostante la definizione di una strategia di azione ambientale — tanto sul piano sovranazionale quanto a livello nazionale (83) — la protezione dell'ambiente è ancora una politica settoriale poco, o per niente, integrata nelle altre politiche pubbliche; con esiti negativi sia in termini di trasversalità della tutela dell'interesse ambientale, sia in termini di diffusione di comportamenti eco-compatibili da parte di imprese, amministrazioni pubbliche e cittadini.

---

(83) Cfr. il VI Programma di azione ambientale dell'Unione europea e la Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile in Italia, *cit.*

ALFREDO TERRASI

## REGIONI ITALIANE E TUTELA DELLA CONCORRENZA TRA DIMENSIONE NAZIONALE E COMUNITARIA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi — 2. La nozione di concorrenza tra diritto interno e diritto comunitario — 3. Limiti all'attività delle regioni derivanti dal diritto comunitario della concorrenza — 4. Le fonti normative comunitarie in materia di concorrenza — 5. La prassi della Commissione in materia di concorrenza — 6. Conclusioni.

### 1. *Cenni introduttivi.*

Un'analisi dei rapporti e dell'interazione tra le regioni italiane e le istituzioni comunitarie, a prescindere dal settore materiale di cui ci si occupi, non può non prendere spunto da un principio indiscusso: la Comunità europea ha sempre reputato irrilevante l'articolazione interna dei singoli Stati membri, anche laddove comportasse la previsione di poteri incisivi in capo ad enti substatali. La *ratio* di tale atteggiamento è verosimilmente ravvisabile, da un lato, nella necessità per le istituzioni comunitarie di avere un numero limitato di interlocutori e, dall'altro, nella diretta responsabilità degli Stati membri in seguito ad una qualunque violazione del diritto dei Trattati o del diritto derivato, ancorché posta in essere da un'istituzione substatale (1).

Se i rapporti tra Comunità e Paesi membri sono di norma regolati dal principio delle competenze d'attribuzione, è d'al-

---

(1) In dottrina si è correttamente rilevato che, anche nella fase genetica degli sviluppi paracostituzionali dei trattati sull'Unione e sulla Comunità europee, non si è messo in discussione il sistema incentrato sulla responsabilità degli Stati membri per la violazione di vincoli comunitari da parte delle articolazioni substatali, e ciò per «evitare che gli Stati possano sottrarsi alla responsabilità per il mancato adempimento di un obbligo attraverso l'invocazione di un'articolazione interna di competenze» (così E. CANNIZZARO, *Convenzione europea e Titolo V della Costituzione italiana: spunti critici in Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2003).



tronde innegabile che i molteplici riferimenti, nel Trattato sulla Comunità europea, a politiche «trasversali» comporta la dilatazione delle competenze(2) della prima e, come diretta conseguenza, la restrizione degli ambiti d'intervento dei secondi. La politica di concorrenza risulta certamente paradigmatica di tale situazione, anche alla luce della pluriennale attività della Corte di giustizia diretta a garantirne una tutela completa(3).

La disciplina comunitaria della concorrenza è diretta, essenzialmente, a due tipologie di destinatari — gli Stati membri e le imprese —. Ciò non significa che essa sia irrilevante per le regioni e per le articolazioni substatali in genere, essendo queste tenute, come noto, a rispettare gli obblighi assunti dal governo centrale, siano essi derivanti dal diritto comunitario o dal diritto internazionale. Tali obblighi in materia di concorrenza, discendono non soltanto dalla disciplina contenuta nel Trattato, che è piuttosto scarna, ma anche, per un verso, dalle norme di diritto comunitario derivato adottate dal Consiglio e dalla Commissione e, per l'altro, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, da sempre indirizzata all'estensione, ai limiti dello «slabbramento», del campo d'applicazione e della portata delle norme stesse.

È proprio l'attività della Commissione in materia di concorrenza, tanto normativa quanto esecutiva, che si cercherà di ricostruire e di ricondurre ad unità, tenendo conto che il sistema comunitario delle fonti, lungi dall'essere confrontabile con i sistemi normativi nazionali, è incentrato su una grande categoria di atti che si caratterizzano in quanto miranti a produrre effetti giuridici(4), e ciò a prescindere dal loro contenuto generale ovvero

---

(2) L'evoluzione delle Comunità e dell'Unione è stata caratterizzata da una continua tensione tra istituzioni europee e Stati membri, dipendente dall'estensione delle competenze comunitarie a prescindere da, ed alcune volte in contrasto con, le norme dei Trattati. Tale fenomeno ha seguito, in linea di massima, due linee direttrici: la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed il ricorso all'art. 308 TCE, sia pur con i limiti connessi alla necessità di una deliberazione all'unanimità e di un collegamento con il funzionamento del mercato interno.

(3) Ciò si spiega innanzitutto sulla base della matrice prettamente economica delle Comunità europee, in particolare nella fase iniziale. Partendo dall'assunto che scopo principale della Comunità, almeno nella prima fase del suo sviluppo, fosse la realizzazione di un mercato unico, e tenendo presente la stretta interrelazione tra l'effettività di tale mercato ed un'efficiente livello di tutela della concorrenza, nella sua accezione di parità delle condizioni di partenza tra gli operatori economici, risulta di facile comprensione un approccio così rigoroso, da parte del giudice comunitario, nei confronti delle lesioni a tale principio.

(4) In piena coerenza con l'approccio funzionalistico che da sempre contraddistin-

particolare. In altre parole, quando si parla di fonti comunitarie, ci si riferisce tanto a norme caratterizzate dalla generalità e dall'astrattezza, quanto a norme puntuali e formalmente indirizzate finanche ad un solo soggetto giuridico.

Alla luce di tali considerazioni, si può delineare un campo d'interazione tra le fonti comunitarie in materia di concorrenza e le regioni nell'esercizio delle proprie competenze? E ancora, si può applicare all'ordinamento nazionale il concetto di concorrenza quale settore di competenza trasversale, nell'accezione da tempo utilizzata nel diritto comunitario, al fine di incidere sulle competenze delle regioni?

## 2. *La nozione di concorrenza tra diritto interno e diritto comunitario.*

La libera concorrenza, nell'ordinamento comunitario, ha negli anni assunto una dimensione che va ben al di là delle disposizioni contenute nel Titolo VI, capo I, del Trattato sulla Comunità europea. La tutela della concorrenza, in quanto strettamente correlata alla creazione ed al corretto funzionamento del mercato interno, viene menzionata già all'art 3 lett. g) del Trattato (5), tra

---

ga la Comunità, la categoria degli atti vincolanti, che ai sensi dell'art. 249 dovrebbe ridursi a regolamenti, direttive e decisioni, comprende in realtà tutti gli atti che, a prescindere dal loro *nomen iuris*, mirino a creare obblighi in capo ai destinatari. Ciò è tanto più opportuno in quanto l'impugnazione degli atti comunitari è comunque subordinata al carattere vincolante degli stessi (art. 230 TCE). Ne consegue che l'impossibilità di impugnare atti atipici, sia pur diretti a produrre effetti giuridici, comporterebbe un macroscopico deficit di tutela giurisdizionale al livello comunitario. Tale questione assume notevole rilevanza nell'ambito della politica di concorrenza, in considerazione del notevole ricorso, da parte della Commissione, ad atti atipici sostanzialmente diretti alla produzione di effetti giuridici (sul punto vedi *infra*, par. 5). Come d'altronde chiarito in dottrina, «la prassi delle istituzioni è andata elaborando un orizzonte ampiamente articolato dove trovano spazio atti, talvolta anche vincolanti, non previsti dal Trattato ovvero atti il cui *nomen iuris* non ne riflette la sostanza risultante dall'art. 249» (G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 112).

(5) L'interpretazione sistematica delle norme di cui agli artt. 81-89 TCE non può prescindere dal riferimento all'art. 3 lett. g), fungendo quest'ultimo da limite a monte all'applicazione delle disposizioni del Titolo VI. Ciò comporta che, laddove norme che, sulla base delle summenzionate disposizioni, comportino restrizioni per la concorrenza siano poste in essere, la loro applicazione sarà limitata, in funzione delle previsioni degli artt. 2 e 3, in modo tale da non mettere in pericolo il funzionamento del mercato interno. Tale lettura del combinato disposto degli artt. 2 e 3 con gli artt. 81-89 comporta un mutamento di prospettiva nell'analisi del principio di libera concorrenza nel diritto comunitario, poiché il suo carattere perde il crisma di assolutezza che parte della dottrina tende ad attribuirgli, per riconoscere viceversa una sua funzione servente rispetto alla tutela delle quattro fondamentali libertà garantite nel mercato interno.

le azioni necessarie per il perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 2. In buona sostanza le norme volte a garantire una libera e «leale» concorrenza all'interno della Comunità fungono da complemento, e da completamento, di quelle che riconoscono la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

In via generale la caratterizzazione di una competenza come trasversale implica che il suo esercizio sia destinato ad intersecarsi con altre competenze; ciò comporta, nel settore in esame, che la concreta gestione della politica di concorrenza, da parte delle istituzioni comunitarie competenti, non può che implicare la sua influenza sulle altre politiche settoriali previste dai Trattati. Dal punto di vista del diritto comunitario le conseguenze di tale carattere trasversale della politica di concorrenza non creano particolari problemi sin quando l'esercizio di tale competenza incida su altre competenze parimenti spettanti alla Comunità. Il discorso è diverso quando la competenza esercitata ai sensi degli artt. 81-89 TCE vada ad incidere su competenze degli Stati membri. In tal caso la tutela della concorrenza — in stretta connessione funzionale con le quattro libertà di circolazione — comporta in ultima istanza una compressione delle materie affidate alla cognizione statale o, quantomeno, un esercizio vincolato delle competenze in discorso.

Anche nell'ordinamento nazionale sono peraltro ravvisabili competenze di carattere trasversale — in particolare nella disciplina dell'art. 117 cost. — che influiscono sul riparto tra le materie affidate alla cognizione regionale e quelle affidate alla cognizione statale. La dottrina<sup>(6)</sup> usa in proposito la dizione di competenze funzionali perché esse non individuano ambiti di intervento delimitabili, ossia non sono «materie» in senso proprio, ma piuttosto funzioni, e quindi finalità in vista delle quali la potestà legislativa va esercitata. Presentano tale caratteristica la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117 lett. m), la determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117 lett. p), la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (lett. s) e, appunto, la tutela della concorrenza (lett. e). L'intrec-

---

(6) Vedi G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e regioni*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e riforma del titolo V*, in corso di pubblicazione.

cio fra competenza funzionale e competenza per materia è inevitabile: perché i due concetti o le due specie risultano dall'applicazione di due criteri di classificazione diversi (il criterio del fine e il criterio dell'oggetto). È inevitabile, ad esempio, che la riserva allo Stato della tutela della concorrenza interferisca con le competenze regionali in tema di commercio con l'estero, professioni, energia, sostegno all'innovazione, credito a carattere regionale etc.: tutti ambiti materiali nei quali il legislatore regionale potrebbe introdurre norme restrittive della concorrenza in violazione della riserva statale e lo Stato reciprocamente potrebbe legiferare a tutela della concorrenza.

Diversa, e più specifica questione è se al concetto di concorrenza elaborato nel diritto comunitario corrisponde puntualmente o no il concetto di concorrenza di diritto interno.

In seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione la Consulta (7), chiamata a dare un significato concreto a molte delle innovazioni inserite dal legislatore costituzionale, ha proposto una lettura «comunitaria» della concorrenza su scala nazionale (8), prendendo spunto dalla previsione di cui all'art. 117, comma 2, lett. e).

La Corte Costituzionale ha ritenuto di individuare due diverse componenti della tutela della concorrenza: la normativa antitrust relativa alle imprese, da un lato, ed il regime di concessione di aiuti di Stato, dall'altro. Secondo la Consulta il sistema degli aiuti di Stato, lungi dall'essere un ostacolo alla libera concorrenza nella Comunità, consente alla Commissione di indirizzare lo sviluppo dell'economia sulla base delle esigenze contingenti. Ne consegue — nel ragionamento della Corte — che la politica di concorrenza, nella sua accezione dinamica, si concretizza in attività non solo volte alla repressione di comportamenti anticoncorrenziali, ma anche indirizzate alla regolazione del mercato — appunto attraverso lo strumento degli aiuti *ex art. 87 TCE*.

---

(7) Vedi sentenza n. 14 del 2004.

(8) Come rilevato in dottrina, «nella pronuncia della Corte si realizza una sorta di trasposizione della questione dal quadro del diritto costituzionale interno a quello del diritto comunitario, operazione che consente di accantonare parzialmente i parametri costituzionali, o meglio di adottarne altri diversi da quelli invocati dalle regioni remittenti» (così C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario* in *Giur. cost.* n. 1/2004).

In buona sostanza se gli aiuti di Stato sono uno strumento di governo dell'economia (9) — e di tutela della concorrenza *lato sensu* — allo Stato spetterebbe la competenza esclusiva ad adottare siffatti provvedimenti in quanto rientranti nella previsione dell'art. 117, comma 2, lett. e), con ciò limitando fortemente i poteri delle regioni relativi al sostegno e sviluppo dell'economia locale. Prescindendo in questa sede dalle questioni che la pronuncia della Consulta ha sollevato, per ciò che concerne il tema del riparto di competenze tra Stato e regioni (10), si deve osservare che il richiamo, da parte della Corte, al diritto comunitario è del tutto distorto nella parte in cui pretende di ricondurre alla tutela della concorrenza misure come gli aiuti di Stato alle imprese. Non si può infatti affermare che la concessione di aiuti di Stato sia uno strumento volto alla tutela della concorrenza, quando il Trattato pone un divieto generale di erogazione di tali misure proprio sulla base della loro idoneità a causare distorsioni della concorrenza e degli scambi intracomunitari (11). Se la Comunità europea ne vieta l'adozione sulla base dei rischi per la libera concorrenza, è di tutta evidenza che il ricorso da parte delle autorità statali a tali misure, lungi dal «favorire le condizioni di un suffi-

(9) Come correttamente sottolineato in dottrina, la Corte fa discendere, dall'attribuzione allo Stato della competenza in materia di concorrenza, «una generale riserva di competenza in materia di interventi economici a carattere generale e a scala nazionale», con ciò compiendo una francamente non condivisibile operazione di equiparazione tra la tutela della concorrenza e gli interventi di carattere «macroeconomico» sul mercato nazionale (F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?* in *Le regioni* n. 4/2004).

(10) Si può incidentalmente rilevare, in merito all'impatto dell'art. 117 comma 2, lett. e) sul riparto delle competenze tra Stato e regioni, che la dottrina prevalente ha individuato, nel criterio degli «interventi macroeconomici», proposto dalla Consulta nella già citata sentenza 14, una reintroduzione del parametro «dell'interesse nazionale» (in tal senso L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza* in *Federalismi.it*, n. 5/2004)).

(11) In dottrina si è sottolineata l'erronea impostazione data dalla Corte costituzionale al tema degli aiuti di Stato, impostazione che, in buona sostanza, snatura i rapporti tra gli aiuti pubblici e la tutela della concorrenza in generale. È infatti evidente che «gli aiuti di Stato, se rientrano, ancorché considerati con disfavore, nella disciplina della concorrenza, non rientrano invece tra le forme di tutela della concorrenza perché l'aiuto di Stato è considerato, per definizione, un evento distorsivo della medesima» (così A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?* in *Giur. cost.*, n. 1/2004 p. 261). Una parte, per la verità minoritaria, della dottrina ha invece ritenuto che la decisione della Consulta — sulla base della discutibile affermazione che «proprio l'adeguato ricorso agli aiuti statali ha consentito a molte imprese di confrontarsi ad armi pari» (P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e regioni nella giurisprudenza costituzionale* in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2005, p. 107) — non faccia che confermare, in piena coerenza con il sistema comunitario, la necessità dell'intervento economico statale laddove si debba incidere sull'equilibrio economico generale del Paese.

ciente sviluppo del mercato» (12) o dall'instaurare «assetti concorrenziali», può comportare la violazione degli obblighi comunitari. Al contrario di quanto affermato dalla Consulta gli aiuti di Stato sono considerati, nello spirito dei Trattati e nella prassi della Commissione, negativamente e pertanto generalmente vietati, salvo specifici casi di deroga (13).

Il richiamo che la Corte Costituzionale ha fatto al regolamento sugli aiuti *de minimis* (14), adottato dalla Commissione con intenti defatiganti (15), è del tutto improprio in quanto tale regolamento, lungi dall'autorizzare la concessione di aiuti *tout court*, ne prevede l'ammissibilità sulla base dell'esiguità degli importi erogabili. Gli aiuti rispondenti ai requisiti del summenzionato regolamento sono quindi legittimi, dal punto di vista del diritto comunitario, solo in quanto non distorsivi della concorrenza e del commercio intracomunitario. La legittimità di tali misure è infatti dipendente dalla valutazione effettuata dalla Commissione, in sede di adozione del regolamento, sulla inidoneità di aiuti di portata così limitata a falsare la libera concorrenza. La normativa comunitaria in discorso, più che legittimare la concessione di aiuti di Stato (16), conferma quindi il generale divieto della loro erogazione.

---

(12) Sentenza 14 /2004 *cit.*

(13) L'art. 87 TCE, dopo aver posto al paragrafo 1 un divieto generale di aiuti di Stato, in funzione della relativa portata distorsiva della concorrenza e degli scambi intracomunitari, prevede due tipologie di deroghe a tale divieto, l'una operante automaticamente, l'altra operante sulla base di valutazioni *ad hoc* da parte della Commissione. L'art. 87.2 TCE dispone che gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, quelli volti a porre rimedio ai danni provocati da calamità naturali ed eventi eccezionali, nonché quelli destinati al sostegno dell'economia dell'ex Repubblica Democratica Tedesca, sono compatibili con il mercato comune, con ciò escludendo la necessità di un'attività di controllo da parte dell'esecutivo comunitario. L'art. 87.3 ha ad oggetto gli aiuti che favoriscano lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia basso rispetto alla media dei Paesi membri, gli aiuti volti alla promozione di progetti di interesse europeo e, in ultimo, quelli volti ad agevolare lo sviluppo di alcune attività o regioni economiche. Tali misure devono essere esaminate dalla Commissione, al fine di accertarne la compatibilità con il mercato interno.

(14) Si tratta del regolamento della Commissione del 12/1/2001, n. 69/2001, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore, in *GUCE* L 10 del 13 gennaio 2001.

(15) Considerando che gli obblighi di natura procedurale in capo agli Stati membri, i quali devono notificare alla Commissione le misure prima di darvi esecuzione ed attendere la valutazione prima di dar corso all'erogazione, comportano una complessa attività istruttoria da parte della Commissione stessa, il regolamento in discorso è stato posto in essere per evitare che gli Stati membri dovessero notificare anche gli aiuti di portata minima, verosimilmente non in grado di falsare la concorrenza.

(16) Alla luce di quanto detto appare del tutto errata l'affermazione della Consulta secondo cui «è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare.....regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni

Da quanto detto emerge, da un lato, il carattere funzionale — se non servente — delle norme comunitarie in materia di concorrenza rispetto al corretto funzionamento del mercato comune e, dall'altro, l'impossibilità di interpretare, nel diritto interno, le norme sugli aiuti di Stato come destinate alla promozione dello sviluppo economico e quindi alla tutela della concorrenza. Le disposizioni di cui agli artt. 87-89 sono inserite tra le regole sulla concorrenza solo alla luce della astratta idoneità degli aiuti di Stato a falsare il funzionamento del mercato interno, a causa del fatto che, nella redazione del Trattato, si è ritenuto di accogliere una definizione «negativa» di concorrenza, intesa come sistema normativo volto ad impedire che comportamenti degli operatori economici e comportamenti degli Stati membri — non rientranti nei divieti di cui agli artt. 25, 28, 29, 39, 43, 49 e 56 TCE (17) — possano provocare, direttamente o indirettamente, una distorsione al commercio intracomunitario. Tale accezione negativa delle norme comunitarie sulla concorrenza comporta quindi, in ultima istanza, obblighi di *non facere* in capo ai Paesi membri e, conseguentemente, l'estensione di tali obblighi alle regioni.

Si può quindi concludere che il concetto comunitario di concorrenza ed il corrispondente concetto di diritto interno coincidono: purché venga espunta da entrambi la nozione di aiuti di Stato perché gli aiuti, in linea di massima, lungi dal promuovere la concorrenza, la distorcono pregiudicando i settori e le imprese che non ne beneficiano.

Resta salva la differenza che verrà illustrata nel paragrafo che segue.

### 3. *Limiti alle attività delle regioni derivanti dal diritto comunitario della concorrenza.*

Il capo I del Titolo VI TCE, come sopra accennato, si divide in due sezioni, regole applicabili alle imprese e regole applicabili

---

caso idonei..... ad *incidere sull'equilibrio economico generale*» (corsivo aggiunto). Orbene l'incidenza di una sovvenzione — o di un programma di sovvenzioni — sull'equilibrio economico generale è, esattamente al contrario di quanto asserito dalla Corte, causa di incompatibilità di tale misura con l'art. 87 TCE.

(17) Si tratta, come noto, del divieto, che il Trattato pone in capo agli Stati membri, di adozione di misure che si concretino in un ostacolo alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

agli Stati, la prima contenente il divieto di intese e di sfruttamento abusivo di posizione dominante e la disciplina sulle imprese pubbliche, la seconda il divieto per gli Stati membri di concedere vantaggi economici alle imprese nazionali. Tale distinzione, quanto ai destinatari delle norme in materia di concorrenza, non è però assoluta in quanto, alla luce di una lettura sistematica di queste disposizioni, i divieti che gli artt. 81 e 82 pongono alle imprese comportano degli obblighi di *non facere* in capo ai Paesi membri (18).

L'applicabilità agli Stati membri delle norme in materia di concorrenza indirizzate alle imprese comporta, per le regioni nell'esercizio delle proprie competenze, un limite ulteriore rispetto a quello derivante dagli artt. 87-89 TCE, in tema di aiuti di Stato, in quanto i governi regionali non potranno adottare misure che, incidendo su un mercato geograficamente limitato e conseguentemente più sensibile ad eventuali distorsioni, realizzino *ex lege* situazioni di monopolio o oligopolio in determinati settori (19). Ciò nondimeno i vincoli più gravosi per le regioni, in tema di governo dell'economia — ovviamente su scala locale — rimangono comunque quelli derivanti dal divieto di concedere alle imprese dislocate sul territorio vantaggi economici che possano comportare

---

(18) A tale conclusione si giunge ponendo in relazione tali norme con l'art. 10 TCE, il quale impone agli Stati membri, per un verso, di porre in essere tutte le misure necessarie per garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato o da atti comunitari di diritto derivato e, per l'altro, di astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa compromettere «la realizzazione degli scopi» del Trattato. Il giudice comunitario ha enucleato, da tale disposizione, un principio generale del diritto comunitario, il principio di leale cooperazione, il quale obbliga appunto gli Stati membri non solo ad astenersi dall'adottare misure contrarie ai vincoli derivanti dal Trattato, ma anche ad evitare di porre in essere atti o comportamenti pregiudizievoli per il raggiungimento degli scopi fissati dal Trattato stesso.

La Corte di giustizia, dal combinato disposto dell'art. 10 e degli artt. 81 e 82 TCE, ha desunto che tali norme sulla concorrenza possono estendere il loro ambito di applicazione agli Stati, obbligandoli a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, siano essi di natura legislativa o regolamentare, idonei ad eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. Su questa base le misure nazionali, tese a favorire comportamenti illeciti delle imprese, risultano vietate, ai sensi dell'art. 10 TCE, in quanto incompatibili con l'obiettivo di cui all'art. 3, lett. g) del Trattato, e cioè l'instaurazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno.

(19) Bisogna però considerare, a tal proposito, che misure regionali volte a realizzare degli ostacoli all'ingresso nel mercato locale, al di là della incompatibilità con il combinato disposto degli artt. 10 e 82 TCE, possono risultare inammissibili già dal punto di vista del diritto interno, in quanto comportano un pregiudizio agli scambi su scala nazionale. È quindi piuttosto improbabile che un governo regionale adotti misure che compromettano la circolazione delle merci all'interno del territorio nazionale, in quanto espressamente vietate già dall'art. 120 Cost.



una distorsione della concorrenza, nonché quelli connessi al trattamento delle imprese pubbliche. È però necessario interrogarsi sul piano di operatività di tale divieto, e cioè si deve valutare se l'erogazione di aiuti alle imprese da parte delle regioni sia inammissibile solo dal punto di vista del diritto comunitario o se, viceversa, incontri un limite già nell'ordinamento costituzionale italiano.

Se ci si limita a considerare il rapporto tra potestà legislativa statale e potestà legislativa regionale, è fuor di dubbio che le regioni possono adottare misure a sostegno dell'economia locale, dal momento che esse esulano dall'elenco dell'art. 117 co. 2 (20).

Ciò non comporta, tuttavia, l'automatica ammissibilità, dal punto di vista del diritto interno, di siffatti atti, in quanto essi sono potenzialmente distorsivi della libera concorrenza. La disciplina nazionale in materia di concorrenza è stata adottata, per la verità con notevole ritardo rispetto ad altri Paesi membri della Comunità, con la L. n. 287/90, istitutiva dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Prescindendo in questa sede dalla questione dei rapporti tra autorità garante e Commissione (21), si deve rilevare che tale legge si ispira chiaramente al diritto comunitario della concorrenza, prevedendo, tra i comportamenti vietati alle imprese, le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

Non è viceversa ravvisabile un *pendant* nazionale del divieto di aiuti di Stato, di cui all'art. 87 TCE: il diritto nazionale anti-trust è indirizzato esclusivamente agli operatori economici esercenti la propria attività sul territorio nazionale. Se il legislatore

---

(20) Per quanto la Corte costituzionale abbia cercato, come diffusamente esposto nel paragrafo 2, di radicare una competenza siffatta in capo al governo centrale, facendo riferimento all'art 117, comma 2, lett. e), che menziona tra le materie di competenza esclusiva «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie», appare più rispondente al dettato costituzionale la riconduzione delle misure in discorso alla competenza esclusiva delle regioni o, al più, al campo delle materie di competenza concorrente, facendo riferimento al «sostegno all'innovazione per i settori produttivi».

(21) Si può solo accennare, in questa sede, alla portata fortemente innovativa, quanto ai rapporti tra esecutivo comunitario ed autorità garanti nazionali, del regolamento (CE) N. 1/2003 del Consiglio, del 16/12/2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (in *GUCE* L 1 del 4/1/2003). Per un'analisi approfondita del regolamento in discorso, si rimanda a L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, 277 ss. ed a H. NYSSENS-N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza in Il diritto dell'Unione europea*, 2003, 357 ss.

avesse inserito nella L. n. 287/90 un divieto analogo o corrispondente a quello contenuto nell'art. 87 del trattato CE, sarebbe incorso in una seria incongruenza dal punto di vista del sistema delle fonti. Non può il legislatore ordinario vincolare il legislatore futuro: non può cioè impedire al legislatore futuro di disporre aiuti di Stato, ossia misure che nella stragrande maggioranza dei casi derivano da disposizioni legislative. Perché un divieto del genere possa risultare efficace nel diritto interno, occorre che esso sia sancito da una norma costituzionale. Ed è questo, uno degli effetti del disposto dell'art. 117 comma 2 lett. c): ma anche, come vedremo, della clausola posta in apertura dello stesso articolo che assoggetta la potestà legislativa, statale e regionale, ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (22). Se ci si arresta alla considerazione della L. n. 287/90 emerge un'asimmetria, nella tutela della concorrenza, tra il piano nazionale e quello comunitario. Ciò può portare a fattispecie rilevanti per l'antitrust comunitario, in quanto potenzialmente idonee a falsare la concorrenza e nel contempo irrilevanti per l'antitrust nazionale, a causa della mancanza di un divieto, operante sul piano interno, di aiuti « regionali » (23).

---

(22) Gli artt. 21 e 22 della legge istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevedono, in realtà, la possibilità per l'Autorità di individuare « i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale » (art. 21 *cit.*). Bisogna però considerare che all'« individuazione » di siffatti provvedimenti segue, al più, un parere non vincolante. Appare quindi legittima la conclusione che, più che di incompetenza funzionale da parte del Garante nei confronti delle autorità statali, si deve parlare di mancanza di poteri vincolanti, idonei a condizionare tanto il governo centrale quanto i governi locali, che vogliono adottare provvedimenti di sostegno alle imprese dislocate sul territorio. Non si ritiene di condividere, alla luce di quanto detto, la dottrina (L. CASSETTI, *op. cit.*) secondo cui in capo al Garante è previsto un vero e proprio potere di « controllo », assumendo che tale nozione comporti, in ultima istanza, la concreta capacità, da parte dell'organo addetto a tale controllo, di imporre, ai soggetti passivi di tale potere, la propria posizione.

(23) La prassi italiana e, sia pur in minor misura, quelle tedesca e spagnola confermano la tendenza, da parte delle articolazioni substatali, a concedere vantaggi economici rilevanti alle imprese dislocate sul territorio, in modo tale da incentivare gli investimenti da parte degli operatori economici privati e, conseguentemente, stimolare l'occupazione. Alla luce di tale copiosa prassi è del tutto legittimo parlare di aiuti « regionali », intendendosi far riferimento ad aiuti che, dal punto di vista del diritto comunitario, non si distinguono dagli aiuti di Stato *tout court* ma si caratterizzano, dal punto di vista del diritto interno, per l'ente responsabile dei provvedimenti di concessione e, quindi, per l'origine regionale e non statale delle sovvenzioni. Il fatto che l'importanza di tale categoria emerga esclusivamente sul piano del diritto interno non ne comporta, quindi, l'irrilevanza, proprio alla luce della sottolineata asimmetria tra il diritto della concorrenza su scala nazionale e quello su scala europea.

Se le regioni, intenzionate a concedere un vantaggio economico ad un'impresa locale, sono competenti a farlo ai sensi dell'art. 117 Cost. e, per altro verso, il diritto nazionale della concorrenza non pone alcun divieto relativo a siffatti provvedimenti, si pone, in tutta la sua portata, la questione della loro eventuale incompatibilità con il diritto comunitario ed, in subordine, dei rimedi esperibili per far constatare, già davanti al giudice nazionale, l'illegittimità comunitaria di tali comportamenti.

L'art. 87 TCE adotta una nozione di aiuti di Stato quanto mai elastica, in modo tale da far rientrare nella fattispecie astratta della norma tutti i casi in cui, dal punto di vista pratico, ci si trovi di fronte alla concessione di un qualunque vantaggio economico ad un'impresa, attraverso il ricorso a fondi direttamente o indirettamente pubblici (24). Tali sovvenzioni sono vietate nella misura in cui falsino o minaccino di falsare la concorrenza ed abbiano effetti distorsivi sugli scambi intracomunitari. Se ne deduce che eventuali aiuti erogati dalle regioni, in quanto concessi con risorse pubbliche, ricadono sotto il divieto di cui all'art. 87, a condizione che siano in grado di provocare distorsioni della concorrenza e degli scambi tra Paesi membri. Né si può eccepire che la dimensione esclusivamente locale degli aiuti comporti di per sé l'inidoneità degli stessi a falsare la concorrenza e gli scambi su scala comunitaria, in quanto siffatte misure possono portare ad una compartimentazione del mercato, impedendo ad aziende di altri Paesi membri di accedere al mercato su cui l'aiuto incide (25).

---

(24) Per ciò che concerne i soggetti erogatori degli aiuti, va sottolineato che la Corte di giustizia ha da sempre incluso in questo novero gli enti pubblici territoriali. (Vedi sentenza 14/10/1987, causa 248/84, Repubblica Federale di Germania c. Commissione, in Racc. 4013). Per una vasta panoramica sulla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia e del tribunale di I grado, in tema di aiuti di Stato, si rimanda a C. ARHOLD, *The case-law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State aids in 2003-2004*, in *European state Aid Law Quarterly*, n. 3/2004.

(25) Nella misura in cui un aiuto «regionale» comporti un vantaggio economico tale, per l'impresa beneficiaria, da creare un *gap*, dal punto di vista concorrenziale, difficilmente colmabile da parte degli altri operatori economici del settore, tale misura ha lo stesso effetto della creazione *ex lege* di una barriera all'entrata, come tale idonea a limitare la libera circolazione di merci e servizi sul territorio comunitario. Ciò conferma l'assoluta interdipendenza funzionale tra le norme comunitarie sulla libera concorrenza e le quattro libertà di circolazione nel mercato interno. Il pregiudizio alla concorrenza comunitaria può d'altronde essere anche potenziale, né è necessario che l'impresa beneficiaria esporti i propri prodotti, essendo sufficiente, ai fini dell'applicazione del divieto *ex art.* 87, che essa rafforzi la propria posizione sul mercato nazionale.

Nonostante la concessione di sovvenzioni alle imprese da parte delle regioni ricada, in presenza dei requisiti della distorsione della concorrenza e del commercio intracomunitario, nell'ambito d'applicazione dell'art. 87, i soggetti che si ritengano danneggiati da provvedimenti di questo genere — in primo luogo le imprese in concorrenza con la beneficiaria dell'aiuto — non potranno invocare, davanti alle competenti giurisdizioni nazionali, la violazione, da parte dell'ente concedente, delle disposizioni di cui allo stesso art. 87 (diversa è la questione dell'effetto diretto degli obblighi procedurali previsti dall'art. 88 TCE (26)). Queste, come è noto, sono prive di effetto diretto, a causa delle complesse valutazioni di natura macroeconomica che la loro applicazione presuppone; ne consegue l'impossibilità, per il giudice nazionale, di disapplicare la norma interna — e il provvedimento che in base ad essa concede l'aiuto — per dare applicazione alla norma comunitaria violata.

In buona sostanza la violazione, da parte di un ente pubblico territoriale, delle regole di concorrenza applicabili agli Stati non può essere sanzionata né dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, per la sua incompetenza funzionale, né dal giudice nazionale (27), per la mancanza di un fondamentale presupposto

---

(26) Vedi *infra*, nota 28.

(27) In dottrina (G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle regioni e dello Stato*, in *Diritto pubblico*, 3/2002, pp. 981 e ss.) si è prospettata una diversa tesi ricostruttiva, prendendo spunto dalla costituzionalizzazione del principio di concorrenza ad opera della novella del 2001. Laddove un provvedimento di concessione di un aiuto di Stato sia posto in essere dallo Stato centrale o da una regione, la portata anticoncorrenziale di tale misura competerebbe la violazione del principio di concorrenza e quindi, in ultima istanza, l'incostituzionalità della stessa per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione. L'accoglimento di tale soluzione implica l'individuazione di una dimensione nazionale della tutela della concorrenza, rispetto alla quale i parametri comunitari fungano esclusivamente da standard minimi. In altre parole questa interpretazione dell'art. 117 comma 2 lett. e) comporta che tanto il legislatore statale che quello regionale possano incontrare vincoli ulteriori rispetto a quelli derivanti dal diritto comunitario della concorrenza, non potendo però il principio della concorrenza su scala nazionale avere una portata meno estesa di quello corrispondente su base continentale. Se, dal punto di vista teorico, tale ricostruzione appare ineccepibile, sul piano pratico si potrebbero porre questioni di carattere applicativo. Un provvedimento di erogazione di un aiuto, ammissibile sul versante comunitario, e che invece risulti lesivo del principio di concorrenza nell'ordinamento nazionale, dovrebbe essere dichiarato incostituzionale dalla Consulta. L'annullamento di siffatto provvedimento legislativo dovrà però passare per la valutazione concreta della portata anticoncorrenziale dello stesso. Chi sarà competente ad effettuare la ricostruzione del mercato rilevante al fine di concludere se vi sia o meno effetto distorsivo della concorrenza? La Consulta sarà idonea ad effettuare valutazioni tecniche di tale complessità? O sarà il giudice della controversia a dover esaminare il profilo della distorsione della concorrenza? Da tale *impasse* si potrebbe

di applicabilità del diritto comunitario all'interno del nostro ordinamento: l'effetto diretto (28) o la diretta applicabilità.

D'altra parte non ci si può rassegnare alla impossibilità di stigmatizzare, già sul piano del diritto nazionale e nei limiti sopra descritti, l'illegittimità comunitaria di un comportamento delle regioni. Si potrebbe allora cercare di recuperare, sul piano della legittimità costituzionale, un momento di valutazione dell'ammissibilità di quei provvedimenti delle regioni che si pongano in contrasto con l'ordinamento comunitario.

L'art 117 co. 1 Cost. pone un vincolo «a monte», sia al legislatore statale che a quello regionale, per ciò che concerne l'esercizio delle rispettive funzioni: il rispetto degli obblighi comunitari e di quelli derivanti da accordi internazionali (29). Se quindi la

---

uscire prevedendo, in capo all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la competenza ad esaminare gli effetti anticoncorrenziali dei provvedimenti, tanto adottati dalle autorità nazionali quanto posti in essere dalle autorità locali, che si concretino nella concessione di vantaggi agli operatori economici.

(28) Mentre l'effetto diretto dell'art. 87 TCE è sempre stato escluso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per le già citate difficoltà tecniche connesse alla sua applicazione, si è viceversa riconosciuto effetto diretto agli obblighi di carattere procedurale posti a carico degli Stati membri, intenzionati a concedere un aiuto di Stato, dall'art. 88 TCE. In buona sostanza le imprese in concorrenza con la beneficiaria dell'aiuto potranno richiedere al giudice nazionale di bloccare la concreta attuazione della misura di concessione per il mancato rispetto, da parte dell'ente concedente, degli obblighi di notifica e di *standstill*. È d'altronde evidente che tale intervento non incide sulla legittimità del provvedimento di concessione ma si limita a sanzionare la violazione degli obblighi procedurali previsti dal Trattato per l'erogazione di aiuti alle imprese. L'intervento del giudice nazionale, avendo carattere definitivo, comporta un'asimmetria tra i poteri a lui spettanti in tema di aiuti illegali — ossia concessi in violazione degli obblighi procedurali *ex art. 88* — e quelli viceversa riferibili alla Commissione: mentre quest'ultima non può far discendere l'incompatibilità comunitaria di un provvedimento d'aiuto dalla violazione degli obblighi procedurali ad opera delle autorità eroganti (come chiarito dal regolamento 659/99, relativo alla procedura di controllo sugli aiuti di stato), i primi sono legittimati, alla luce della giurisprudenza SFEI (sentenza della Corte del 11/7/1996, causa C-39/94, *Syndicat Francaise de l'Express International c. La Poste*, in *Racc.* I 3547), a invalidare, con effetti retroattivi, le misure di concessione sul solo presupposto del mancato rispetto degli obblighi di notifica e di *standstill*. (vedi C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 331) L'anomalia sistemica conseguente a tale asimmetria conferma le difficoltà connesse alla mancanza di effetto diretto dell'art. 87 e l'insufficienza del riconoscimento di tale effetto agli obblighi procedurali di cui all'art. 88 TCE.

(29) La riforma del Titolo V della Costituzione, all'esame delle Camere, al di là dell'eliminazione della menzione degli obblighi derivanti dal diritto internazionale come obbligo a monte per l'esercizio del potere legislativo tanto dello Stato quanto delle regioni, non modifica le norme sulla cui interpretazione si basa il presente lavoro. Anche laddove il progetto di riforma in senso federalista dell'ordinamento nazionale dovesse essere approvato ed entrare in vigore, tanto l'indicazione del vincolo comunitario come limite alla potestà legislativa di Stato e regioni, quanto la menzione della tutela della concorrenza come materia di competenza esclusiva dello Stato centrale rimangono sostanzialmente invariate. Il testo della riforma è consultabile sul sito <http://www.governo.it>.

potestà legislativa regionale deve essere esercitata nel pieno rispetto del diritto comunitario, ed essendo qualificabili come vincoli derivanti dal diritto comunitario tutti gli obblighi derivanti da norme, di rango primario o secondario, a prescindere dall'effetto diretto eventualmente esplicito (30), l'adozione di provvedimenti concessori di sovvenzioni alle imprese da parte delle regioni può, nella misura in cui tali provvedimenti si pongano in contrasto con l'art. 87 TCE, comportare la violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. Non si condivide pertanto la dottrina secondo cui la formulazione dell'art. 117, così come novellato dalla legge costituzionale 3/2001, non farebbe che «riconoscere» le limitazioni di sovranità, autorizzate dall'art. 11 Cost. a favore dell'ordinamento comunitario e, conseguentemente, «offrire giustificazione costituzionale alle conseguenze» (31) derivate da siffatte limitazioni. L'interpretazione da noi prospettata della norma costituzionale in discorso potrebbe consentire al giudice nazionale davanti al quale venga impugnato il provvedimento concessorio di un aiuto, di adire la Consulta (32) per dirimere il contrasto tra tale provvedimento e la Costituzione — contrasto basato, come detto, sulla

---

(30) Come noto, i Paesi membri sono vincolati al rispetto del diritto comunitario, adottando normative di attuazione laddove necessario. L'effetto diretto che può essere attribuito a taluni atti comunitari non esclude l'esigibilità delle condotte prescritte dalle singole norme cui si tale effetto sia riconosciuto, bensì la presuppone. Ciò è confermato dal fatto che la Commissione europea, in caso di mancata trasposizione di una direttiva, anche laddove tale atto sia *self executing*, potrà dare avvio alla procedura per infrazione ex art. 226 TCE.

(31) In tal senso F. SORRENTINO, *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali* in *Federalismi.it*, del 7 ottobre 2004, p. 12. Per l'Autore la configurazione dell'art. 117 come «norma di riconoscimento» dell'ordinamento comunitario consentirebbe di non dover più fondare la diretta applicabilità delle norme comunitarie sull'art. 11. In realtà, se è corretto affermare l'inidoneità del giudizio incidentale di costituzionalità come momento di valutazione della conformità delle leggi, sia statali che regionali, alle norme comunitarie *self executing* — posizione tra l'altro rigettata già negli anni 70 dalla Corte di giustizia — per altro verso nulla osta all'affermazione di tale competenza della Corte costituzionale per quelle norme che, a causa del loro contenuto, non siano dotate di effetto diretto.

(32) In passato la Corte costituzionale aveva sostenuto che laddove una norma interna si ponesse in contrasto con una norma comunitaria dotata di effetto diretto, il giudice nazionale fosse tenuto a sospendere il giudizio *a quo* ed investire la Corte stessa della questione della compatibilità della norma interna con l'art. 11 Cost., utilizzato come copertura costituzionale dei Trattati istitutivi delle Comunità europee. In seguito ad un duro contrasto con la Corte di giustizia la Consulta ha cambiato avviso, riconoscendo, nella nota sentenza n. 170 del 1984 sul caso *Granital*, il dovere per il giudice nazionale, che si trovasse a ravvisare un'antinomia tra una disposizione nazionale ed una norma comunitaria — sia di diritto primario che di diritto derivato — di disapplicare la norma interna confliggente e dare applicazione alla disposizione di diritto comunitario. Il problema che ci si pone in tema di aiuti «regionali» è quindi legato alla mancanza di effetto diretto dell'art. 87 TCE, dovendo le norme dei Trattati viceversa dotate di tale ef-

violazione da parte del governo regionale dei vincoli derivanti dalla partecipazione dell'Italia alle Comunità europee (33). Né una soluzione di questo genere porterebbe ad un sostanziale disconoscimento del primato del diritto comunitario, considerando che tale primato riguarda solo le norme comunitarie che siano direttamente applicabili o dotate di effetto diretto. Se si desse una diversa lettura alla disposizione di cui all'art. 117 co. 1 si svuoterebbe tale disposizione di contenuto precettivo poiché la prevalenza del diritto comunitario *self executing* è coperta costituzionalmente già dall'art. 11 Cost., secondo una consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Le regioni, in ultima istanza, possono adottare provvedimenti in tema di governo dell'economia, ovviamente su scala locale, a condizione che tali misure non realizzino una distorsione della concorrenza o del commercio intracomunitario. Nel caso in cui le misure regionali in discorso provochino tale effetto distortivo, si porrà il problema del rapporto tra gli enti concessori e le istituzioni comunitarie; in tale ottica appare opportuno analizzare le fonti comunitarie in materia di concorrenza ed i potenziali punti d'intersezione e di scontro con l'attività regionale di intervento sull'economia locale.

#### 4. *Le fonti normative comunitarie in tema di concorrenza.*

Affrontare lo studio delle fonti nell'ordinamento comunitario richiede, come accennato, la rinuncia ad applicare i modelli «classici» della dottrina costituzionalistica, in quanto inadeguati a comprendere e descrivere il fenomeno normativo su scala continentale; ciò per due ordini di motivi: in primo luogo non si può applicare all'ordinamento comunitario la gerarchia formale delle fonti — come giustamente chiarito in dottrina (34) — e, in se-

---

fetto essere comunque applicate dal giudice nazionale in conformità con la summenzionata giurisprudenza *Granital*.

(33) Il potere sostitutivo del governo centrale nei confronti delle regioni non è idoneo a porre rimedio a tali violazioni, in quanto l'intervento «in sostituzione» è logicamente concepibile solo nel caso di comportamenti di natura omissiva da parte degli enti pubblici territoriali. Laddove un atto illegittimo dal punto di vista comunitario sia posto in essere da una regione, non rimarrà che fare ricorso alle procedure comunitarie o, se si accoglie la tesi da noi prospettata, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'atto regionale, in contrasto con una norma comunitaria priva di effetto diretto, rispetto all'art. 117, comma 1 Cost.

(34) In tal senso A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie in Il Di-*

condo luogo, l'attività legislativa in senso stretto è ripartita, in maniera più o meno fluida, tra istituzioni non rappresentative dei cittadini europei.

Lo scarso rilievo attribuito nell'ordinamento comunitario alla forma degli atti implica la necessità di adottare un diverso modello ricostruttivo, che consenta di dar conto delle molteplici fonti normative — tipiche ed atipiche — costitutive del diritto secondario. Considerando che la Comunità ha un numero determinato di competenze, basate, in ultima istanza, sul conferimento da parte degli Stati membri, potrebbe risultare valido un approccio di carattere contenutistico per abbozzare una categorizzazione degli atti normativi in discorso.

Il criterio contenutistico è probabilmente il più idoneo al fine di analizzare le fonti del diritto comunitario della concorrenza. La rilevanza di tale «materia» tra le competenze esercitate al livello europeo, il suo collegamento funzionale con il corretto funzionamento del mercato interno, e la molteplicità di fattispecie in qualche modo ricadenti nel suo ambito d'applicazione — anche in riferimento al già citato art. 3 lett. g) TCE — comportano una sostanziale moltiplicazione di fonti atipiche e, per altro verso, la difficoltà di discernere tra attività normativa ed esecutiva.

L'esercizio della competenza comunitaria della tutela della concorrenza attraverso gli atti normativi<sup>(35)</sup> più disparati implica

---

*ritto dell'Unione europea*, n. 4/01, p. 593. La gerarchia formale comporta che la forza giuridica degli atti normativi discenda, in qualche modo, dal procedimento di formazione degli stessi. Nel caso delle norme comunitarie di diritto derivato non è ravvisabile una corrispondenza biunivoca tra atti normativi e procedure d'adozione, in quanto è frequente che lo stesso procedimento venga utilizzato per porre in essere atti dal differente *nomen iuris* e, al contrario, che per l'adozione di atti aventi la stessa qualificazione formale si faccia ricorso a procedure differenti.

(35) Il riferimento agli atti normativi in senso lato non coinvolge la loro portata generale ed astratta. Non appare infatti semplice, né utile sul piano sistematico, distinguere, nel diritto comunitario, tra atti normativi in senso stretto ed atti amministrativi, in quanto gli atti «a contenuto amministrativo» per eccellenza, le decisioni, non sono tutti riconducibili ad un unico *genus* e, per altro verso, è possibile che atti formalmente a portata generale abbiano in realtà il contenuto di una decisione. Il fatto che l'art. 230 comma 4, TCE preveda per le persone fisiche e giuridiche la possibilità di impugnare «le decisioni che pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone», le riguardino in realtà direttamente ed individualmente, è una conferma — al di là della già menzionata inapplicabilità della gerarchia formale alle fonti comunitarie — del carattere «elastico» della norma di diritto derivato, la quale può al più costituire «soltanto un indizio della sua natura giuridica, ma non è in grado di modificarla» (vedi B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione europea istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna 2001, p. 270). In conclusione non si mette in discussione che il diritto comunitario si componga di atti a contenuto normativo ed atti a contenuto amministrativo, ma non si condivide il tentativo di parte della dottrina di



inevitabilmente un aumento degli obblighi — sia di carattere commissivo che omissivo — applicabili alle imprese ed agli Stati membri. Riprendendo un concetto sopra esposto, si deve osservare che prima ed al di là degli atti di diritto comunitario derivato, il giudice comunitario ha enucleato, dalla disciplina dei trattati, una serie di obblighi quanto mai incisivi. Considerando d'altronde che i vincoli gravanti sui Paesi membri si estendono alle rispettive articolazioni interne, e quindi anche agli enti a carattere substatale, si possono individuare tre diverse fonti di vincoli per le regioni che vogliano adottare provvedimenti di regolazione dell'economia locale: la disciplina primaria (36) come interpretata (estensivamente) dalla Corte di giustizia, gli atti di diritto comunitario derivato e la prassi della Commissione (37) — categoria quest'ultima suscettibile di intersecarsi con la precedente laddove l'attività istruttoria della Commissione sfoci in provvedimenti a carattere formale. In realtà la prima delle categorie summenzionate è gerarchicamente sovraordinata alle altre poiché le norme dei trattati fungono da parametro di legittimità per l'adozione di atti di rango secondario e, più in generale, per l'azione delle istituzioni comunitarie.

Delineato il contenuto dei vincoli per le regioni derivanti dal diritto comunitario della concorrenza, si può tentare di ricostruire il sistema delle relative fonti normative (38), partendo, ancora una

---

annoverare tra le fonti comunitarie solo i primi. Tale premessa appare indispensabile al fine di ricostruire le fonti normative in materia di concorrenza, dato che in questo settore il maggior numero di atti è adottato dalla Commissione, per applicare le norme dei trattati ai casi concreti sottoposti alla sua valutazione.

(36) Il titolo VI, capo I del Trattato, interpretato in rapporto agli art. 3 e 10, comporta tre ordini di obblighi in capo agli Stati membri, tutti di carattere omissivo: non adottare provvedimenti legislativi che creino o facilitino intese restrittive del mercato o lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, non creare, in capo alle imprese pubbliche, una posizione anticoncorrenziale a meno che ciò non sia reso necessario «dalla specifica missione loro affidata» (art. 86 comma 2 TCE) e, in ultimo, non erogare sovvenzioni o concedere comunque vantaggi di natura economica alle imprese dislocate sul territorio. È quasi superfluo notare che tali divieti si estendono alle regioni, comportando per i governi locali vincoli analoghi a quelli che gravano sul governo centrale.

(37) Si adotta in questa sede un'accezione «onnicomprensiva» del concetto di prassi della Commissione, facendovi rientrare gli atti normativi *stricto sensu*, le decisioni individuali e gli atti privi di carattere vincolante. L'applicazione del criterio contenutistico potrebbe infatti consentirne la collocazione sullo stesso livello sistemico.

(38) In dottrina un tentativo di schematizzazione delle fonti comunitarie in materia di concorrenza è stato operato da FRIGNANI e WÆLBROECK, *La disciplina della concorrenza nella CE*, Padova, 1996. Rimandando a quanto sopra detto a proposito della normativa sulla concorrenza contenuta nel Trattato CE, il livello di normazione più rilevante in questa materia è senza dubbio quello secondario; vi rientrano, secondo gli Autori, i regolamenti — adottati dal Consiglio o dalla Commissione — i quali «formano

volta, da una constatazione di fatto: al potere normativo del Consiglio si affianca un potere, in capo alla Commissione, che per certi versi pare andare oltre l'attività meramente esecutiva, con ciò derogando al normale assetto normativo della Comunità. È d'altronde indubbio che il Trattato ha affidato alla Commissione, per quanto concerne la concreta gestione della politica di concorrenza, un ruolo di primo piano, incentrato sull'esercizio congiunto di un potere di controllo, in qualche modo assimilabile a quello delle autorità garanti dei singoli Paesi membri, e di un potere di normazione, entro i limiti che si illustreranno innanzi. In questa sede, alla luce del ruolo chiave recitato dall'esecutivo comunitario, si cercherà quindi di proporre una schematizzazione degli atti che la Commissione adotta in applicazione degli artt. 81-89 TCE, tralasciando gli atti normativi, solitamente indirizzati a dettare una disciplina quadro, posti in essere dal Consiglio, in particolare sulla base delle previsioni degli artt. 83 e 89.

##### 5. *La prassi della Commissione in materia di concorrenza.*

Sia le regole sulla concorrenza (39) applicabili alle imprese, che quelle applicabili agli Stati, richiedono una continua attività

---

l'ossatura della disciplina della concorrenza» (*op. cit.* p. 4), le direttive, la prassi della Commissione, a sua volta ripartita in decisioni, comunicazioni, risposte alle interrogazioni scritte dei membri del Parlamento europeo e relazioni annuali sulla politica di concorrenza, e la giurisprudenza del giudice comunitario. Tale ricostruzione risulta, per certi versi, generale ed approssimativa, in particolare se si tiene conto della scarsa rilevanza delle risposte alle interrogazioni parlamentari e del carattere meramente ricognitivo delle relazioni annuali sulla politica di concorrenza.

(39) Pur essendo l'esame degli atti posti in essere dalla Commissione in materia di concorrenza limitata alla normativa attualmente vigente, non si può non fare un sia pur breve riferimento all'evoluzione che la disciplina in discorso potrebbe avere in seguito all'entrata in vigore del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Per ciò che concerne le regole relative alla politica di concorrenza, tale strumento convenzionale si è limitato a riprodurre le disposizioni del Trattato di Nizza; è però innegabile che il nuovo assetto delle fonti normative dell'Unione comporti di per sé un'evoluzione in tema di adozione, da parte delle istituzioni comunitarie, degli atti volti a regolamentare la concorrenza. Nel sistema della Costituzione, la concorrenza è, per altro, espressamente qualificata come materia di competenza esclusiva dell'Unione, con ciò confermando la «storica» impossibilità, per gli Stati membri, di regolare aspetti sia pur marginali della tutela della concorrenza stessa, e ciò sul presupposto della difficoltà di individuazione di una sfera esclusivamente statale, per ciò che concerne il comportamento dei *competitors*, alla luce della giurisprudenza della Corte, volta ad estendere quanto più possibile il campo d'applicazione del diritto comunitario.

Con l'introduzione di una gerarchia delle fonti comunitarie (*rectius* europee) che contempla una distinzione netta tra atti a portata generale — aventi carattere anche formalmente legislativo — e atti di natura esecutiva, non può non riproporsi, in una prospettiva differente, la questione del potere *lato sensu* normativo — cui si è fatto cenno e che

di vigilanza da parte dell'esecutivo comunitario, volta alla prevenzione ed al contenimento delle distorsioni, effettive o potenziali, sul gioco della concorrenza su scala comunitaria. L'art. 83 TCE afferma, a tal proposito, la competenza del Consiglio ad adottare gli atti normativi volti all'applicazione degli artt. 81 e 82 (40), in modo tale da «definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia nell'applicazione delle disposizioni del presente paragrafo». L'attività di controllo della Commissione risulta quindi regolata da atti normativi posti in essere dal Consi-

---

si analizzerà più dettagliatamente nel presente paragrafo — che la Commissione ha sempre esercitato in materia di concorrenza. Il nuovo sistema normativo europeo non brilla, in realtà, per coerenza e chiarezza, prevedendo categorie di atti parzialmente sovrapponibili ed introducendo una francamente incomprensibile distinzione tra atti non legislativi ed atti esecutivi. L'atto probabilmente più problematico, dal punto di vista della collocazione sistematica, è il regolamento europeo, rispetto al quale l'art. I-33 sottolinea la natura di «atto non legislativo di portata generale volto all'attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione». Si potrebbe opinare, a tal proposito, che ogni atto comunitario, abbia esso portata generale o individuale, è per definizione attuativo di una norma del trattato o di un atto di diritto derivato; se ciò non fosse ci troveremmo di fronte ad un atto nullo per violazione di forme sostanziali e, più precisamente, per difetto di base giuridica. Un'ulteriore difficoltà è dovuta al fatto che le decisioni europee ed i regolamenti europei possono risultare, dal punto di vista contenutistico, assolutamente omologhi: la decisione europea, ai sensi dell'art. I-33, può rivolgersi a destinatari determinati o, alternativamente, a tutti gli Stati membri, essendo peraltro obbligatoria in tutti i suoi elementi. Per concludere questo sintetico quadro dei regolamenti europei bisogna segnalare la presenza di una terza categoria: i regolamenti europei d'esecuzione — previsti dall'art. I-37 — distinti tanto dai regolamenti «semplici» che da quelli delegati. Trasferendo tali considerazioni generali alla gestione della politica della concorrenza, nella Costituzione disciplinata dagli artt. I-161 a I-169, non si può non sottolineare la notevole difficoltà ad operare la ricostruzione delle diverse competenze della Commissione, ora chiamata a far ricorso, nella sua attività di «guardiano della concorrenza», a numerose tipologie di atti tra loro difficilmente distinguibili quanto al contenuto, ma spesso legati a procedure d'adozione differenti. Significativa è in quest'ottica la ricostruzione del potere normativo attribuito alla Commissione dall'art. 86.3 TCE, comportante, come si vedrà in questo paragrafo, la potestà per quest'ultima di adottare regolamenti e direttive; tale potestà diventa, ai sensi dell'art. III-166, paragrafo 3, un potere di regolazione a carattere non legislativo, dai confini non ben delineati, e comportante, in ultima istanza, l'adozione di regolamenti e decisioni europei. L'esecutivo comunitario potrà però adottare decisioni europee anche nell'ambito delle procedure volte all'analisi della compatibilità con il mercato interno dei comportamenti delle imprese ora rientranti nell'ambito d'applicazione degli artt. III-161 e III-162 e dei comportamenti degli Stati membri di cui agli artt. III-167 e III-168. Mentre non appare innovativa la previsione in capo alla Commissione, in materia di imprese pubbliche, del potere di adozione di «decisioni europee», che la Commissione possa adottare regolamenti europei ci riporta alla difficoltà di distinguere tra atti legislativi e non legislativi; se la Commissione ha una competenza specificamente attribuita dalla Costituzione, e quindi escludente la possibilità di un intervento legislativo da parte del Consiglio e del Parlamento, non si capisce allora quale possa essere la rilevanza della definizione degli atti d'esercizio di tale competenza come non legislativi seppur a portata generale.

(40) Nell'economia del presente lavoro, non appare opportuno analizzare, al di là di quanto sopra accennato, la portata degli artt. 81 e 82 TCE. Per un'accurata analisi si rinvia a V. KORAH, *An introductory guide to EC Competition law and practice*, Oxford, 2004 e ad A. ALBORS-LLORENS, *EC Competition law and policy*, Portland, 2002.

glio, senza che ciò autorizzi a parlare di potere delegato; in buona sostanza la Commissione è titolare di un potere di controllo proprio, ma da esercitarsi secondo le modalità previste dal Consiglio stesso (41). La Commissione dispone di un potere di vigilanza sull'applicazione del trattato, ai sensi dell'art. 211 TCE, che trova la sua specifica manifestazione, in tema di concorrenza, nell'art. 85 (42): il quale ad essa conferisce l'incarico di indagare sulle singole infrazioni e reprimerle, ma anche, in termini più generali, il potere di applicare, in fatto di concorrenza, i principi fissati dal Trattato ed orientare in questo senso il comportamento delle imprese (43).

Poteri egualmente incisivi sono previsti in capo alla Commissione dalle norme relative al controllo sulle imprese pubbliche nonché da quelle sulla concessione di sovvenzioni agli operatori economici; l'art. 86 comma 3 dispone, in particolare, che al fine di vigilare sul rispetto delle disposizioni inerenti alle imprese pubbliche, la Commissione può adottare, nei confronti degli Stati membri, «opportune direttive o decisioni». Si può considerare che la disposizione in commento preveda, in capo all'esecutivo comunitario, un potere normativo vero e proprio, come tale disgiunto da, ed escludente, un potere analogo in capo al Consiglio? In altre parole la Commissione, nell'attività di vigilanza sull'applicazione delle norme sulle imprese pubbliche, adotta atti normativi non funzionalmente connessi a precedenti disposizioni approvate in sede di Consiglio? Nonostante il tentativo, da parte degli Stati membri, di contestare un siffatto potere della Commis-

---

(41) La concreta attuazione delle disposizioni di cui agli artt. 81 e 82 TCE è affidata a regolamenti del Consiglio; in particolare gli aspetti procedurali sono stati regolati dapprima dal regolamento 17/62, del 6/2/62 (in *GUCE* 13/62), e quindi, in seguito ad una lunghissima gestazione, dal già citato regolamento 1/03 del 16/12/2002.

(42) In questa sede si può, solo incidentalmente, osservare che le disposizioni di cui agli artt. 84 e 85, come detto inserite nel Trattato di Roma per garantire l'immediata applicazione delle norme relative ad intese vietate ed abuso di posizione dominante a prescindere dall'adozione di disposizioni di carattere attuativo, essendo state conservate nelle successive revisioni del Trattato, si possono interpretare al fine di delineare il discrimine tra poteri della Commissione e degli Stati membri nell'applicazione degli artt. 81 e 82. In quest'ottica, le disposizioni di cui all'art. 85 non fanno che sottolineare che il potere di accertamento delle infrazioni è esercitato, in via principale, dalla Commissione e, conseguentemente, il ruolo meramente sussidiario degli Stati membri.

(43) In tal senso Tribunale di I grado, sentenza del 14/7/1994, causa T-77/92, Parker Pen Ltd c. Commissione (in *Racc.* II-549); sentenza del 15/1/1997, causa T-77/95, Syndicat français de l'express international, DHL International, Service CRIE e May Courier c. Commissione (in *Racc.* II-001); da ultimo, sentenza del 16/9/1998, causa T-110/95, International Express Carriers Conference c. Commissione (in *Racc.* II-3605).

sione, il giudice comunitario (44) ha riaffermato la legittimazione di quest'ultima quanto all'adozione di atti a portata generale, seppur limitati, *ratione materiae*, alla specificazione degli obblighi che ricadono, *ex art. 86 TCE*, sugli Stati membri. Ne consegue logicamente il divieto, per la Commissione, di adottare direttive che impongano obblighi nuovi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla norma summenzionata.

Più aderente al sistema normativo comunitario, secondo la dottrina prevalente (45), è invece la previsione, in capo alla Commissione, del potere di adottare decisioni rivolte agli Stati, sempre al fine di assicurare il rispetto dell'art. 86 TCE. Si deve osservare, a tal proposito, che la Commissione, in materia di concorrenza, è funzionalmente competente ad adottare decisioni, siano esse volte ad accertare l'abuso di una posizione dominante o la conclusione di un'intesa vietata, la violazione di un obbligo in tema di imprese pubbliche o l'erogazione di un aiuto di Stato illegale. Una volta negata una differenza sostanziale tra le direttive e le decisioni adottate sulla base dell'art. 86.3, sulla base della tendenziale omogeneità quanto al contenuto e della potenziale identità dei

---

(44) Vedi Corte giust. CE, sentenza del 6 luglio 1982, cause riunite 188, 189 e 190/80, Repubblica francese, Repubblica italiana e Regno Unito c. Commissione (in *Racc.* 2545). Chiamata a pronunciarsi sul potere normativo della Commissione *ex art. 86.3*, la Corte ha affermato che « la tesi secondo cui, in forza dei principi stessi che disciplinano la ripartizione dei poteri e delle responsabilità fra le istituzioni comunitarie, il potere legislativo originario spetterebbe per intero al Consiglio, mentre la Commissione avrebbe solo poteri di vigilanza ed esecutivi non trova fondamento nelle norme istituzionali del trattato. Ne consegue che i limiti della competenza attribuita alla Commissione da una specifica disposizione del trattato non possono ricavarsi da un principio generale, ma dall'interpretazione della disposizione di cui trattasi, alla luce del suo scopo e della sua collocazione nel complesso del trattato ». Nello stesso senso Corte giust. CE, sentenza del 19 marzo 1991, causa C-202/88, Repubblica francese c. Commissione (in *Racc.* I-1223) e sentenza del 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Regno di Spagna, Regno del Belgio e Repubblica italiana c. Commissione (in *Racc.* I-5833).

(45) In realtà la distinzione tra direttive e decisioni, adottate sulla base dell'art. 86.3 TCE, non è così netta come potrebbe apparire, considerando, da un lato, che sia le prime che le seconde si possono rivolgere, al limite, anche a tutti gli Stati membri e dall'altro, che il fatto che le direttive in questione siano di per sé limitate nel contenuto dagli obblighi già previsti dall'art. 86, comporta che abbiano un contenuto di carattere « attuativo — esecutivo ». La differenza tra gli obblighi derivanti dalle direttive e quelli derivanti dalle decisioni può essere al massimo « di grado » e non certo qualitativa. Si è già osservato, d'altronde, che la differenziazione tra atti a portata generale ed atti a portata particolare — e quindi a contenuto amministrativo — non produce, in buona sostanza, alcuna conseguenza sul piano degli effetti giuridici degli atti stessi. Nel caso delle norme aventi la propria base giuridica nell'art. 86.3 TCE non si può neanche eccipire il differente regime di impugnabilità tra atti a portata generale ed atti a portata particolare, previsto dall'art. 230 TCE, in quanto sia le direttive che le decisioni si rivolgono espressamente agli Stati membri.

destinatari, si tratta di individuare differenze, da un lato, e punti di contatto, dall'altro, tra le varie tipologie di atti, che la Commissione può emanare nella sua attività di «garante» della concorrenza al livello comunitario.

L'applicazione del criterio formale porterebbe a distinguere, innanzitutto tra atti vincolanti — tenendo anche conto che la Commissione dispone, in materia di concorrenza, e con differenze anche marcate in funzione della base giuridica di riferimento, del potere di adottare regolamenti, solitamente esecutivi di atti normativi del Consiglio, direttive e decisioni — ed atti non vincolanti. La ricostruzione di quest'ultima categoria appare piuttosto problematica laddove si passi all'esame del contenuto concreto degli atti, formalmente inidonei a vincolare i destinatari, che la Commissione adotta nell'esercizio della politica di concorrenza. Operando una partizione per categorie, senza dubbio generale e non esaustiva, la Commissione, in attuazione del Titolo VI, capo I del Trattato, adotta:

- regolamenti (46) (solitamente aventi carattere attuativo di atti adottati dal Consiglio)
- direttive (nel caso previsto dall'art. 86.3)
- decisioni «esecutive di norme del trattato» (nel caso previsto dall'art. 86.3)
- decisioni «esecutive di norme di diritto derivato» (47)

---

(46) Come noto l'art. 202 TCE prevede una sorta di delega automatica del Consiglio alla Commissione relativamente all'adozione di tutti gli atti necessari per dare attuazione agli atti normativi del Consiglio stesso (si prescinde in questa sede dal fenomeno della Comitologia). La Commissione, in materia di tutela della concorrenza, ha adottato un congruo numero di regolamenti d'esecuzione, per lo più volti a delineare criteri d'ammissibilità per misure statali o comportamenti delle imprese, teoricamente riconducibili ad uno dei divieti di cui al Titolo VI, capo I, TCE. Significativo, in tal senso, è stato il conferimento alla Commissione del potere di adottare regolamenti di esenzione per categoria, rispetto al divieto di intese previsto dall'art. 81 TCE; sulla base dei regolamenti del Consiglio n. 2821/71 (*GUCE* L 285/71), n. 1534/91 (*GUCE* L 143/91) e n. 1215/99 (*GUCE* L 148/99) la Commissione ha adottato molteplici regolamenti di esenzione relativi ai settori più disparati (di fondamentale importanza è il regolamento 2790/99, in *GUCE* L 336/99, relativo all'applicazione dell'art. 81.3 TCE agli accordi verticali ed alle pratiche concordate), ferma restando la possibilità del Consiglio di adottare direttamente siffatti provvedimenti, con conseguente esclusione della Commissione.

(47) Si intende includere in questa categoria, innanzitutto le decisioni che la Commissione è chiamata ad adottare nello svolgimento delle procedure di controllo relative alle misure statali ed ai comportamenti delle imprese che siano potenzialmente in contrasto con i divieti previsti dagli artt. 81-89 TCE. Si può molto sinteticamente osservare che al termine della procedura precontenziosa, con cui la Commissione comunica alle imprese o agli Stati membri quali misure, potenzialmente in contrasto con il diritto comunitario della concorrenza, questi abbiano posto in essere e riceve eventuali osservazioni, po-

— atti non vincolanti (solitamente comunicazioni) (48).

La distinzione tra decisioni esecutive di norme del trattato e decisioni viceversa esecutive di norme di diritto derivato viene introdotta sulla base di un criterio misto contenutistico-formale, fondato sul maggiore o minore margine di discrezionalità, in capo all'istituzione agente. Le decisioni che hanno carattere attuativo diretto di norme del trattato devono rispettare vincoli, quanto al contenuto, meno incisivi — considerando la necessaria genericità delle norme del Trattato — lasciando quindi un maggior margine di apprezzamento alla Commissione, senza il «filtro» di atti del Consiglio che dettino criteri di normazione ulteriori e più restrittivi.

Le decisioni emanate dalla Commissione in esecuzione di atti normativi previamente adottati dal Consiglio, dovendo, come detto, esservi conformi, avranno un doppio parametro di legittimità (49), nel senso che l'esercizio di siffatto potere dovrà avvenire entro i limiti generali fissati dal trattato, ma anche nel rispetto dei limiti posti dalla normativa di diritto comunitario derivato. L'eventuale violazione dei criteri dettati dal Consiglio, così come di quelli previsti dal trattato, comporterà quindi l'illegittimità della decisione e, conseguentemente, la sua annullabilità da parte del giudice comunitario.

---

tranno essere adottate tre diverse tipologie di decisioni, relative alle misure in questione: di inapplicabilità della normativa comunitaria, di compatibilità con il mercato comune o di avvio della procedura formale. Al termine di tale ultima fase la Commissione potrà emanare decisioni che accertino la irrilevanza della misura rispetto al diritto comunitario, la compatibilità con il mercato interno *tout court*, la compatibilità con il mercato interno in funzione del rispetto di determinati comportamenti indicati dalla Commissione stessa o l'inammissibilità della misura per violazione del diritto comunitario. Tale schema generalissimo è soggetto a variazioni in funzione delle diverse norme suscettibili di essere violate e delle relative procedure ma, ferme restando le approssimazioni operate e prescindendo dalla chiusura in via amministrativa delle controversie con le cosiddette *comfort letters*, consente di individuare le diverse decisioni che la Commissione adotta, tutte riferibili, ovviamente, all'esercizio della medesima funzione.

(48) Sul tema del ricorso, da parte delle istituzioni comunitarie, ad atti non vincolanti vedi F. SNYDER, *Soft Law and institutional practice in the european Community*, in *The Construction of Europe, essays in honour of Emil Noel*, Dordrecht, 1994. Per un valido inquadramento del soft law tra le fonti normative comunitarie, si rinvia a L. SENDEN, *Soft law in European Community law*, Portland 2004.

(49) Se le norme contenute nei trattati costituiscono il diritto primario — e quelle di diritto comunitario derivato si definiscono secondarie, gli atti adottati sulla base del diritto derivato si potrebbero definire — mutuando una categoria cara al diritto costituzionale — subsecondarie, proprio in funzione del doppio vincolo che sono chiamate a rispettare a pena di nullità.

Dalla prassi della Commissione emerge la tendenza ad adottare atti normativi atipici (50), «le comunicazioni» (51), teoricamente non vincolanti, con le quali l'esecutivo comunitario porta a conoscenza tanto degli Stati quanto degli operatori economici privati delle linee guida cui si atterrà nell'esercizio della propria attività di controllo. Come giustamente osservato in dottrina (52) — e come sottolineato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon* (53), il ricorso sempre più frequente, da parte dell'esecutivo comunitario, a tale tipologia di atti, è frutto di un cambiamento di strategia per il completamento del mercato interno. A ciò si aggiunga che un'applicazione coerente del principio di sussidiarietà dovrebbe portare ad adottare provvedimenti privi del carattere di vincolatività, a meno che non risulti assolutamente necessaria l'adozione di un atto obbligatorio. Tali comunicazioni non sono in realtà previste nei trattati e la loro adozione si può riportare al generale potere, attribuito alla Commissione dall'art. 211 del Trattato, di formulare «raccomandazioni e pareri nei settori previsti dal presente trattato quando questo esplicitamente lo preveda ovvero quando la Commissione lo ritenga necessario». Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia il potere di adottare raccomandazioni o pareri include quello di adottare atti non rientranti nella classificazione dell'art. 249 TCE (54), fermo re-

---

(50) In dottrina si è correttamente rilevato che il frequente ricorso a fonti normative atipiche, in particolare nell'ambito del diritto internazionale, impone al giurista di «fare i conti» con un diritto «con contenuti non riconoscibili come norme giuridiche sul piano formale e procedurale» e quindi, in ultima istanza, con la soft law (così A. BARBA, *Norme narrative, soft law e teoria delle fonti*, in *Festschrift für Erik Jayme*, Monaco, 2004).

(51) Ci si riferisce, ovviamente, alle sole comunicazioni in materia di concorrenza, fermo restando che il ricorso a tali atti atipici da parte della Commissione può avere ad oggetto le materie più disparate. In dottrina si è proposta una divisione delle comunicazioni dell'esecutivo comunitario in tre categorie: *a*) le comunicazioni della Commissione al Consiglio, le quali fungono solitamente da prodromi all'inizio di un procedimento di normazione; *b*) le comunicazioni che si rivolgono agli Stati membri ed agli operatori economici; *c*) le comunicazioni destinate all'informazione dei singoli, rispetto a determinate questioni (Vedi S. LECLERC, *Les communications de la Commission et le Marché Intérieur*, in *Cahiers de droit européen*, vol. 38, 1998, pp. 164-167. Utilizzando tale classificazione, non pare in dubbio la riconducibilità delle comunicazioni in materia di concorrenza alla seconda categoria summenzionata.

(52) In tal senso F. SNYDER, *op. cit.* p. 199.

(53) Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewer-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung* (in *Racc.* 649).

(54) Come giustamente affermato in dottrina, al di là delle raccomandazioni e dei pareri, «looking at Community practice, soft law may be discovered whether enacted separately or jointly by different organs, appearing under a great variety of headings such as interpretative declarations, programmes, resolutions and reports. They can be catego-



stando l'assoggettamento al controllo giurisdizionale, laddove l'atto atipico in discorso abbia in realtà contenuto vincolante (55).

La qualificazione delle comunicazioni quali atti privi di effetto vincolante non appare in realtà soddisfacente (56), nella sistematica delle fonti del diritto comunitario della concorrenza, in quanto gli effetti giuridici prodotti da tali atti, lungi dal limitarsi all'effetto di liceità (57), tipico delle raccomandazioni adottate in seno alle organizzazioni internazionali, tendono a riflettersi sugli Stati membri e sugli operatori economici. Il riconoscimento a tali atti di «effetti giuridici indiretti» (58) non appare foriero di svi-

---

rized according to their form, their content or the organs from which they emanate. *What they all have in common is the intention of their authors to establish standards outside the formal sources of law*» (corsivo aggiunto). Così D. THURER, *Soft Law, norms in the twilight between law and politics*, in R. BERNHARDT (ed.) *Enciclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, Amsterdam, p. 461.

(55) Si può osservare, in via generale, che il potere di raccomandazione in capo alla Commissione è perfettamente iscrivibile nel sistema comunitario, e non ne comporta anomalie di funzionamento nella misura in cui l'istituzione agente si limiti a illustrare la propria posizione su una determinata controversia o a suggerire un determinato comportamento ai destinatari dell'atto. Aspetti problematici possono venire in luce laddove la Commissione, attraverso il potere previsto dall'art. 211, secondo trattino, miri a vincolare i soggetti cui l'atto si rivolge. Per quanto la Corte di giustizia abbia cercato di chiarire che gli atti atipici in discorso, pur essendo privi di forza vincolante, non siano però privi di effetti giuridici, la concreta efficacia di tali atti ha contorni piuttosto sfumati. Innanzitutto si deve osservare che il giudice comunitario, laddove riconosca che un atto formalmente non vincolante abbia in realtà contenuto decisivo, nel consentirne l'impugnabilità dovrebbe valutare se, nel sistema del Trattato, l'adozione da parte della Commissione dell'atto sostanzialmente vincolante in discorso sia consentita o se, viceversa, il ricorso ad un atto formalmente privo di carattere vincolante non sia in realtà un modo, da parte della Commissione, di andare oltre le proprie competenze ed incidere quindi su materie non affidate alla sua cognizione, o comunque teoricamente sottratte al suo potere normativo. Finché la Commissione adotti atti formalmente non vincolanti ma sostanzialmente a carattere decisivo, nell'ambito di una materia rispetto alla quale abbia il potere di adottare anche misure vincolanti, non vi saranno anomalie sistemiche, dato che l'intervento di «riqualificazione» dell'atto da parte del giudice comunitario, consentendone l'impugnabilità al di là del *nomen iuris*, colma le eventuali lacune per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, tanto dei singoli che degli Stati e delle altre istituzioni comunitarie. La questione sarà diversa laddove l'adozione di atti formalmente non vincolanti da parte della Commissione si iscriva in una competenza rispetto alla quale la stessa non abbia potere decisivo: in tal caso l'atto mirante a produrre effetti giuridici dovrebbe essere annullato dalla Corte di giustizia in quanto viziato da incompetenza relativa. Si deve però riconoscere che il giudice comunitario non ha mai adottato questo approccio, trascurando quindi il profilo della (in)competenza dell'istituzione agente.

(56) Come rilevato in dottrina, al di là degli atti tipici, aventi forza formale vincolante, la Commissione «issues a handful of other instruments — mainly recommendations and opinions — which are designed to be primarily exhortative and advisory in nature, but which have sometimes been interpreted by the ECJ as having legal effect» (N. NUGENT, *The European Commission*, London, 2001, p. 264).

(57) Sul punto vedi B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 181 e A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2003, pp. 185 e ss.

(58) In tal senso D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001.

luppi significativi, nella misura in cui — chiarendo preliminarmente che questa nozione non va letta in opposizione a quella di effetti diretti, intesi come capacità di una norma comunitaria di incidere sul patrimonio giuridico dei singoli senza il filtro di un atto statale — non appare chiaro quale sia il discrimine tra tali effetti e quelli obbligatori che scaturiscono dagli atti vincolanti.

Le comunicazioni, in funzione della tutela del legittimo affidamento dei destinatari, vincolano innanzitutto la Commissione, non potendo questa censurare comportamenti, tanto degli Stati quanto delle imprese, che si conformino alle prescrizioni contenute nelle stesse (59). In secondo luogo vincolano il Consiglio, che è tenuto a rispettare la competenza in materia di concorrenza della Commissione ed è altresì tenuto al rispetto dell'obbligo di leale cooperazione nella sua accezione interistituzionale, sicché non potrà adottare atti della stessa natura in deroga a quanto stabilito da quest'ultima (60); al limite il Consiglio potrà adottare, laddove sia competente, atti normativi nominati — ed in tal caso non si potrà porre in discussione la prevalenza di questi ultimi sulle comunicazioni. In terzo luogo i destinatari delle comunicazioni, siano essi Stati membri o imprese, non potranno discostarsi dai comportamenti descritti, o meglio prescritti, dalla Commissione, in quanto l'adozione di misure di contenuto diverso avrà come logica conseguenza l'avvio della procedura di controllo da parte di quest'ultima. In altre parole le comunicazioni, anche se si limitano formalmente ad indicare dei criteri cui la Commissione si ispira nelle proprie valutazioni, saranno tenute in considerazione tanto dai Paesi membri quanto dagli operatori econo-

---

(59) Si veda, da ultimo, la comunicazione della Commissione relativa agli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà (in *GUCE* C 244 del 1/10/2004). Il punto 82 della comunicazione, ai sensi del quale «la Commissione autorizzerà regimi di aiuti per la ristrutturazione unicamente nel caso in cui la concessione degli stessi sia subordinata all'attuazione completa da parte del beneficiario di un piano di ristrutturazione preliminarmente approvato dallo stato membro e che soddisfi le condizioni seguenti...», non lascia dubbi sul carattere di autolimitazione del proprio potere discrezionale da parte della Commissione. In altre parole, se la Commissione detta con una comunicazione delle regole di comportamento, cui gli Stati e le imprese devono attenersi, perché una misura di aiuto risulti compatibile con l'ordinamento comunitario, è evidente che di fronte al rispetto di tali regole, non potrà valutare negativamente le misure che vi si conformino.

(60) In dottrina si è significativamente osservato che le comunicazioni «are under the control of the Commission, thus in effect bypassing the Council. They are proactive rather than reactive, so that the Commission, without waiting for the Council, the European Parliament or the Court of Justice, can present its interpretation and stake out its position with regard to entire economic sectors» (così F. SNYDER, *op. cit.* p. 200).

mici privati per non incorrere in una violazione del diritto comunitario. Né si può negare che la Corte di giustizia, pur competente a valutare ogni tipo di atto posto in essere dalle istituzioni comunitarie, a condizione che abbia contenuto vincolante, laddove si trovi a valutare, ad esempio, la compatibilità di una misura statale con il mercato comune, dovrà tenere in considerazione le valutazioni — di carattere sostanzialmente economico — contenute nelle comunicazioni, in quanto le analisi macroeconomiche della Commissione non possono essere riformulate dal giudice comunitario (61). Ne consegue che, al di là del limite costituito dalle norme di rango primario, la Commissione non incontrerà vincoli di sorta nell'adozione di comunicazioni ed altri atti atipici volti a chiarire la propria posizione nel garantire il rispetto degli obblighi previsti dal Titolo VI capo I del trattato, e ciò a prescindere dalla precisazione della Commissione stessa relativamente alla subordinazione delle proprie valutazioni a quelle della Corte di giustizia.

In ragione dell'insindacabilità delle valutazioni tecnico-economiche della Commissione ad opera del giudice comunitario e dell'effetto «persuasivo» delle comunicazioni — i destinatari, conoscendo a priori la posizione della Commissione, saranno incentivati a rispettarla, certi della legittimità dei loro comportamenti che a tale posizione si conformino — le regioni, così come il governo centrale, accanto agli obblighi e ai divieti derivanti dagli atti formalmente vincolanti, dovranno rispettare le prescrizioni

---

(61) Nella sentenza del 5 novembre 1997, causa T-149/95, *Etablissements J. Richard Ducros c. Commissione* (in *Racc.* II-2031) il Tribunale di primo grado ha chiarito che «la Commissione può imporsi indirizzi per l'esercizio dei suoi poteri discrezionali mediante atti come gli orientamenti ora discussi (*si tratta degli orientamenti relativi agli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, in *GUCE* C 288 del 9/10/1999, *ndr.*), se essi contengono regole indicative sulla condotta che l'istituzione deve tenere e se non derogano alle norme del Trattato» (sentenza della Corte 24 marzo 1993, causa C-313/90, *Cirfs e a./Commissione*, in *Racc.* I-1125, punti 34 e 36; sentenza del Tribunale 12 dicembre 1996, causa T-380/94, *Aiuffass e AKT/Commissione*, in *Racc.* II-2169, punto 57). Il Tribunale ha inoltre affermato che «secondo una giurisprudenza costante, l'art. 92, n. 3 (*ora art. 87.3 ndr.*), del Trattato conferisce alla Commissione un ampio potere discrezionale per l'autorizzazione degli aiuti in deroga al divieto generale del n. 1 del detto articolo, in quanto l'accertamento, in siffatti casi, della compatibilità o dell'incompatibilità con il mercato comune di un aiuto statale solleva problemi che implicano la valutazione di fatti e circostanze economiche complesse (sentenza SFEI e a., *cit.*, punto 36). Il sindacato esercitato dal giudice comunitario deve pertanto limitarsi, a tal riguardo, alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere. *Non spetta quindi al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione*» (corsivo aggiunto).

contenute negli atti atipici adottati dalla Commissione, a prescindere dalla loro forza formale.

Il procedimento di normazione in materia di concorrenza, apparentemente non divergente dal normale assetto incentrato sul potere di deliberazione da parte del Consiglio e sul potere di esecuzione affidato alla Commissione, risulta nei fatti, tenendo conto di quanto esposto innanzi, peculiare e parzialmente «anomalo», essendo per certi versi il rapporto di forze tra Consiglio e Commissione ribaltato. Si ritiene che l'esecutivo comunitario, al di là delle differenze tra le singole categorie di atti sopra delineate — differenze che consideriamo assorbite dalla contiguità contenutistica — eserciti, nel campo della tutela della concorrenza, una duplice funzione: da un lato un'attività di controllo assimilabile a quella affidata alle autorità garanti della concorrenza sul piano nazionale, dall'altro un'attività normativa in senso lato, che, in quanto fortemente caratterizzata sotto il profilo contenutistico, si può ricondurre ad unità a prescindere dal *nomen iuris* dei singoli atti.

Il ricorso, da parte della Commissione, ad atti atipici e formalmente privi di carattere obbligatorio, e ciononostante idonei, in ultima istanza, ad imporsi ai loro destinatari, conferma, per un verso, l'elasticità e l'ampiezza dei poteri della Commissione stessa, che incontra gli unici limiti — dal punto di vista del contenuto — nelle norme dei trattati o in atti a portata generale eventualmente adottati dal Consiglio e, per altro verso, il carattere generale della competenza ad adottare atti di questo tipo, senza la necessità di fare riferimento ad una base giuridica *ad hoc* (62).

Stante quindi l'ampiezza delle funzioni della Commissione in materia di concorrenza e considerando che, in buona sostanza, questa cumula in sé il potere di proporre atti normativi, quello di darvi esecuzione e, nei limiti summenzionati, quello di adottarli, parrebbe opportuno operare una distinzione di carattere struttu-

---

(62) La non necessarietà dell'individuazione della base giuridica pertinente per l'emanazione di atti non obbligatori è compensata, nel quadro complessivo del sistema, dalla natura non vincolante degli stessi. Laddove siffatti atti siano invece idonei a produrre effetti giuridici — una volta ricusata la distinzione della dottrina tradizionale tra effetti giuridici diretti ed indiretti — dovrebbe essere affrontata la questione dell'eccessiva ampiezza del relativo potere generale di adozione in capo alla Commissione, privo delle costrizioni derivanti dall'individuazione di una procedura *ad hoc* e di una norma autorizzativa.

rale tra i compiti normativi e quelli di controllo. Se può essere condivisibile la concessione alla Commissione di un potere normativo nell'ambito della politica di concorrenza, in funzione della complessità delle valutazioni di carattere economico che sono inevitabilmente alla base dell'individuazione delle linee guida per il funzionamento di tale politica, sarebbe opportuno separare siffatto potere da quello di controllo *stricto sensu*. In buona sostanza si ritiene auspicabile la creazione di un'autorità garante della concorrenza e del mercato su scala comunitaria, in modo tale da disgiungere l'attività di controllo, da affidare a quest'ultima, da quella normativa, che potrebbe rimanere ripartita tra Consiglio e Commissione. Un assetto di questo genere consentirebbe, per un verso, di porre un rimedio all'attuale confusione tra le diverse funzioni di pertinenza della Commissione in materia di tutela della libera concorrenza e, dall'altro, di non caricare la Direzione Generale concorrenza presso la Commissione di una mole di lavoro eccessiva.

## 6. Conclusioni.

I limiti cui sono soggette le regioni, nello svolgimento dell'attività d'impulso e sviluppo dell'economia locale, possono discendere, alla luce dell'analisi compiuta, dal diritto della concorrenza, come disciplinato nell'ordinamento comunitario; è d'altronde evidente che gli stessi limiti si impongono al legislatore nazionale.

Una volta rigettata l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale all'art. 117 comma 2 lett. e) Cost. — e quindi escludendo che la concessione di aiuti di Stato ricada nell'ambito d'applicazione di tale disposizione — è necessario trarre le dovute conseguenze dalla coincidenza tra la nozione di concorrenza accolta nella L. n. 287/90 e quella accolta dal legislatore costituzionale della novella del 2001. In buona sostanza, la concessione di aiuti di Stato, dal punto di vista del diritto interno, appare ammissibile (63), a meno che non risulti idonea a pregiudicare gli

---

(63) Ovviamente tale ammissibilità viene meno laddove si ritenga costituzionalizzato il principio di concorrenza; in tal caso le misure di erogazione di vantaggi economici alle imprese risultano di per sé costituzionalmente illegittime, e ciò a prescindere dall'ordinamento comunitario (in questo senso G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle regioni e dello Stato*, cit.)

scambi su scala nazionale — ipotesi difficilmente verificabile — risultando quindi vietata ai sensi del disposto dell'art. 120 Cost.

Se, dal punto di vista del diritto comunitario, gli aiuti di Stato sono misure distorsive della concorrenza ed in quanto tali vietate, salvo che risulti applicabile una deroga *ex art.* 87.2 o 87.3 del Trattato (e quindi non appare ammissibile la posizione della Consulta, per la quale tali aiuti sarebbero uno strumento di tutela della concorrenza (64)) ma non sono vietate — tanto al legislatore nazionale che a quello regionale — dall'art. 117 comma 2 lett. e), rimane evidentemente un'area in cui la nozione nazionale di concorrenza non coincide con quella comunitaria.

Una volta dimostrata l'insufficienza della previsione dell'effetto diretto degli obblighi procedurali che l'art. 88.2 TCE pone in capo agli Stati membri, insufficienza confermata dall'assurda asimmetria tra i poteri della Commissione e quelli del giudice nazionale in tema di aiuti illegali (65), e fermo restando che l'art. 87 TCE non può esplicitare effetti diretti a causa della complessità delle valutazioni di carattere tecnico che la sua applicazione presuppone, ci si deve interrogare sull'ammissibilità dei provvedimenti concessori di aiuti di Stato, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, alla luce del disposto dell'art. 117 comma 1 Cost. Se è indubbio che le norme comunitarie dotate di effetto diretto debbano essere applicate dal giudice nazionale, eventualmente disapplicando le norme interne confliggenti, è legittimo interrogarsi sulla sorte di quelle norme, di origine comunitaria, prive dei requisiti della precisione, della chiarezza e del carattere incondizionato, che siano violate dal legislatore, tanto nazionale quanto regionale.

Nella misura in cui l'art. 117 comma 1 Cost. impone alle regioni ed allo Stato centrale, in sede di esercizio della potestà legislativa, il rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, si può supporre che un esercizio di siffatta potestà in violazione del diritto comunitario non *self executing* comporti l'illegittimità costituzionale delle norme adottate. Tale contrasto non dovrebbe però portare alla disapplicazione *tout court* da parte del giudice della controversia, meccanismo come detto operante per il diritto comunitario ad effetto diretto, bensì all'incidente di costi-

---

(64) In tal senso si veda A. PACE, *op. cit.*

(65) Sul punto vedi *supra*, nota 28.

tuzionalità davanti al giudice delle leggi. Fermo restando che l'art. 87 TCE non è idoneo ad esplicare effetto diretto, e prescindendo dall'effetto diretto degli obblighi procedurali *ex art.* 88.2 TCE — effetto che come sopra chiarito comporta un'anomalia per ciò che concerne i poteri concessi ai giudici nazionali — i provvedimenti legislativi di concessione di aiuti di Stato, da parte delle regioni ma anche da parte del governo centrale, contrastano con l'art. 117 comma 1 e, di conseguenza, il giudice adito può sollevare la questione della costituzionalità della norma stessa. Ciò non comporta una lesione del primato del diritto comunitario *self executing*, perché per le norme dotate di effetto diretto rimane valido ed operante il meccanismo della disapplicazione. La costituzionalizzazione del vincolo comunitario comporta che il legislatore dovrà rispettarlo come limite a monte; tale limite avrà la sua matrice nel diritto interno, in quanto sarà l'ordinamento costituzionale, e non quello comunitario, ad imporne il rispetto.

Sulla base di questo approccio si ritiene che le regioni — e, si ripete, anche lo Stato centrale — dovranno rispettare il complesso delle norme di diritto comunitario della concorrenza, tanto direttamente applicabili quanto prive di tale carattere (ivi compresi gli atti atipici formalmente non vincolanti adottati dalla Commissione, in quanto rientranti, sulla base del più volte citato criterio contenutistico, nel diritto comunitario — non condividendosi l'inclusione di tali tipologie di atti, *sic et simpliciter*, nella categoria della *soft law* (66)), le prime sulla base dell'art. 11 Cost. e le seconde sulla base dell'art. 117 comma 1 Cost.

Proprio perché l'art. 117 comma 1 impone il rispetto del diritto comunitario della concorrenza, a prescindere dall'effetto diretto che le singole norme possano esplicare, si ripropone con forza la questione delle eccessive ampiezza e indeterminazione dei poteri esercitati dalla Commissione in materia di concorrenza. Anche se la Commissione è pacificamente l'istituzione più idonea — per struttura e competenze tecniche — a gestire concretamente la politica di concorrenza, parrebbe opportuno introdurre un duplice vincolo, al fine di garantire i soggetti che vengano in contatto con essa: da un lato prevedendo una procedura *ad hoc* per l'adozione di atti normativi in tema di concorrenza — valevole

---

(66) Sul tema del valore degli atti generalmente inscrivibili nella categoria della *soft law*, vedi A. TANZI, *op. cit.* e D. THURER, *op. cit.*

---

anche per la problematica categoria delle comunicazioni — e, dall'altro, distinguendo funzionalmente o addirittura strutturalmente l'attività di controllo da quella normativa *stricto sensu*. Purtroppo nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, tali problematiche non sono state affrontate. Si è così perduta un'occasione tanto più grande in quanto con tale accordo si è ridisegnata la struttura delle fonti normative comunitarie e, soprattutto, si sono delineate, in maniera più nitida rispetto al passato, le diverse procedure per giungere all'adozione di atti normativi.





## MATERIALI COMUNITARI E NAZIONALI

(A cura di M. BONINI)

### CONSIGLIO EUROPEO CONCLUSIONI DELLA PRESIDENZA (\*)(\*\*) (Bruxelles, 23 e 24 marzo 2006)

1. La riunione è stata preceduta da una presentazione del sig. Josep Borrell, Presidente del Parlamento europeo, seguita da uno scambio di opinioni.

2. Il Consiglio ha tenuto inoltre uno scambio di opinioni con il Sig. Jean-Claude Trichet, Presidente della Banca centrale europea, con il Sig. Ernest-Antoine Seillière, Presidente dell'UNICE e con il Sig. Cándido Méndez Rodríguez, Presidente della CES, in presenza del Presidente del Parlamento europeo.

3. Il Consiglio europeo si è compiaciuto della comunicazione del Presidente del Governo spagnolo riguardo all'annuncio di un cessate il fuoco permanente da parte del gruppo terroristico ETA.

#### *Il rilancio della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*

4. Sulla scorta di quanto appreso dai cinque anni di attuazione della strategia di Lisbona il Consiglio europeo ne ha deciso un fondamentale rilancio nel marzo 2005. Ha concordato di procedere a un riorientamento delle priorità verso la crescita e l'occupazione in maniera coerente con la strategia per lo sviluppo sostenibile, mobilitando maggiormente tutti i mezzi nazionali e comunitari appropriati. Ha altresì convenuto un nuovo ciclo di governance basata sul partenariato e sulla titolarità.

5. Ad Hampton Court i Capi di Stato e di governo hanno dato ulteriore impulso politico alla strategia rilanciata, in particolare sottolineando il modo in cui i valori europei possono ispirare la modernizzazione delle nostre economie e società in un mondo globalizzato.

6. Infine, l'accordo raggiunto al Consiglio europeo del dicembre 2005 sulle prospettive finanziarie 2007-2013 ha rappresentato un importante passo avanti nel fornire all'Unione gli strumenti per realizzare le sue politiche, comprese quelle che contribuiscono ad una efficace attuazione della strategia di Lisbona rinnovata. Su tale base il Consiglio eu-

---

(\*) Segue nota a pag. 482.

(\*\*) Il documento qui pubblicato è tratto dal sito Internet <http://europa.eu.int/>. Come indicato nel sito stesso alla voce «*Avviso sul copyright*», la riproduzione dei documenti in esso contenuti è autorizzata con indicazione della fonte: Comunità europea 2006.

ropeo sottolinea l'importanza di concludere quanto prima il nuovo accordo interistituzionale per l'attuazione dell'accordo del Consiglio europeo del dicembre 2005, e di adottare rapidamente i necessari strumenti giuridici.

7. La situazione in Europa è caratterizzata dall'intensificarsi della concorrenza dall'estero, dall'invecchiamento della popolazione, dall'aumento dei prezzi dell'energia e dalla necessità di salvaguardare la sicurezza energetica. Dalla fine del 2005 è in atto una graduale ripresa economica e si prevede che i livelli di crescita tornino vicino al potenziale nel 2006. L'U.E. dovrebbe creare sei milioni di nuovi posti di lavoro nel triennio 2005-2007 e contribuire in tal modo a ridurre la disoccupazione dall'1% circa nel 2007 della punta massima del 9% registrata alla fine del 2004. Le sfide più grandi cui deve far fronte l'Unione rimangono tuttavia l'ulteriore riduzione del livello della disoccupazione, l'incremento della produttività e l'aumento del potenziale di crescita.

8. Far fronte all'invecchiamento della popolazione e beneficiare appieno della globalizzazione costituiscono i due principali fattori delle riforme strutturali. Ulteriori riforme strutturali sono necessarie per aumentare la competitività dell'Europa e sostenere la crescita, contribuendo così ad un aumento del tenore di vita e alla creazione di nuovi posti di lavoro. Parallelamente, politiche macroeconomiche adeguate sono la chiave per trarre tutti i vantaggi delle riforme strutturali in termini di crescita e occupazione. Il miglioramento della fiducia delle imprese e dei consumatori contribuirà a portare stabilmente la crescita al suo livello potenziale. Un risoluto risanamento di bilancio rafforzerà ulteriormente le condizioni per una maggiore crescita e occupazione.

9. La ripresa economica fornisce una grossa opportunità per portare avanti con vigore le riforme strutturali in linea con i programmi nazionali di riforma, nonché per migliorare il risanamento di bilancio in linea con il rinnovato patto di stabilità e crescita. In tale contesto gli obiettivi e i calendari concreti sono un utile strumento per velocizzare l'attuazione delle riforme previste e per fornire migliori risultati in termini di crescita e occupazione.

10. Il Consiglio europeo saluta con favore la comunicazione della Commissione «È ora di cambiare marcia», il lavoro svolto dal Consiglio, e il fatto che tutti gli Stati membri abbiano rapidamente elaborato i loro programmi nazionali di riforma (PNR) in base agli orientamenti integrati. I PNR sono adattati alle esigenze proprie degli Stati membri e alle loro situazioni specifiche. Il Consiglio europeo saluta altresì con favore i progressi realizzati nell'ambito del programma comunitario di Lisbona.

11. Il Consiglio europeo prende atto dell'ampia convergenza di vedute nei PNR sulle sfide chiave. Osserva altresì che i PNR contengono una ricca serie di politiche promettenti da condividere e da cui trarre insegnamento. Tuttavia, il Consiglio europeo prende atto nel contempo dell'opinione della Commissione secondo cui alcuni PNR potrebbero comprendere obiettivi e calendari più specifici ed essere più dettagliati anche per quanto riguarda la competitività e la rimozione degli ostacoli

di accesso al mercato, occorrono ulteriori dettagli sugli aspetti finanziari delle riforme previste.

12. Gli Stati membri hanno compiuto seri sforzi per coinvolgere i parlamenti nazionali e i rappresentanti delle autorità regionali e locali nonché le parti sociali ed altre parti interessate della società civile nella formulazione dei PNR. Il Consiglio europeo saluta altresì le iniziative avviate dal Parlamento europeo, dal Comitato delle regioni e dal Comitato economico e sociale europeo per accrescere l'appropriazione a livello comunitario. Incoraggia il Comitato economico e sociale europeo e il Comitato delle regioni a proseguire i lavori e chiede loro di presentare relazioni di sintesi a sostegno del partenariato per la crescita e l'occupazione all'inizio del 2008.

13. È necessario coinvolgere più attivamente nel processo i cittadini europei per far loro meglio comprendere che riforme tempestive ed adeguatamente realizzate contribuiranno ad una maggiore e meglio distribuita prosperità. Un effettivo partenariato rinnovato per la crescita e l'occupazione richiederà un contributo attivo e la responsabilità delle parti sociali. In tale contesto un valido strumento sarà il loro programma di lavoro pluriennale approvato di recente. Il Consiglio europeo saluta con favore l'intenzione della presidenza finlandese di tenere un vertice sociale trilaterale.

14. Il Consiglio europeo riconosce la particolare importanza dell'intensificazione delle riforme strutturali negli Stati membri della zona euro, e sottolinea la necessità di un efficace coordinamento delle politiche in questo settore, segnatamente quale requisito per affrontare più efficacemente gli sviluppi economici asimmetrici nell'ambito dell'unione monetaria.

15. Ora che i PRN sono definiti, è essenziale mantenere lo slancio assicurandone l'effettiva, tempestiva e globale attuazione e rafforzare, se necessario, le misure previste nei PNR, in conformità del quadro, delle procedure e degli obblighi di comunicazione definiti dal Consiglio europeo del marzo 2005, nonché degli orientamenti adottati nel giugno 2005. Di conseguenza, il Consiglio europeo:

— invita gli Stati membri a riferire nell'autunno 2006 sulle misure prese per attuare i PNR, secondo le loro priorità, tenendo in debito conto la valutazione della Commissione e del Consiglio nel contesto della sorveglianza multilaterale nonché le azioni prioritarie concordate, menzionate qui di seguito; invita inoltre a tener conto dei PNR al momento dell'elaborazione dei quadri strategici nazionali di riferimento per la coesione;

— invita il Consiglio, la Commissione e gli Stati membri a organizzare lo scambio di esperienze in modo pratico e la Commissione a rivolgere particolare attenzione, nella sua relazione in vista del Consiglio europeo di primavera del 2007 sui progressi verso l'attuazione dei PNR, alle azioni prioritarie, proponendo ogni misura supplementare che possa necessaria.

16. Il Consiglio europeo conferma che gli orientamenti integrati per la crescita e l'occupazione per il 2005-2008 restano validi. In questo contesto esso conviene quanto segue:

— *definizione di settori specifici per azioni prioritarie* riguardanti gli investimenti nella conoscenza e nell'innovazione, il potenziale delle imprese, in particolare quello delle PMI e l'occupazione per le categorie prioritarie (cfr. parte I); nonché *definizione di una nuova politica energetica per l'Europa* (cfr. parte II);

— *misure che devono essere prese a tutti i livelli per mantenere lo slancio* in tutti i pilastri del partenariato per la crescita e l'occupazione (cfr. parte III).

## PARTE I

### *Settori specifici per azioni prioritarie*

17. Il Consiglio europeo approva i seguenti settori specifici per le azioni prioritarie da attuare entro il 2007 nel contesto del rinnovato partenariato per la crescita e l'occupazione.

#### *a) Investire di più nella conoscenza e nell'innovazione*

18. Tenuto conto dell'importanza della ricerca e dello sviluppo (R & S) per la crescita futura e per la risoluzione di molti degli attuali problemi della nostra società, il Consiglio europeo ribadisce l'impegno assunto a Barcellona, plaude ai progressi compiuti nel fissare specifici obiettivi nazionali e chiede a tutti gli Stati membri di promuovere politiche e azioni per conseguire l'obiettivo generale stabilito del 3% entro il 2010, tenuto conto dei differenti punti di partenza degli Stati membri (allegato I). Al fine di prevedere maggiori e migliori risorse per la ricerca e l'innovazione, gli Stati membri dovrebbero riorientare la spesa pubblica sulla ricerca e l'innovazione, come pure promuovere l'R&S da parte del settore privato, specialmente perfezionando la combinazione degli strumenti di sostegno.

19. Il Consiglio europeo invita a procedere speditamente all'adozione del *settimo programma quadro* di ricerca e sviluppo e del nuovo programma per la competitività e l'innovazione. Esso chiede la rapida istituzione del Consiglio europeo della ricerca che operi sulla base di criteri volti ad innalzare ancor di più il livello di eccellenza delle migliori équipes europee di ricerca. L'azione intrapresa nell'ambito del programma quadro di ricerca dovrebbe essere meglio coordinata con altre azioni europee e nazionali di promozione dei partenariati tra settore pubblico e privato, comprese le iniziative intergovernative come Eureka.

20. Il Consiglio europeo esorta la BEI a sostenere l'innovazione e a rafforzare la sua azione nell'R&S, mediante un meccanismo di finanziamento con ripartizione dei rischi da mettere a punto il più presto possibile. Il Consiglio europeo prevede che fino a 30 miliardi di EUR in capitale di rischio e prestiti bancari garantiti siano finanziati mediante i nuovi strumenti finanziari basati sul cofinanziamento di bilancio della BEI e dell'U.E. per il periodo fino al 2013 e il coinvolgimento del settore privato.

21. Andrebbe promosso un *ambiente dinamico* con la creazione di cluster attraenti. Si invitano gli Stati membri a creare un mercato del la-

voro europeo unico, aperto e competitivo per i ricercatori, segnatamente superando gli ostacoli che restano per quanto riguarda la mobilità geografica e intersettoriale nonché migliorando l'occupazione e le condizioni di lavoro dei ricercatori e attirando giovani talenti della ricerca verso le carriere di ricercatore. Occorrerebbe potenziare la cooperazione e il trasferimento di tecnologie tra ricerca pubblica e industria, sia all'interno, sia al di là dei confini nazionali, creando anche le condizioni per l'inserimento dei ricercatori nell'industria.

22. Un approccio globale alla politica dell'innovazione può essere raggiunto sostenendo i mercati di beni e servizi innovativi e l'eccellenza nella ricerca nel campo delle nuove tecnologie, ivi comprese le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) e le eco-innovazioni. Questo comporterebbe tra l'altro di individuare le migliori pratiche nelle politiche di innovazione che abbiano maggiori possibilità di creare un valore aggiunto reale e di promuovere la produttività. Inoltre andrebbero rafforzati i collegamenti tra R & S, sistemi di innovazione e mondo imprenditoriale per migliorare l'efficacia del processo innovativo e accorciare i tempi occorrenti alle innovazioni per maturare ed essere trasposte in prodotti commerciali e servizi. Il Consiglio europeo chiede di conseguenza una vasta strategia di innovazione per l'Europa che converta gli investimenti nella conoscenza in prodotti e servizi. In questo contesto il Consiglio europeo rileva il significato della «Relazione Aho» in merito alla creazione di un'Europa innovativa ed invita la Commissione a valutare le sue raccomandazioni e la prossima Presidenza a riferire sui progressi compiuti prima della fine del 2006.

23. *L'istruzione e la formazione* sono elementi critici nello sviluppo delle potenzialità dell'OU.E. a lungo termine sotto il profilo della competitività, nonché della coesione sociale. È fondamentale ambire all'eccellenza e all'innovazione a tutti i livelli di istruzione e di formazione, specialmente migliorando i collegamenti tra istruzione superiore, ricerca e imprese. Occorre altresì accelerare riforme che pongano in essere sistemi scolastici di elevata qualità che siano tanto efficaci, quanto equi. Le strategie nazionali per l'apprendimento permanente dovrebbero fornire a tutti i cittadini le competenze e le qualifiche loro occorrenti, avvalendosi di un'assistenza crescente a livello comunitario da parte di programmi di istruzione e formazione quali Erasmus e Leonardo. A sostegno di una maggiore mobilità e di un efficiente mercato del lavoro andrebbero anche compiuti progressi riguardo al quadro europeo delle qualifiche (EQF).

24. *Gli investimenti nel campo dell'istruzione e della formazione* producono elevati benefici che superano di gran lunga i costi e si estendono ben oltre il 2010. Essi dovrebbero privilegiare settori che offrono rendimenti economici e risultati sociali elevati. L'istruzione e la formazione devono occupare una posizione centrale nell'agenda di riforme di Lisbona; in tale contesto sarà fondamentale il programma di apprendimento permanente 2007-2013. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri, in linea con le pratiche nazionali, ad agevolare l'accesso delle uni-

versità a fonti di finanziamento complementari, parti private comprese, e ad eliminare gli ostacoli che si frappongono ai partenariati fra settore pubblico e settore privato con le imprese. Inoltre, esso sottolinea il ruolo cruciale delle università e dei loro ricercatori nella divulgazione e nel trasferimento dei risultati della ricerca alla comunità imprenditoriale e, quindi, l'esigenza di sviluppare capacità e competenze manageriali per gli interessati. Il Consiglio europeo attende con interesse la relazione della Commissione sull'istruzione superiore che affronterà in particolare il triangolo istruzione-ricerca-innovazione nonché i legami tra università e comunità imprenditoriale.

25. Il Consiglio europeo rileva l'importanza della comunicazione della Commissione sull'Istituto europeo di tecnologia ed esaminerà ulteriormente le idee, al fine di intensificare, insieme ad altre azioni, la messa in rete e le sinergie tra i centri di eccellenza per la ricerca e l'innovazione in Europa. Il Consiglio europeo riconosce che un Istituto europeo di tecnologia — basato su reti di altissimo livello aperte a tutti gli Stati membri — sarà un'iniziativa importante per colmare il divario esistente tra insegnamento superiore, ricerca e innovazione, insieme ad altre azioni che intensificano la messa in rete e le sinergie tra i centri di eccellenza per la ricerca e l'innovazione in Europa. Il Consiglio europeo della ricerca dovrebbe assumere un ruolo guida in tale contesto. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare una proposta di iniziative ulteriori entro la metà di giugno 2006.

*b) Sbloccare il potenziale delle imprese, soprattutto quello delle PMI*

26. Si è concordi sull'importanza globale di una base industriale forte e competitiva in Europa e quindi sull'esigenza di una concezione moderna e coerente per l'industria manifatturiera dell'U.E. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di conseguire il giusto equilibrio tra approcci orizzontali e settoriali e si rifà alla necessità di migliorare la coerenza delle politiche per poter trarre vantaggio su più larga scala da potenziali sinergie. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a sviluppare proattivamente strategie nazionali e ad attuare misure per promuovere la competitività, l'innovazione e la produttività mediante politiche che affrontino la dimensione sociale e le esigenze dei singoli nel processo di internazionalizzazione e cambiamento strutturale.

27. Il Consiglio europeo riconosce che è della massima importanza creare un contesto imprenditoriale più favorevole, specialmente per le piccole e medie imprese (PMI) che costituiscono la spina dorsale dell'economia europea. A livello comunitario sono stati compiuti progressi significativi, segnatamente grazie alle accurate ed equilibrate valutazioni d'impatto della Commissione per proposte nuove e alla maggiore importanza da esse attribuita alla dimensione competitività nonché alla realizzazione del programma modulato convenuto in materia di semplificazione. Per completare tali sforzi a livello nazionale, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a recepire, applicare e attuare pienamente la normativa comunitaria affinché i consumatori, i

lavoratori e le imprese possano godere dei vantaggi del mercato interno.

28. Le PMI hanno un ruolo cruciale nell'aumentare la crescita e creare migliori opportunità occupazionali in Europa. Occorre elaborare politiche globali di sostegno per PMI di ogni genere nonché un contesto normativo semplice, trasparente e di facile applicazione. Il principio «Pensare anzitutto in piccolo» (Think small first) deve essere applicato sistematicamente e divenire il principio guida per tutta la pertinente legislazione sia comunitaria, sia nazionale. Il Consiglio europeo invita quindi la Commissione a presentare disposizioni specifiche per incoraggiare la crescita e lo sviluppo delle PMI, come periodi di transizione più lunghi, diritti ridotti, minori obblighi in materia di rendiconto e di deroghe. Il Consiglio si aspetta inoltre che la Commissione continui ad assistere gli Stati membri nell'adattare le loro politiche per le PMI e a promuovere il dialogo con tutte le parti interessate.

29. Si invita la Commissione ad avviare un esercizio per misurare i costi amministrativi associati a normative dell'U.E. in settori specifici, attribuendo particolare attenzione alle PMI, e per stabilire quali costi derivano direttamente dalla normativa dell'U.E. e quali costi risultano dalle diverse modalità di recepimento della normativa dell'U.E. da parte degli Stati membri. Tale esercizio dovrebbe essere coordinato con le iniziative nazionali in corso. Su tale base la Commissione è invitata ad esaminare opzioni per definire obiettivi misurabili in settori specifici al fine di ridurre gli oneri amministrativi e a riferire al Consiglio sui progressi entro la fine del 2006. Il Consiglio europeo si compiace dell'impegno della Commissione di ridurre ulteriormente l'onere statistico sulle PMI.

30. Gli Stati membri dovrebbero istituire entro il 2007 uno «sportello unico» o dispositivi ad effetto equivalente che consenta di avviare un'impresa in modo rapido e semplice. Gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate per abbreviare notevolmente il tempo medio necessario per avviare un'impresa, in particolare una PMI, con l'obiettivo di effettuare tale operazione in una settimana in tutta l'OU.E. entro la fine del 2007. Le spese di avviamento dovrebbero essere le più basse possibile e l'assunzione di un primo dipendente dovrebbe richiedere, al massimo, l'intervento di un unico punto di contatto dell'amministrazione pubblica.

31. L'Europa ha bisogno di un maggior numero di imprenditori dotati delle adeguate capacità per sostenere la concorrenza sui mercati. Il Consiglio europeo sottolinea pertanto l'esigenza di creare un clima imprenditoriale globalmente favorevole e idonee condizioni contestuali che agevolino ed incoraggino l'imprenditorialità e invita gli Stati membri a rafforzare le rispettive misure, anche mediante l'istruzione e la formazione imprenditoriale al livello adeguato di istruzione. Anche la comunicazione e i media, e l'industria creativa in generale, possono svolgere un importante ruolo nel promuovere l'imprenditorialità e nell'incoraggiare la scelta di una carriera imprenditoriale. Inoltre, nei PNR e nelle pertinenti relazioni, dovrebbero essere menzionate esplicitamente misure intese a miglio-



rare l'ambiente in cui operano le PMI e a incoraggiare un maggior numero di persone a diventare imprenditori, in particolare donne e giovani.

32. Un mercato finanziario completamente integrato e una sufficiente accessibilità ai finanziamenti sono fondamentali per la crescita di imprese piccole e medie. Se non viene affrontata opportunamente, la mancanza di finanziamenti continuerà ad ostacolare l'innovazione nelle PMI. A livello comunitario saranno messe a disposizione fonti di finanziamento tramite gli strumenti finanziari previsti dai futuri programmi comunitari, in particolare dal settimo programma quadro di ricerca e dal programma per la competitività e l'innovazione (CIP). Il Consiglio invita altresì gli Stati membri a sfruttare appieno le possibilità offerte dai fondi strutturali, tramite gli strumenti di finanziamento tradizionali e nuovi quali JEREMIE. Inoltre, meritano maggiore attenzione le potenzialità delle PMI relativamente ai diritti di proprietà intellettuale (DPI). L'accesso delle PMI ai mercati sarà migliorato facilitando il loro accesso alla standardizzazione e al mercato degli appalti pubblici, nonché sostenendone l'internazionalizzazione.

33. Il Consiglio europeo plaude all'intenzione della Commissione di tenere pienamente conto della necessità di esaminare la possibilità di modificare le norme sugli aiuti di Stato in vigore in relazione alle PMI e di semplificare le procedure amministrative, tra l'altro prevedendo maggiori esenzioni per categoria, mantenendo nel contempo l'obiettivo della riduzione degli aiuti di Stato e di una loro migliore destinazione. In questo contesto rileva le possibilità di aiuti agli investimenti e all'occupazione fino a 15 milioni di EUR per le PMI, senza necessità di notifica. Accoglie inoltre con favore l'intenzione della Commissione di esaminare la possibilità di raddoppiare l'importo del massimale «*de minimis*» tenendo pienamente conto delle consultazioni in corso e in linea con il trattato e con la giurisprudenza esistente. Più in generale, tenendo conto degli aspetti esterni della competitività, ritiene che la revisione degli aiuti di Stato dovrebbe incoraggiare un livello elevato di investimenti in Europa ed essere un incentivo per futuri investimenti.

*c) Aumentare le opportunità di occupazione per le categorie prioritarie*

34. L'aumento dell'occupazione in Europa rimane una delle massime priorità per la riforma. Le riforme del mercato del lavoro che sono state intraprese in anni recenti stanno cominciando a dare risultati. Un obiettivo fondamentale è la crescita della partecipazione al mercato del lavoro, specialmente dei giovani, delle donne, dei lavoratori anziani, dei disabili, degli immigrati legali e delle minoranze. Per raggiungere questi obiettivi i lavori dovrebbero essere svolti in stretta cooperazione con le parti sociali.

35. Approfittando delle migliorate prospettive economiche dell'Europa per creare nuovi e migliori posti di lavoro, maggiori sforzi devono essere fatti ora per l'attuazione della strategia europea per l'occupazione e delle tre priorità per l'azione: attrarre e mantenere più persone nel mondo del lavoro, aumentare la disponibilità di manodopera e mo-

dernizzare i sistemi di sicurezza sociale, accrescere la capacità d'adattamento dei lavoratori e delle imprese, e aumentare gli investimenti in capitale umano migliorando l'istruzione e le competenze. Una migliore organizzazione del lavoro, la qualità della vita lavorativa e il continuo aggiornamento delle qualifiche dei lavoratori sono fattori che dovrebbero essere analizzati al fine di stimolare la produttività della manodopera.

36. Vista la graduale ripresa economica in corso, sono necessarie ulteriori misure attive per realizzare un aumento dell'occupazione europea di almeno 2 milioni di posti di lavoro all'anno fino al 2010 come ulteriore passo per raggiungere gli obiettivi in materia di occupazione del partenariato per la crescita e l'occupazione.

37. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a:

— sviluppare un approccio al lavoro basato sul ciclo di vita che faciliti la transizione rapida da un'occupazione all'altra lungo l'intera vita attiva e comporti un aumento del numero totale di ore di lavoro nonché un miglioramento dell'efficienza degli investimenti in capitale umano;

— perseguire la transizione a politiche attive e preventive, incoraggiando ed aiutando le persone a trovare un lavoro remunerato;

— mirare meglio le misure a favore dei lavoratori poco qualificati e poco pagati, in particolare quelle a favore di chi si trova ai margini del mercato del lavoro.

38. Urge migliorare la situazione dei giovani nel mercato del lavoro e ridurre significativamente la disoccupazione giovanile. A tal fine il Consiglio europeo sottolinea che in linea con l'obiettivo concordato per il 2010 dovrebbero essere intensificati gli sforzi per ridurre al 10% la dispersione scolastica e per assicurare che almeno l'85% dei ventiduenni abbiano completato l'educazione secondaria superiore. Per la fine del 2007 a tutti i giovani che hanno lasciato la scuola e sono disoccupati dovrebbe essere offerto entro sei mesi un lavoro, un apprendistato, una formazione supplementare o qualsiasi altra misura atta a favorire il loro inserimento professionale; entro il 2010 questo termine deve essere al massimo di 4 mesi.

39. Per incentivare i lavoratori anziani a svolgere più a lungo un'attività professionale il Consiglio sottolinea l'importanza di attuare strategie per l'invecchiamento attivo. In questo contesto dovrebbero essere considerati incentivi per prolungare la vita lavorativa, i pensionamenti progressivi, il lavoro a tempo parziale, il miglioramento della qualità del lavoro e incentivi mirati per assicurare che il numero dei lavoratori anziani che seguono una formazione aumenti più rapidamente del numero corrispondente rispetto alla popolazione attiva totale.

40. Riconoscendo che politiche volte a promuovere la parità di genere sono vitali per la crescita economica, la prosperità e la competitività, il Consiglio europeo sottolinea che è ora di impegnarsi decisamente a livello europeo per attuare politiche che promuovano l'occupazione delle donne e per assicurare un migliore equilibrio tra vita professionale e familiare. A tal fine il Consiglio europeo approva il patto europeo per la parità di genere (cfr. allegato II) e concorda che

la disponibilità di strutture valide per la custodia dell'infanzia dovrebbe essere aumentata in funzione degli obiettivi nazionali dei singoli Stati membri.

41. Il Consiglio europeo evidenzia la necessità di sviluppare in maniera più sistematica nei PNR strategie a tutto campo per migliorare l'adattabilità dei lavoratori e delle imprese. In questo contesto il Consiglio europeo chiede agli Stati membri di porre particolare attenzione alla sfida chiave della «flessicurezza» (ossia bilanciamento tra flessibilità e sicurezza). L'Europa deve sfruttare le interdipendenze positive tra competitività, occupazione e sicurezza sociale. Pertanto gli Stati membri sono invitati a portare avanti, in accordo con le rispettive situazioni del mercato del lavoro, le riforme nel mercato del lavoro e nelle politiche sociali in base ad un approccio integrato di «flessicurezza», adeguatamente adattato agli specifici contesti istituzionali, tenendo conto della segmentazione del mercato in questione. In questo quadro la Commissione, insieme con gli Stati membri e le parti sociali, esaminerà lo sviluppo di una serie di principi comuni in materia di «flessicurezza». Tali principi potranno essere un riferimento utile nel conseguimento di mercati del lavoro più aperti e reattivi nonché di luoghi di lavoro più produttivi.

42. In tale contesto prende anche atto della proposta della Commissione di istituire un fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione, accessibile a tutti gli Stati membri, inteso a fornire un sostegno supplementare ai lavoratori privati del loro impiego in seguito a modifiche strutturali importanti nel commercio mondiale, nonché un'assistenza nella loro riconversione professionale e nella ricerca di un impiego ed invita il Consiglio, il Parlamento europeo e la Commissione a adottare le misure adeguate per rendere il fondo quanto prima operativo, di preferenza il 1 gennaio 2007.

## PARTE II

### *Una politica energetica per l'Europa*

43. Il Consiglio europeo prende atto che l'Europa si trova di fronte a numerose sfide nel settore dell'energia: la persistente situazione di difficoltà nei mercati del petrolio e del gas, la crescente dipendenza dalle importazioni e la diversificazione limitata sinora realizzata, prezzi dell'energia elevati ed instabili, l'aumento della domanda di energia a livello mondiale, i rischi per la sicurezza nei paesi di produzione e di transito e nelle vie di trasporto, le crescenti minacce poste dai cambiamenti climatici, scarsi progressi nel settore dell'efficienza energetica e dell'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili, la necessità di una maggiore trasparenza nei mercati energetici e di un'ulteriore integrazione e interconnessione dei mercati energetici nazionali con l'imminente completamento della liberalizzazione del mercato dell'energia (luglio 2007), il limitato coordinamento tra i soggetti che operano in campo energetico mentre sono necessari cospicui investimenti in infrastrutture energetiche. L'inerzia di fronte a queste sfide ha un impatto -

diretto sull'ambiente dell'U.E., sull'occupazione e sul potenziale di crescita.

44. In risposta a tali sfide e sulla base del Libro verde della Commissione «Una strategia europea per un'energia sicura, competitiva e sostenibile» e del contributo del Consiglio, ben articolati fra loro, il Consiglio europeo esorta a definire una politica energetica per l'Europa, finalizzata a politiche comunitarie efficaci e alla coerenza tra gli Stati membri e tra le azioni nei diversi settori di intervento e che soddisfi i tre obiettivi della sicurezza dell'approvvigionamento, della competitività e della sostenibilità ambientale.

45. Il Consiglio europeo sottolinea che, per realizzare tale coerenza la politica energetica deve soddisfare le esigenze di vari settori di intervento nelle politiche sia interne che esterne dell'U.E.. Nel quadro di una strategia di crescita e attraverso mercati aperti e competitivi, tale politica favorisce gli investimenti, lo sviluppo tecnologico, il commercio nazionale ed internazionale. È strettamente collegata alla politica ambientale, all'occupazione, alle politiche regionali e, in particolare, alla politica dei trasporti. Gli aspetti di politica estera e dello sviluppo stanno inoltre acquistando sempre maggiore importanza nella promozione degli obiettivi di politica energetica in altri paesi. Il Consiglio europeo invita pertanto a realizzare un maggior coordinamento tra le varie formazioni del Consiglio ed invita la Commissione europea a tener conto dei principi di una migliore regolamentazione nella preparazione di ulteriori azioni.

46. La politica energetica per l'Europa dovrebbe essere elaborata sulla base di una comprensione e di conoscenze adeguate del fabbisogno energetico e delle politiche energetiche degli Stati membri, tenendo presente il ruolo strategico del settore energetico. La politica energetica per l'Europa dovrebbe pertanto fondarsi su una visione condivisa delle prospettive a lungo termine dell'approvvigionamento e della domanda e su una valutazione oggettiva e trasparente dei vantaggi e degli svantaggi di tutte le fonti di energia e dovrebbe contribuire in modo equilibrato ai suoi tre obiettivi principali.

a) Aumentare la sicurezza dell'approvvigionamento mediante:

- lo sviluppo di un approccio comune in materia di politica delle relazioni esterne a sostegno degli obiettivi di politica energetica e la promozione del dialogo in materia di energia tra, da un lato, l'U.E. ed i suoi Stati membri e, dall'altro, i loro principali partner, siano essi paesi produttori, di transito o consumatori, in sinergia con le competenti organizzazioni internazionali;
- una maggiore diversificazione riguardo alle fonti energetiche sia interne sia esterne, ai fornitori ed alle vie di trasporto, sostenuta da investimenti nelle necessarie infrastrutture, inclusi gli impianti di GNL;
- approcci operativi comuni per far fronte alle situazioni di crisi in uno spirito di solidarietà, tenendo conto degli aspetti di sussidiarietà.

b) Assicurare la *competitività* delle economie europee e prezzi abbordabili dell'approvvigionamento energetico a vantaggio sia delle imprese sia dei consumatori, in un quadro normativo stabile:

- cooperando con gli Stati membri per completare l'apertura del mercato interno dell'elettricità e del gas per tutti i consumatori entro la metà del 2007, accettando nel contempo la particolare situazione di alcuni Stati membri piccoli e isolati;

- assicurando l'applicazione completa, effettiva e trasparente della legislazione del mercato interno, che dovrebbe svolgere altresì un ruolo fondamentale nella sicurezza dell'approvvigionamento;

- promuovendo approcci simili a quelli del mercato interno dell'energia ai paesi vicini e rafforzando il coordinamento e il ruolo delle autorità di regolamentazione nel settore energetico;

- accelerando lo sviluppo della cooperazione regionale in materia di energia all'interno dell'U.E., facilitando l'integrazione dei mercati regionali nel mercato interno dell'U.E. e il suo ulteriore sviluppo, con particolare attenzione ai paesi e alle regioni in ampia misura isolate dal mercato energetico dell'U.E.;

- incoraggiando lo sviluppo rapido e coerente delle capacità di stoccaggio e delle infrastrutture, in particolare delle interconnessioni del gas e dell'energia elettrica, con, nel caso dell'energia elettrica, un obiettivo pari ad almeno il 10% della capacità di produzione installata degli Stati membri; come convenuto dal Consiglio europeo di Barcellona del 2002, ai finanziamenti dovrebbero provvedere soprattutto le imprese interessate;

- riesaminando le direttive ed il quadro giuridico esistenti al fine di snellire le procedure di autorizzazione amministrativa per i progetti di investimento e sviluppare un contesto normativo più favorevole a tali progetti.

c) Promuovere la *sostenibilità* ambientale:

- rafforzando il ruolo guida dell'U.E. mediante l'adozione di un piano d'azione ambizioso e realistico sull'efficienza energetica, tenendo presente il potenziale di risparmio energetico dell'U.E. del 20% entro il 2020, secondo le stime della Commissione, e tenendo conto delle misure già attuate dagli Stati membri;

- rafforzando il ruolo guida dell'U.E. mediante la prosecuzione dello sviluppo a livello dell'U.E. di energie rinnovabili (tabella di marcia) in base ad un'analisi della Commissione su come raggiungere gli obiettivi esistenti (2010) e su come sostenere, in maniera efficiente in termini di costi, gli attuali sforzi a lungo termine, ad esempio prendendo in considerazione l'aumento, entro il 2015, della quota di energie rinnovabili, con un obiettivo del 15%, e la proporzione di biocombustibili, con un obiettivo dell'8%, e sviluppando una strategia a medio e lungo termine per ridurre la dipendenza dell'U.E. dalle importazioni di

energia in modo da realizzare gli obiettivi della strategia per la crescita e l'occupazione tenendo conto dei problemi delle isole o delle regioni fortemente isolate dal mercato dell'energia U.E.;

- attuando il piano d'azione per la biomassa;
- nel contesto della definizione di una strategia dell'U.E. a medio-lungo termine di lotta ai cambiamenti climatici, completando il riesame del regime U.E. per lo scambio di quote di emissioni in quanto strumento atto a realizzare gli obiettivi in materia di cambiamenti climatici in maniera efficace sotto il profilo dei costi, assicurando certezza a medio e lungo termine per gli investitori e valutando il potenziale di vari settori rispetto a tali obiettivi;
- assicurando un sostegno adeguato da parte degli strumenti di R, S & D a livello nazionale e comunitario a favore dell'efficienza energetica, delle energie sostenibili e delle tecnologie a bassa emissione.

47. Nel realizzare tali obiettivi principali la politica energetica per l'Europa dovrebbe:

- assicurare la trasparenza e la non discriminazione nei mercati;
- essere coerente con le regole di concorrenza;
- essere coerente con gli obblighi di servizio pubblico;
- rispettare pienamente la sovranità degli Stati membri sulle fonti primarie di energia e sulla scelta della combinazione di fonti energetiche.

48. Il Consiglio europeo invita la Commissione europea e l'Alto rappresentante a cooperare strettamente per quanto riguarda l'importante questione delle relazioni esterne in materia di energia e a fornire contributi per una strategia U.E. che potrebbe essere discussa nella prossima riunione del Consiglio europeo

49. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'intenzione della Commissione di presentare, su base regolare a decorrere dal 2007, un riesame strategico della politica energetica che tratti in particolare gli obiettivi e le azioni necessari per una politica energetica esterna a medio-lungo termine. In tale occasione gli Stati membri potrebbero riferire in merito alle azioni di interesse europeo. Nell'ultima parte del 2006 si dovrebbero tenere discussioni preparatorie.

50. L'allegato III elenca una serie di eventuali azioni che potrebbero contribuire al conseguimento degli obiettivi summenzionati. La decisione di nuove azioni dovrebbe essere realizzata in sinergia con i lavori svolti dalle istituzioni, consessi, meccanismi o processi internazionali esistenti. Su tale base il Consiglio europeo invita la Commissione e il Consiglio a elaborare una serie di azioni con un calendario chiaro che gli consenta di adottare un piano d'azione con un ordine di priorità nella sessione di primavera 2007.

51. Data l'urgenza delle sfide da affrontare, il Consiglio europeo invita la Commissione ad iniziare con le seguenti misure: — presentare un piano d'azione sull'efficienza energetica entro il primo semestre del 2006; — attuare il piano d'azione per la biomassa; — sviluppare un piano prioritario di interconnessione e facilitare la realizzazione di progetti

di infrastrutture prioritarie contribuendo alla diversificazione dell'approvvigionamento e all'integrazione dei mercati regionali nel mercato interno dell'U.E., prendendo atto del ruolo primario delle imprese interessate; rendere più efficace il dialogo U.E.-Russia incluso per quanto concerne la ratifica della Carta dell'energia e la conclusione del protocollo sul transito durante la presidenza russa del G8; sviluppare una strategia per l'esportazione dell'approccio del mercato interno dell'energia ai paesi vicini; — garantire un'adeguata priorità all'energia nel settimo programma quadro; — avviare l'analisi delle prospettive a lungo termine dell'approvvigionamento e della domanda; — migliorare la trasparenza del mercato energetico, in particolare dei dati sulle capacità di stoccaggio del gas e sulle scorte di petrolio.

### PARTE III

#### *Mantenere lo slancio a tutti i livelli*

##### *a) Assicurare finanze pubbliche sane e sostenibili*

52. Attualmente, 12 Stati membri dell'U.E. registrano un disavanzo eccessivo e i livelli di debito superano il 60% del PIL in diversi Stati membri. Il Consiglio europeo esorta pertanto gli Stati membri a cogliere l'opportunità della ripresa economica in atto per proseguire il risanamento del bilancio conformemente al patto di stabilità e crescita. Nell'attuale contesto di ripresa, gli Stati membri dovrebbero compiere rapidi progressi verso il loro obiettivo a medio termine e gli Stati membri in disavanzo eccessivo dovrebbero perseguire un ambizioso risanamento finanziario, ponendovi così fine al più presto.

53. Sono necessarie ulteriori riforme globali in molti Stati membri per migliorare la sostenibilità dei loro regimi di sicurezza sociale e far fronte alle conseguenze economiche e finanziarie dell'invecchiamento della popolazione. In questo contesto il Consiglio europeo accoglie con favore la relazione sull'impatto dell'invecchiamento della popolazione sulle spese pubbliche, e ribadisce la strategia trivalente, mirante a ridurre il debito pubblico, incrementare i tassi d'occupazione e la produttività e a riformare i regimi pensionistici e sanitari. Si dovrebbero promuovere misure che scoraggiano un ritiro anticipato dalla vita lavorativa o riducono i costi pensionistici. Il Consiglio europeo invita inoltre la Commissione ad avviare una valutazione complessiva della sostenibilità delle finanze pubbliche degli Stati membri entro la fine del 2006, secondo il quadro concordato in comune, che sarà discusso in seguito dal Consiglio.

54. Il Consiglio europeo sottolinea la necessità di migliorare ulteriormente l'efficienza e l'efficacia della spesa pubblica e delle entrate fiscali al fine di accrescere la qualità delle finanze pubbliche e promuovere la crescita e l'occupazione, in linea con le priorità del partenariato per la crescita e l'occupazione.

55. L'integrazione monetaria produce maggiori effetti indotti tra i membri. L'appartenenza alla zona euro inoltre implica in particolare la

necessità di un efficace coordinamento politico per assicurare il rigore fiscale e la flessibilità per assorbire le ripercussioni degli shock economici ad impatto asimmetrico e proseguire le riforme strutturali necessarie per affrontare per esempio le tendenze contrastanti della competitività. Sotto questo aspetto, proseguire il risanamento delle finanze pubbliche e intensificare le riforme strutturali dei mercati di beni, di servizi, del lavoro e immobiliari negli Stati membri della zona euro è particolarmente importante e richiede un effettivo coordinamento delle politiche all'interno di tale zona.

*b) Completamento del mercato interno e promozione degli investimenti*

56. L'ampliamento e l'approfondimento del mercato interno sono elementi essenziali per raggiungere gli obiettivi della strategia rinnovata. Di conseguenza, il Consiglio europeo invita a:

— raggiungere un accordo finale sul pacchetto REACH prima della fine del 2006, così come — se il Parlamento europeo ed il Consiglio riusciranno a giungere ad un accordo in prima lettura — sul regolamento strettamente correlato relativo alla classificazione e all'etichettatura delle sostanze e miscele pericolose;

— completamento di un quadro giuridico efficace per la protezione dei diritti di proprietà intellettuale a livello O.U.E. e internazionale;

— fare ulteriori progressi nella semplificazione e nell'ammodernamento del sistema doganale e dell'IVA;

— promuovere un mercato finanziario pienamente integrato e ben funzionante, nonché un migliore accesso ai finanziamenti, in particolare attraverso l'attuazione delle misure attinenti al piano d'azione per i servizi finanziari (PASF) e del programma di lavoro della Commissione abbozzato nel Libro Bianco sulla politica in materia di servizi finanziari (2005-2010), compiere progressi in materia di compensazione e regolamento delle transazioni in titoli, creare uno spazio unico dei pagamenti nell'O.U.E., migliorare il quadro per la sorveglianza transfrontaliera dei settori finanziari e la gestione delle crisi e riconoscere reciprocamente le norme contabili con gli Stati Uniti.

57. Nel ricordare le sue conclusioni del marzo 2005 e le conclusioni del Consiglio «Competitività» del 13 marzo 2006, il Consiglio europeo sottolinea che il mercato interno dei servizi deve essere reso pienamente operativo, fatto salvo il modello sociale europeo, assicurando un ampio consenso sulla direttiva sui servizi. Il Consiglio europeo accoglie con favore il voto del Parlamento europeo e attende con interesse la proposta modificata della Commissione. Prende debitamente atto dell'intenzione della Commissione di basare ampiamente la sua proposta modificata sui risultati della prima lettura del Parlamento europeo, ed esprime l'auspicio che le istituzioni saranno in grado di concludere il processo legislativo in tempi rapidi.

58. Il Consiglio europeo si compiace della presentazione della comunicazione della Commissione sul funzionamento del regime transitorio sulla libera circolazione delle persone e prende atto della valutazione in



essa contenuta. In questo contesto e alla luce delle esperienze raccolte, gli Stati membri notificheranno alla Commissione le loro intenzioni conformemente alle disposizioni pertinenti del trattato di adesione del 2003.

59. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a recepire, applicare e attuare pienamente la normativa comunitaria affinché i consumatori, i lavoratori e le imprese possano godere dei vantaggi di mercati senza frontiere competitivi.

60. Il Consiglio europeo ricorda il programma dell'Aia del novembre 2004 in base al quale la migrazione legale potrebbe svolgere un ruolo importante nel rafforzamento dell'economia basata sulla conoscenza in Europa e nello sviluppo economico, contribuendo così all'attuazione del partenariato per la crescita e l'occupazione. Prende atto del Piano strategico sulla migrazione legale presentato dalla Commissione nel dicembre 2005.

61. Il Consiglio europeo, tenendo in debito conto il principio di sussidiarietà e di proporzionalità e l'importanza del rispetto dell'*acquis* comunitario, sottolinea l'importanza che attribuisce ad una migliore regolamentazione a livello nazionale e europeo quale elemento essenziale per realizzare gli obiettivi del partenariato per la crescita e l'occupazione e sollecita tutte le istituzioni e gli Stati membri a tener fede ai loro impegni rispettivi, anche utilizzando una rigorosa analisi dell'impatto con calcolo dei costi amministrativi, elaborando il programma modulato convenuto in materia di semplificazione per i settori prioritari dei rifiuti, dell'edilizia e dell'industria automobilistica. Gli oneri burocratici inutili ostacolano il dinamismo imprenditoriale e sbarrano pesantemente la strada verso un'economia più innovativa e a conoscenza intensiva. Questi ostacoli nuocciono particolarmente alle piccole e medie imprese che rappresentano i due terzi dei posti di lavoro in Europa.

62. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'intenzione della Commissione di presentare un'analisi dei progressi compiuti sinora e dei punti in cui occorre ancora lavorare per continuare a progredire in tutti i settori della migliore regolamentazione: semplificazione, valutazione d'impatto, abrogazione e ritiro, codificazione, analisi settoriale, riduzione degli oneri amministrativi, coinvolgimento delle imprese, piccole e medie imprese (PMI). Il Consiglio europeo rammenta che la migliore regolamentazione deve essere realizzata anche dagli Stati membri nel processo legislativo interno e nel recepimento del diritto comunitario e ribadisce il suo impegno a conseguire progressi in tutti questi settori.

63. Il Consiglio europeo riconosce l'importanza di una politica di concorrenza proattiva, di un quadro normativo che faciliti l'accesso al mercato e di una riforma degli aiuti di Stato come strumenti strategici fondamentali atti a fissare incentivi per l'innovazione e ad assegnare risorse produttive con efficacia. Riconosce il ruolo importante della concorrenza nel garantire prestazioni ottimali delle imprese erogatrici di servizi di rete in Europa. Invita gli Stati membri ad intraprendere iniziative in questi settori.

64. Il Consiglio europeo riconosce l'importanza cruciale per il partenariato per la crescita e l'occupazione di un uso più produttivo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) nelle imprese e nelle organizzazioni amministrative in tutta l'Unione europea. Politiche mirate, efficaci e integrate nei settori della tecnologia dell'informazione e della comunicazione, a livello europeo come a livello nazionale, sono essenziali per raggiungere gli obiettivi della strategia in materia di crescita economica e produttività. In questo contesto rileva l'importanza che la competitività riduca le tariffe di *roaming*. Il Consiglio europeo invita quindi la Commissione e gli Stati membri ad attuare con vigore la nuova strategia entro il 2010. Considerata l'importanza delle TIC, il Consiglio europeo invita la presidenza entrante a ritornare sulla questione entro la fine del 2006.

65. A sostegno del completamento e dell'approfondimento del mercato interno, sono necessari ulteriori sforzi per realizzare progressi nell'espansione, miglioramento, interconnessione ed interoperabilità delle infrastrutture europee. Il Consiglio europeo sottolinea che è importante realizzare i progetti RTE nel settore dei trasporti e dell'energia e che gli Stati membri e le istituzioni europee definiscano gli incentivi appropriati per gli investimenti nelle infrastrutture.

66. Il Consiglio europeo plaude al contributo del gruppo BEI alla promozione della crescita e dell'occupazione che, partendo dall'azione europea a favore della crescita, dotata di nuovi strumenti finanziari che associano le risorse pluriennali dell'U.E. e della BEI, sposterà la qualità delle operazioni della banca verso maggiore rischio e valore aggiunto, attirando così capitale privato per aumentare sostanzialmente i finanziamenti destinati agli investimenti che promuovono la crescita di ricerca e sviluppo tecnologico, PMI, infrastrutture e sicurezza energetica in Europa.

67. Il Consiglio europeo invita i pertinenti attori a prendere senza indugio le necessarie iniziative successive, tenendo conto dell'accordo finale sulle prospettive finanziarie, nel rispetto del quadro concordato per il capitale della BEI (cioè nessun aumento di capitale fino al 2010 e autofinanziamento attraverso le riserve) e della necessità di adempiere alle funzioni previste dal trattato. Sottolinea altresì la necessità di una stretta cooperazione fra la BEI e la Commissione nonché fra la BEI e la BERD al fine di sfruttare appieno la loro funzione catalizzatrice per quanto riguarda la crescita economica e l'occupazione.

68. Il Consiglio europeo sottolinea inoltre l'importanza di assicurare mercati aperti e competitivi all'interno e all'esterno dell'Europa. Un risultato ambizioso ed equilibrato dei negoziati nell'ambito della DDA dell'OMC può dare un contributo significativo alla crescita europea.

*c) Rafforzare la coesione sociale*

69. La nuova strategia per l'occupazione e la crescita fornisce un quadro in cui le politiche economiche, sociali ed occupazionali si rafforzano reciprocamente, assicurando la realizzazione di un progresso

parallelo per quanto riguarda la creazione di occupazione, la competitività e la coesione sociale, in conformità dei valori europei. Perché il modello sociale europeo sia sostenibile, l'Europa deve intensificare gli sforzi per creare maggiore crescita economica, un maggiore livello di occupazione e di produttività rafforzando nel contempo l'inclusione sociale e la protezione sociale, in linea con gli obiettivi previsti dall'agenda sociale.

70. In occasione della revisione intermedia della strategia, il Consiglio europeo di primavera del marzo 2005 ha affermato che la crescita e l'occupazione sono al servizio della coesione sociale. In questo contesto, il Consiglio europeo saluta con favore la relazione comune sulla protezione sociale e l'inclusione sociale ed i nuovi obiettivi e metodi di lavoro in questo settore e chiede agli Stati membri di presentare entro il settembre 2006 delle relazioni nazionali in materia di protezione sociale e inclusione sociale per il periodo 2006-2008. La Commissione e il Consiglio informeranno ogni Consiglio europeo di primavera dei progressi nel settore della protezione sociale e dell'inclusione sociale attraverso la relazione comune. Il Consiglio europeo sottolinea inoltre il potenziale contributo che le imprese possono offrire tramite la loro responsabilità sociale e accoglie con favore la recente comunicazione della Commissione su tale questione.

71. Il Consiglio europeo sottolinea che le politiche di protezione sociale e di inclusione sociale debbono essere strettamente coordinate con il partenariato per la crescita e l'occupazione, a livello europeo come a livello nazionale, allo scopo di garantire che le politiche economiche, sociali e occupazionali interagiscano in modo positivo e che la protezione sociale sia considerata un fattore produttivo.

72. Il Consiglio europeo ribadisce l'obiettivo del partenariato per la crescita e l'occupazione, secondo cui si debbono prendere iniziative per ottenere un impatto decisivo nella riduzione della povertà e dell'esclusione sociale entro 2010. Le politiche di inclusione sociale devono essere perseguite dall'Unione e dagli Stati membri mediante l'approccio pluridimensionale, concentrandosi su gruppi obiettivo quali i bambini in situazione di povertà. Il Consiglio europeo chiede agli Stati membri di adottare le misure necessarie per ridurre in modo rapido e significativo la povertà infantile, offrendo a tutti i bambini pari opportunità a prescindere dal loro ambiente sociale.

73. Il Consiglio europeo sottolinea che, tenuto conto dei cambiamenti demografici nell'Unione europea, i tassi di occupazione debbono essere aumentati, promuovendo altresì la riconciliazione fra lavoro e vita familiare. Per far fronte a queste sfide demografiche sarà necessario sostenere politiche che consentano di conciliare la vita lavorativa, i figli e la vita familiare, e che favoriscano le pari opportunità, una maggiore solidarietà fra generazioni, la promozione della salute, il miglioramento della custodia a prezzi accessibili per i bambini e le altre persone che necessitano assistenza, l'apprendimento permanente ed un maggiore tasso di occupazione dei giovani, dei lavoratori anziani e dei gruppi svantag-

giati. In questo contesto un ruolo importante sarà svolto dal Fondo sociale europeo.

74. Un ulteriore progresso è altresì necessario per quanto riguarda le misure destinate ai giovani, compresa l'attuazione del Patto europeo per la gioventù. Il Consiglio europeo incoraggia gli Stati membri a rafforzare i legami fra le politiche in materia di istruzione, formazione, occupazione, inclusione sociale e mobilità, così da sviluppare strategie trasversali più efficaci. La Commissione e gli Stati membri sono invitati a coinvolgere i giovani e le organizzazioni giovanili nell'attuazione del Patto europeo per la gioventù.

d) *Crescita sostenibile dal punto di vista ambientale*

75. Oltre alla sua importanza in quanto tale, la politica ambientale può dare un significativo contributo a crescita e occupazione ed avere un impatto positivo su settori importanti quali la salute pubblica, i costi di assistenza sanitaria, l'inclusione e la coesione sociale, nonché sullo sviluppo di una politica energetica per l'Europa, inclusa la promozione della sicurezza e dell'efficienza energetica.

76. Il Consiglio europeo approva le seguenti linee d'azione:

— forte promozione e diffusione delle innovazioni ecologiche e delle tecnologie ambientali, *inter alia* attraverso il Piano di azione per le tecnologie ambientali e prevedendo la fissazione di obiettivi di prestazione;

— in seguito al piano d'azione di Montreal nell'ambito della convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, preparazione tempestiva di opzioni per un accordo post-2012 coerente con l'obiettivo di 2C mediante un impegno costruttivo in un ampio dialogo su un'azione cooperativa a lungo termine e nel contempo mediante un processo ai sensi del protocollo di Kyoto;

— rivedere gli indicatori strutturali ambientali per una più completa e coerente copertura della dimensione ambientale della strategia per la crescita e l'occupazione;

— attuare con urgenza l'obiettivo dell'U.E. di arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010, in particolare integrando le misure necessarie in tutte le pertinenti politiche dell'agenda di Lisbona, compresa l'elaborazione di un indicatore strutturale sulla biodiversità e mediante la rapida presentazione e discussione della comunicazione della Commissione sulla biodiversità;

— esplorare azioni specifiche intese a conseguire modelli di consumo e modelli di produzione più sostenibili a livello U.E. e globale, compreso lo sviluppo di un piano d'azione dell'U.E. in materia di consumo e produzione, e promuovere gli appalti pubblici rispettosi dell'ambiente, *inter alia*, sostenendo criteri ambientali e obiettivi di prestazione ambientale, esaminando quanto prima la proposta di direttiva sulla promozione di veicoli non inquinanti per il trasporto su strada e progredendo verso la realizzazione di un'ambiziosa politica europea basata sulle fonti;

— esplorare ulteriormente gli incentivi e i disincentivi appropriati, nonché una riforma dei sussidi che hanno notevoli effetti negativi sull'ambiente e sono incompatibili con lo sviluppo sostenibile, in vista di una loro graduale eliminazione.

## ALLEGATO I

*Spesa per l'R&S (2004) in percentuale del PIL e obiettivi fissati dagli Stati membri nei programmi nazionali di riforma*

Stato membro	2004(*)	Obiettivo per il 2010 o per altri anni (**)	Osservazioni
Belgio	1,93	3,00	
Repubblica ceca	1,28	2,06	Obiettivo dell'1% per l'R&S nel settore pubblico con una stima dell'1,06% della spesa del settore privato
Danimarca	2,61	3,00	Obiettivo dell'1% per l'R&S nel settore pubblico per il 2010
Germania	2,49	3,00	
Estonia	0,91	1,90	
Grecia	0,58	1,50	
Spagna	1,07	2,00	
Irlanda	1,20	2,50% del PIL	Obiettivo per il 2013
Francia	2,16	3,00	
Italia	1,14	2,50	
Cipro	0,37	1,00	
Lettonia	0,42	1,50	
Lituania	0,76	2,00	
Lussemburgo	1,78	3,00	
Ungheria	0,89	1,80	con partecipazione crescente del settore privato
Malta	0,273	0,75	
Paesi Bassi	1,77	3,00	
Austria	2,26	3,00	
Polonia	0,58	1,65	Obiettivo per il 2008
Portogallo	0,78	1,80	Obiettivo dell'1% per l'R&S nel settore pubblico e triplicazione dell'R&S nel settore privato
Slovenia	1,61	3,00	
Slovacchia	0,53	1,80	
Finlandia	3,51	4,00	
Svezia	3,74	4,00	Obiettivo dell'1% per l'R&S nel settore pubblico e invariato per l'R&S nel settore privato
Regno Unito	1,79	2,50	Obiettivo per il 2014

(\*) Fonte: Eurostat. La maggior parte delle cifre è provvisoria. Le cifre IT, LU e PT si riferiscono al 2003.

(\*\*) Fonte: programmi nazionali di riforma; stime della Commissione europea basate sugli obiettivi comunicati da PT e SE.

*Patto europeo per la parità di genere*

Considerando la tabella di marcia per la parità di genere proposta dalla Commissione e la necessità di:

— contribuire alla realizzazione delle ambizioni dell'U.E. sulla parità di genere come menzionato nel trattato,

— colmare i divari di genere nell'occupazione e nella protezione sociale, contribuendo così ad utilizzare pienamente il potenziale produttivo della forza lavoro europea,

— contribuire ad affrontare le sfide demografiche promuovendo un migliore equilibrio tra vita professionale e familiare per le donne e gli uomini,

il Consiglio europeo ha adottato un patto europeo per incoraggiare l'azione a livello di Stati membri e di Unione nei seguenti settori:

— misure per colmare i divari di genere e combattere gli stereotipi di genere nel mercato del lavoro

— promuovere l'occupazione delle donne in tutte le fasce d'età e ridurre i divari di genere nell'occupazione, anche tramite la lotta a tutte le forme di discriminazione; parità di retribuzione per pari lavoro; combattere gli stereotipi di genere in particolare quelli relativi alla segregazione in base al genere nel mercato del lavoro e nell'istruzione; — considerare come rendere i regimi previdenziali più favorevoli all'occupazione delle donne; — promuovere l'emancipazione delle donne nella vita politica ed economica e l'imprenditorialità femminile; — incoraggiare le parti sociali e le imprese a sviluppare iniziative a favore della parità di genere e promuovere piani per la parità di genere sul luogo di lavoro; — integrare la prospettiva di parità di genere in tutte le attività pubbliche.

Misure per promuovere un migliore equilibrio tra vita professionale e familiare per tutti

— raggiungere gli obiettivi stabiliti al Consiglio europeo di Barcellona del marzo 2002 sulla disponibilità delle strutture per la custodia dei bambini; — migliorare la disponibilità delle strutture di assistenza per altre persone non autosufficienti; — promuovere il congedo parentale sia per le donne che per gli uomini.

Misure per rafforzare la governance tramite l'integrazione di genere e il migliore monitoraggio

— assicurare che gli effetti della parità di genere siano tenuti in considerazione nelle valutazioni d'impatto delle nuove politiche dell'U.E.; — sviluppare ulteriormente le statistiche e gli indicatori disaggregati per sesso; — utilizzare pienamente le opportunità fornite dalla creazione dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere.

Il patto europeo per la parità di genere e la relazione annuale sull'uguaglianza tra donne e uomini dovrebbero essere integrati nei meccanismi esistenti di *follow-up* del partenariato per la crescita e l'occupazione, tenendo in considerazione il patto europeo per la gioventù, e

mirare a promuovere l'attuazione dell'integrazione di genere con le azioni intraprese nell'ambito della strategia. Nel relazionare in merito all'attuazione dei loro programmi nazionali di riforma per la crescita e l'occupazione, gli Stati membri sono incoraggiati a includere una prospettiva della parità di genere, specialmente riguardo all'orientamento 18. La Commissione ed il Consiglio sono invitati a fare altrettanto nella relazione annuale sullo stato di avanzamento del partenariato per la crescita e l'occupazione.

ALLEGATO III

*Politica energetica per l'europa (EPE)*

*Elenco indicativo di azioni*

Le azioni elencate in appresso riguardano sia l'aspetto interno che quello esterno della politica energetica e possono contribuire a più di uno dei tre obiettivi. La menzione di un'azione specifica lascia impregiudicata la ripartizione di competenze tra la CE e gli Stati membri.

SICUREZZA DELL'APPROVVIGIONAMENTO

*Affrontare le interruzioni dell'approvvigionamento*

1. Ricordando la responsabilità primaria degli Stati membri per quanto riguarda la domanda interna ed in sinergia con i meccanismi esistenti, assicurare la disponibilità di efficaci misure di attenuazione e meccanismi di coordinamento in caso di crisi nell'approvvigionamento secondo i principi di solidarietà e sussidiarietà, prendendo in considerazione ad esempio una combinazione flessibile delle misure previste dalla direttiva sull'approvvigionamento di gas, tenendo conto di dati più attendibili sulle capacità di stoccaggio e scorte di gas.

2. Migliorare la gestione della domanda, in particolare nei settori residenziale e dei trasporti, per accelerare la reazione della domanda.

3. Migliorare l'efficienza delle scorte di gas e petrolio.

*Maggiore diversificazione*

4. Gli Stati membri dovrebbero intensificare le loro strategie di diversificazione esaminando nel contempo la possibilità di definire un approccio comune, sia per quanto riguarda i paesi fornitori sia per quanto riguarda le rotte di approvvigionamento. Nuove rotte di approvvigionamento del gas dovrebbero essere aperte, in particolare dalla regione caspica e dal Nordafrica. Questa diversificazione non dovrebbe essere limitata alle fonti esterne, ma dovrebbe includere anche lo sviluppo e lo sfruttamento del potenziale energetico interno e l'efficienza energetica.

5. Si dovrebbe accelerare il completamento delle infrastrutture di rete in direzione est-ovest ma anche sull'asse nord-sud e degli impianti

di GNL (gas naturale liquefatto) che contribuiscono a tale diversificazione e dovrebbero essere incoraggiati mercati di GNL più competitivi.

6. Fatte salve le esigenze in materia di concorrenza, occorre riconoscere il contributo dei contratti a lungo termine dal punto di vista sia della domanda sia dell'approvvigionamento.

#### *Dimensione esterna della sicurezza dell'approvvigionamento*

7. Parlare all'unisono per sostenere obiettivi di politica energetica, sostenere nei confronti di paesi terzi un approccio più cooperativo per quanto riguarda l'accesso alle risorse energetiche, la stabilità nei paesi produttori e di transito e la sicurezza energetica. Al riguardo la maggiore diversificazione da portare avanti accrescerà il margine di manovra dell'U.E. nelle sue relazioni con i paesi terzi.

8. Assicurare l'entrata in vigore nel 2006 del trattato che istituisce la Comunità dell'energia (con l'Europa sudorientale) e prendere in considerazione l'estensione della partecipazione al medesimo o dei suoi principi ai paesi vicini.

9. Sviluppare un quadro comune per stabilire nuovi partenariati con paesi terzi, compresi i paesi di transito, e migliorare quelli esistenti. Tale quadro dovrebbe tener presenti le implicazioni geopolitiche dell'approccio dei paesi terzi all'energia. I partenariati tra consumatori e produttori dovrebbero essere integrati da partenariati tra consumatori. Occorre sfruttare tutti i consessi per realizzare questi dialoghi, che possono essere condotti in un contesto regionale (per es. l'OPEC, l'Euromed o la regione interessata dalla dimensione settentrionale) se ciò comporta vantaggi in termini di efficienza, anche per l'assistenza nella mediazione in caso di controversie in materia di approvvigionamento gli Stati membri dovrebbero essere adeguatamente rappresentati in tali consessi, segnatamente l'AIE.

10. Per ottenere il miglior risultato possibile da questi dialoghi e facilitare l'accesso dei paesi in via di sviluppo all'energia sostenibile e alle relative tecnologie, si dovrebbero sfruttare pienamente le sinergie con le organizzazioni internazionali, comprese le istituzioni finanziarie internazionali.

11. Occorrerebbe rivitalizzare il dialogo con la Russia in materia di energia, rendendolo più aperto ed efficace a sostegno degli obiettivi energetici dell'U.E., considerata la reciproca interdipendenza in materia di energia e quindi la conseguente esigenza di condizioni di investimento sicure e prevedibili per le società dell'U.E. e della Russia e di reciprocità in termini di accesso ai mercati e alle infrastrutture nonché di accesso non discriminatorio dei terzi agli oleodotti e gasdotti in Russia, garantendo la parità di condizioni in termini di sicurezza, compresa la sicurezza nucleare, e di protezione dell'ambiente. Occorre approfondire un impegno decisivo per completare i negoziati relativi al protocollo sul transito della Carta dell'energia e assicurare la ratifica del trattato sulla Carta dell'energia da parte della Russia.



## COMPETITIVITÀ SUL MERCATO E INVESTIMENTI

*Portare avanti l'integrazione dei mercati a vantaggio delle imprese e dei consumatori*

12. Migliorare lo scambio regionale transfrontaliero ed accelerare lo sviluppo della cooperazione regionale nel settore dell'energia, agevolando nel contempo l'integrazione dei mercati energetici regionali nel mercato interno dell'U.E. e l'ulteriore sviluppo di quest'ultimo, in particolare mediante opportune misure di interconnessione. A tale scopo la Commissione dovrebbe presentare entro la fine del 2006 un piano prioritario di interconnessione che identifichi le misure da adottare tanto a livello di Stati membri che a livello comunitario. Tali misure contribuiranno inoltre a far raggiungere l'obiettivo di un livello di interconnessione delle reti elettriche pari ad almeno il 10% della capacità di generazione installata come convenuto nel 2002 dal Consiglio europeo di Barcellona.

13. Far funzionare le diverse reti come una rete unica dal punto di vista dell'utente finale, completando le norme tecniche necessarie per gli scambi transfrontalieri di energia e migliorando il funzionamento degli strumenti di flessibilità del mercato del gas, comprese le capacità di stoccaggio, l'accesso alle reti e la gestione della congestione nel mercato dell'energia elettrica. Si prevede che la Commissione affronterà la questione dell'accesso pieno e trasparente alle infrastrutture nella sua relazione sul mercato interno dell'energia per il 2006.

14. Assicurare l'attuazione piena, effettiva e trasparente della legislazione in vigore. Tale attuazione dovrebbe essere compatibile con gli obblighi di servizio pubblico e assicurare che la liberalizzazione sia vantaggiosa anche in termini di accesso all'energia a costi abbordabili. Questo processo di liberalizzazione dovrebbe inoltre tener conto della situazione degli Stati membri in termini di diversificazione dell'approvvigionamento affinché si eviti un controllo eccessivo da parte dei fornitori esterni.

15. Migliorare la cooperazione e il coordinamento tra autorità di regolamentazione e operatori di sistema su base regionale, tra l'altro mediante uno scambio coordinato di informazioni e a livello comunitario, per esempio muovendo da organismi amministrativi già esistenti quali il Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (ER-GEG).

*Promuovere lo sviluppo coerente delle infrastrutture*

16. Migliorare le procedure di programmazione degli investimenti e il coordinamento degli investimenti a medio-lungo termine, specialmente riguardo alle interconnessioni transfrontaliere, alle infrastrutture per il gas e agli impianti di GNL, nonché alle capacità di produzione, e assicurare un clima commerciale più favorevole agli investimenti a lungo termine attraverso una maggiore trasparenza e lo scambio di informazioni basato sulla programmazione degli Stati membri. Ciò dovrebbe

contribuire ad avviare senza indugio l'attuazione dei progetti prioritari di infrastruttura energetica.

17. Approntare un meccanismo equilibrato per i contratti a lungo termine per rafforzare la concorrenza sul mercato interno e nel contempo salvaguardare gli incentivi agli investimenti.

18. Riesaminare le direttive vigenti e le condizioni imposte dal quadro giuridico alla luce dell'esigenza di accelerare considerevolmente le procedure amministrative di autorizzazione mantenendo nel contempo gli standard ambientali e sanitari, in particolare riesaminando i termini per le procedure.

## ENERGIA SOSTENIBILE

### *Energie rinnovabili*

19. Elaborare un'analisi della Commissione su come conseguire gli obiettivi esistenti (2010) in materia di energie rinnovabili e su come promuovere ulteriormente tali energie (tabella di marcia), a lungo termine e con efficacia di costi, ad esempio esaminando la possibilità di aumentare la quota al 15% entro il 2015 e, alla stessa stregua, promuovere l'utilizzazione di biocarburanti nel settore dei trasporti, esaminando la possibilità di aumentarne la quota all'8% entro il 2015, con un dialogo costruttivo con l'industria petroliera e dando il massimo sostegno alla ricerca sui biocarburanti di seconda generazione e al loro sviluppo. La fissazione di nuovi obiettivi è giustificata alla luce di un'analisi approfondita del potenziale e dell'efficacia di costi di ulteriori misure.

20. Promuovere l'uso della biomassa al fine di diversificare le fonti di approvvigionamento di carburanti dell'U.E., ridurre le emissioni di gas a effetto serra e offrire nuovi introiti e possibilità di occupazione nelle zone rurali portando avanti le proposte contenute nel piano d'azione per la biomassa, in tutti i suoi tre settori: riscaldamento e refrigerazione, energia elettrica e trasporti. Ciò dovrebbe essere sviluppato nel quadro di una strategia a lungo termine per la bioenergia al di là del 2010.

21. Attenuare gli ostacoli legislativi e amministrativi per il decollo delle fonti energetiche rinnovabili agevolando l'accesso alla rete, eliminando la burocrazia e assicurando la trasparenza, l'efficacia e la certezza delle politiche di sostegno.

### *Efficienza energetica*

22. Tenendo presente il potenziale di risparmio energetico nell'U.E. pari al 20% entro il 2020 secondo le stime della Commissione, la Commissione dovrebbe proporre un piano d'azione ambizioso e realistico sull'efficienza energetica, inteso a rafforzare il ruolo guida dell'U.E., che possa essere adottato nel 2006 e prendere in esame in che maniera si possano far impegnare i paesi terzi a progredire in materia di efficienza energetica.

23. Migliorare l'efficienza energetica, in particolare nel settore dei trasporti, visto l'importante ruolo che questo svolge, ricorrendo a strumenti efficaci sotto il profilo dei costi, fra cui gli accordi volontari e le norme di emissione.

24. Attuare appieno la legislazione concernente il rendimento energetico nell'edilizia, l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici.

25. Aumentare notevolmente l'efficienza delle centrali elettriche, in particolare promuovendo ulteriormente l'uso delle centrali di cogenerazione.

#### *Contribuire alla politica in materia di cambiamenti climatici*

26. Contribuire allo sviluppo di una strategia dell'U.E. a medio-lungo termine di lotta ai cambiamenti climatici in una prospettiva post-2012 e per conseguire gli attuali obiettivi di Kyoto.

27. Completare tempestivamente il riesame del regime U.E. per lo scambio di quote di emissioni quale strumento atto a realizzare gli obiettivi in materia di cambiamenti climatici in maniera efficace sotto il profilo dei costi, tenendo conto del suo impatto sui tre obiettivi della politica energetica e sui mercati dell'energia, del potenziale di crescita e della struttura industriale degli Stati membri, nonché dell'esigenza di certezza a medio e lungo termine.

28. Nel dialogo con i paesi terzi in materia di energia, l'U.E. dovrebbe agevolare lo sviluppo di sistemi energetici sostenibili ed efficienti e adottare un approccio più proattivo alla lotta ai cambiamenti climatici, attraverso la promozione delle fonti energetiche rinnovabili, delle tecnologie a bassa emissione e dell'efficienza energetica e l'attuazione dei meccanismi previsti dal protocollo di Kyoto.

#### AZIONI ORIZZONTALI E DI SOSTEGNO

##### *Definire politiche basate su dati di fatto*

29. Sviluppare strumenti di analisi (modellizzazione energetica e scenari regionali, indicatori) e di monitoraggio del mercato e delle scorte per fornire all'U.E. una visione condivisa delle prospettive a lungo termine dell'approvvigionamento e della domanda per quanto riguarda l'U.E. e i suoi partner, in sinergia con altre istituzioni internazionali. La Commissione è in particolare invitata a compiere rapidi progressi sui mezzi atti a creare trasparenza e prevedibilità riguardo alla domanda e all'approvvigionamento dei mercati dell'energia dell'U.E. e a integrare il lavoro dell'AIE, evitando tuttavia duplicazioni.

30. Valutare i vantaggi e gli svantaggi di tutte le singole fonti energetiche per quanto riguarda i tre obiettivi della politica energetica; questa valutazione dovrebbe riguardare tutte le varie fonti, dalle fonti interne di energia rinnovabile al carbone pulito, nonché il futuro ruolo

dell'energia nucleare nell'U.E. per gli Stati membri che desiderano valersi di quest'opzione.

*Ricerca, sviluppo e dimostrazione - Sviluppo tecnologico*

31. Aumentare il grado di priorità per l'energia nei bilanci nazionali e comunitari relativi all'RS & D, in particolare nell'ambito del settimo programma quadro, concentrandosi sull'efficienza energetica, le energie sostenibili e le tecnologie a bassa emissione, che rispondono alle sfide che l'U.E. deve affrontare.

32. Sostenere tali tecnologie mediante una più ampia gamma di piattaforme e partenariati con paesi terzi e facilitare l'assorbimento da parte del mercato delle risultanti tecnologie, anche mediante gli strumenti comunitari pertinenti, in modo da incoraggiare il ruolo guida dell'U.E..

*Coordinamento*

33. Per assicurare un'attuazione coerente delle azioni prioritarie indicate, dovrebbero essere sviluppati orientamenti generali condivisi che trattino le varie componenti della politica energetica attuata dagli Stati membri, tenendo nel debito conto le peculiarità dei diversi Stati membri.

## DICHIARAZIONE SULLA BIELORUSSIA

Il Consiglio europeo condanna l'arresto, effettuato questa mattina dalle autorità bielorusse, di manifestanti pacifici che esercitavano il loro legittimo diritto alla libertà di riunione per protestare contro il modo in cui sono state condotte le elezioni presidenziali. Il Consiglio europeo deplora che le autorità bielorusse non abbiano rispettato gli impegni dell'OSCE in materia di elezioni democratiche e ritiene che le elezioni presidenziali svoltesi in Bielorussia il 19 marzo siano state viziate da irregolarità fondamentali. In un continente di società aperte e democratiche, la Bielorussia costituisce una triste eccezione.

Il Consiglio europeo ha pertanto deciso di adottare misure restrittive nei confronti dei responsabili delle violazioni delle norme internazionali in materia elettorale, incluso il presidente Lukashenko. Continueremo ad agire in stretto coordinamento con i partner internazionali.

Nel contempo il Consiglio europeo esprime soddisfazione per il messaggio di speranza lanciato dall'opposizione democratica e dalla società civile bielorusse. I loro coraggiosi sforzi per far progredire la causa della democrazia in circostanze eccezionalmente difficili meritano il nostro pieno riconoscimento e sostegno. L'Unione europea ribadisce l'impegno ad interagire con la società bielorusse rafforzando ulteriormente il suo sostegno alla società civile e alla democratizzazione; essa

intensificherà inoltre i contatti interpersonali e migliorerà l'accesso alle fonti indipendenti di informazione.

Il Consiglio europeo chiede l'immediato rilascio di tutte le persone detenute. Esso invita le autorità bielorusse ad astenersi da azioni nei confronti di eventuali ulteriori proteste pacifiche. Esorta i partner internazionali, e in particolare gli altri paesi confinanti con la Bielorussia, ad adottare lo stesso approccio nei confronti di quest'ultima.

**(\*) Il rilancio della strategia di Lisbona fra ambizioni politiche, obiettivi economici e strumenti giuridici.**

Nel corso del Consiglio europeo di primavera i Capi di Stato e di governo hanno affrontato l'ormai annosa questione del rilancio della «strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione». Fra i paesi membri dell'Unione, molti da tempo ormai sostenevano di voler dare nuovo respiro a questa particolare Agenda, necessaria per affrontare le sfide poste dalla competizione mondiale. Come noto, in passato la presidenza Prodi aveva espresso in tal senso l'intenzione di aumentare le risorse comunitarie, e quella successiva, posta sotto la guida di *Barroso*, aveva aderito pienamente a questa proposta.

La posizione ricordata non aveva però incontrato, prima del Vertice della scorsa estate, il pieno appoggio di almeno sei membri (Germania, Francia, Gran Bretagna, Olanda, Svezia e Austria). Da questo atteggiamento era scaturito l'intento di ridurre la contribuzione al bilancio per il periodo cui si riferiscono le *Conclusioni* qui pubblicate. Intento che, in particolare, avrebbe dovuto interessare — nel 2007-2013 — i settori dell'agricoltura, dei fondi strutturali e altre voci (competitività, diritti e sicurezza, spese amministrative, relazioni esterne).

Come già fatto notare in questa stessa *Rubrica*, a tale primo attrito si aggiungeva il perdurante dissidio fra Francia e Gran Bretagna, divise dalla valutazione del ruolo strategico della politica agricola comunitaria: elemento indispensabile del modello di integrazione per la prima, freno ormai insostenibile allo stesso scopo per la seconda.

In modo del tutto inaspettato e in qualche misura indiretto, la questione del bilancio e quella della politica agricola sembrano aver trovato una possibile indicazione risolutiva nella riunione qui commentata. I benefici connessi al rilancio dell'Agenda ricordata in apertura, infatti, ben potrebbero ripercuotersi positivamente anche su questi due settori (come del resto, tempo addietro, sulla politica di coesione: sul punto si vedano le osservazioni di C. BUZZACCHI, *Il rilancio della politica di coesione nella prospettiva della strategia di Lisbona*, in questa *Rivista*, n. 5, 2005, p. 1515 ss.).

Come, si può dedurre dalla breve ricostruzione di alcuni dei punti salienti del Vertice recente.

Muovendosi anzitutto sul solo piano dell'esortazione politica, i Capi di Stato e di governo chiedono ai Paesi membri di rilanciare la strategia di Lisbona. Per ottenere un tale obiettivo richiamano l'accordo raggiunto

nel Vertice del dicembre 2005 sulle prospettive finanziarie relative al periodo 2007-2013, e spostano poi su altro piano la stessa richiesta. Il Consiglio, infatti, si esprime a favore della concreta applicazione delle deliberazioni del dicembre 2005, da realizzare con l'unico strumento che può soccorrere in tal senso: quello giuridico, e non altro.

Quale questo possa o debba essere, però, non emerge con chiarezza dal testo delle *Conclusioni*, fatta eccezione per il riferimento a un «nuovo accordo interistituzionale» da assumere in una prospettiva solo a prima vista ben definita, ossia quella dei «valori europei» cui le economie dei membri devono orientarsi (cfr. rispettivamente i punti 6. e 5. delle stesse *Conclusioni*). Ciò nonostante, è possibile formulare alcune congetture, relative non solo allo strumento giuridico da adottare, ma anche al metodo da utilizzare allo scopo.

Nel dare un giudizio positivo sui «programmi nazionali di riforma» (i c.d. PNR relativi, in particolare, alle politiche in tema di competitività e rimozione degli ostacoli che impediscono l'accesso al mercato), il Consiglio valuta con favore le modalità del procedimento che ha portato a questi stessi programmi. Il coinvolgimento dei parlamenti nazionali, degli organi di governo regionali, delle parti sociali interessate e della società civile ha, per il Vertice, un'importanza cruciale, dunque irrinunciabile.

Questo, come intuibile, in un'ottica ben definita. La concezione «ampia» (sotto il profilo dei soggetti coinvolti) della concertazione preliminare all'adozione di strumenti simili si rivela preziosa anzitutto per il legislatore interno. Solo le riforme «condivise» sono riforme giuridicamente attuabili: come a dire che là dove legittimità e legalità non si intrecciano (fornendo l'una la base politica capace di dare fondamento all'altra, ossia alla costruzione normativa), non ci può essere riforma efficace e durevole.

Ma non solo.

Naturale che un tale approccio possa sembrare tanto scontato quanto ovvio; non lo è però se si pensa al soggetto che così si esprime, e all'obiettivo che in modo indiretto per questa via realizza.

Il Consiglio riconosce l'importanza delle riforme strutturali negli Stati membri della zona euro, e sottolinea la necessità di un coordinamento efficace delle politiche relative (cfr. le *Conclusioni* al punto 14.). Per ricondurre questa valutazione all'obiettivo economico-politico del rilancio della strategia di Lisbona, però, lo stesso Consiglio deve individuare una base di legittimazione ampia, democratica, che funga anzitutto da elemento capace non solo di legittimare le deliberazioni normative nazionali in materia, ma, di stretta conseguenza, permetta di ancorare a quella stessa base la normativa comunitaria. In questa cornice va dunque inquadrata l'importanza della concertazione sopra accennata.

La legittimazione democratica indiretta è poi necessaria per gettare le fondamenta di un progetto ancora più ambizioso.

Come evidenziato da tempo dalla Commissione, sembra sempre più indispensabile (considerare almeno di) modificare le norme vigenti in materia di aiuti di Stato, anche se solo (o in via prioritaria) per quanto concerne le piccole e medie imprese. A questo scopo dovrebbe essere utile permettere agli Stati di erogare aiuti per le PMI senza necessità di notifi-

ca, se realizzati entro il margine di quindici milioni di euro e finalizzati agli investimenti e all'occupazione.

Quella sorta, dunque, di «legittimazione a catena», che parte dal livello nazionale per arrivare a quello sovranazionale, è lo strumento in grado di fondere elementi politici e deliberazioni normative. Queste ultime capaci, addirittura, di incidere (almeno in via potenziale e con i tratti dell'eccezione ben delimitata) su un divieto, come quello degli aiuti di Stato, contenuto nei Trattati.

Questa stessa sovrapposizione di ambiti, ormai coesistente al fenomeno comunitario (e sempre più difficile da fronteggiare per il giurista), si ripropone nella parte delle *Conclusioni* dedicata al tema della politica energetica (sempre le *Conclusioni*, spec. ai punti 43. ss.). Anche in questo caso, il Consiglio assume quale dato di fondo l'intreccio fra la *politica* (*estera*, nello specifico), la promozione degli obiettivi di *politica energetica* e gli *strumenti giuridici* che permettono di concretizzare quest'ultima.

Infatti, pur partendo da constatazioni solo economico-politiche, il Vertice individua in un quadro normativo stabile l'alveo della competitività delle economie europee — e, in generale, dell'approvvigionamento energetico —, nonché nelle autorità di regolamentazione del settore (*non* nel legislatore interno, *non* nel governo nazionale) il soggetto capace per eccellenza non soltanto di vigilare, ma anche di indirizzare i comportamenti corretti degli operatori del (e nel) settore energetico. Il Consiglio non tralascia, peraltro, di riflettere sulla semplificazione amministrativa necessaria per far sì che il contesto normativo vigente promuova e non ostacoli gli sviluppi in materia.

Questo dunque il cammino lungo il quale la riunione recente dei Capi di Stato e di governo invita a cercare soluzioni capaci di accompagnare e tradurre a livello giuridico decisioni e intenti politici.

Non può che essere così. Richiamando una felice espressione di *Vittorio Foa* (dedicata a ben altro argomento: cfr. G. EPIFANI, V. FOA, *Cent'anni dopo*, Torino, Einaudi, 2006, p. 28), con l'intento di adattarla alla particolare evoluzione comunitaria, si potrebbe dire che l'integrazione sovranazionale «viene avanti attraverso processi d'inclusione». Il processo di sviluppo si allarga a cerchi concentrici, e trae forza dalla capacità di attrarre nella sua sfera di gravitazione politica decisioni fino a poco tempo fa limitate dai confini nazionali, con il proposito di dare loro la veste giuridica necessaria per individuare la dimensione dello spazio normativo delle deliberazioni sovranazionali. Questo, con i tempi (lenti) e le modalità (farraginose) che caratterizzano un ordinamento così particolare. Particolare, ma pur sempre ambizioso, come dimostra un'ultima considerazione.

Nella Dichiarazione sulla Bielorussia il Consiglio assume una veste forse meno nota, ma in grado di colpire molto. Dopo aver trattato, nella dimensione sopra ricostruita, temi politico-economici, il Vertice abbandona questi per concentrarsi su altra e diversa questione.

A seguito del trattamento subito da manifestanti che protestavano in modo pacifico contro le modalità che hanno caratterizzato lo svolgimento delle elezioni presidenziali bielorusse, il Vertice decide di assumere le necessarie misure restrittive nei confronti dei responsabili delle violazioni

---

delle norme internazionali in materia elettorale (incluso il presidente *Lukashenko*). La violazione del diritto di libertà di riunione, si sostiene nell'*Allegato*, impedisce di riconoscere alla Bielorussia la natura di «società aperta e democratica»: la negazione del fondamentale rilievo di simili diritti non può che indurre l'Unione europea a cooperare con altri *partner* internazionali per fronteggiare e scoraggiare queste situazioni, anche se interne.

Sul confine sempre incerto fra politica, economia e diritto, l'Unione, ancora una volta, tenta dunque di ritagliarsi un ruolo che la trasformi nell'interlocutore unico — anche in materia di tutela dei diritti umani — degli altri Stati della comunità internazionale.

Questo, come intuibile, non permette di sostenere che essa sia già in grado di sostituirsi ai paesi membri in questa prospettiva, ma di certo consente almeno di affermare che là dove c'è monito politico, là, un domani, potrebbe esserci un quadro istituzionale paragonabile a quelli interni.





---

PARTE GENERALE

MARIO P. CHITI

**LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA SERVE ANCORA?  
LA LEZIONE DEGLI «ALTRI» (\*)**

SOMMARIO: 1. La questione della giustizia amministrativa e l'utilità delle indicazioni di diritto comparato e di diritto europeo. — 2. Le tendenze di alcuni ordinamenti di riferimento. — 3. L'Unione europea e l'incerto cammino della europeizzazione dei diritti processuali nazionali. — 4. Le forme non giurisdizionali di tutela. — 5. Talune conclusioni. — 6. Elementi di bibliografia.

1. *La questione della giustizia amministrativa e l'utilità delle indicazioni di diritto comparato e di diritto europeo.*

La questione dei modi organizzativi e degli istituti processuali per la tutela dei singoli nei confronti della pubblica amministrazione è antica quanto l'affermazione dei principi dello Stato di diritto, ma tuttora controversa.

Pur nell'evoluzione delle forme di Stato, del ruolo della pubblica amministrazione e del suo diritto, le tematiche riassunte nell'espressione «giustizia amministrativa» sono costantemente riproposte da posizioni contrapposte. Da un lato, in modo critico per l'apparente contraddizione con i principi sull'unitarietà della giurisdizione e per la contiguità (in non pochi ordinamenti) del giudice amministrativo a quei soggetti pubblici sulla legittimità del cui operato dovrebbe presiedere; ma anche con la ripresa pressoché integrale delle prime argomentazioni sul presunto carattere inevitabile della giustizia amministrativa quale giurisdizione obbiettiva, senza particolare cura ai costanti sviluppi di diritto positivo per assicurare l'effettività della tutela. Dall'altro lato, invece, in termini positivi motivati dall'evoluzione — comune a tutti gli ordinamenti, pur nella diversità dei singoli percorsi —

---

(\*) Lo scritto, elaborato nel quadro di una ricerca di Astrid, è dedicata a Leopoldo Mazzaroli.

della giustizia amministrativa verso la definitiva soggettivizzazione del processo, e dalla conseguente dimostrazione di come gli organi della giustizia amministrativa non siano più i giudici della legalità amministrativa, ma i giudici amministrativi della legalità (parafrasando un'efficace espressione di Jean Rivero).

La controversia si caratterizza ancora per toni molto accesi. Nel più recente e colto contributo sul tema, già il sottotitolo indica la tesi radicale dell'Autore (A. Orsi Battaglini): «per una giustizia non amministrativa». Ed ivi sono riprese talune polemiche posizioni del periodo postcostituente sulla giurisdizione amministrativa come «malefica fungosità aduggiante il maestoso albero della giurisdizione» (S. Lessona).

Per converso, la Corte costituzionale in recenti sentenze di grande importanza sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla luce delle ultime riforme (principalmente la sentenza n. 204/2004) ha ripreso e fatto proprie le tesi, già autorevolmente espresse all'Assemblea costituente, sulla «unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé» (C. Mortati, citato al punto 2.2. della sentenza n. 204/2004). Nonché sulla giurisdizione amministrativa «sorta non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale» da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione (G. Leone, punto e sentenza ora citata).

Troppo a lungo, poi, il dibattito si è incentrato sui modelli organizzativi di giustizia amministrativa. Anche al riguardo si sono contrapposte due posizioni, come noto: la prima che, in coerenza con l'assunto dell'unicità della funzione giurisdizionale e della necessaria indipendenza ed imparzialità del giudice, ha sostenuto che pure le cause in cui è parte la pubblica amministrazione debbono essere trattate dal medesimo ordine giudiziario; al massimo, riconoscendo a tali controversie alcune particolarità processuali e l'opportunità di una specializzazione dei giudici. La seconda che, invece, ha propugnato l'istituzione di una distinta branca dell'ordine giudiziario specializzata nelle cause amministrative ed operante secondo regole processuali specifiche.

L'interesse che la prima posizione intende assicurare è principalmente di principio, con riferimento ad un'idea unitaria e

coesa di giurisdizione e di processo. Diversamente, l'altra posizione è attenta all'effettività della tutela e di conseguenza evidenzia che un distinto sistema di giustizia amministrativa può assicurare una gamma di garanzie assai maggiori rispetto a quelle ottenibili nel giudizio ordinario, in tal modo corrispondendo all'esigenza di una piena garanzia nei confronti dell'amministrazione.

Prima di esaminare come i principali ordinamenti si siano indirizzati — ed al riguardo merita anticipare subito che nell'ultimo cinquantennio l'orientamento generale è ormai netto per un sistema giurisdizionale di tutela amministrativa distinto o, quanto meno, specializzato — merita rilevare che la discussione deve oggi incentrarsi, più che sui modelli, sui nuovi dati che caratterizzano l'agire della pubblica amministrazione, nella prospettiva delle specifiche esigenze di tutela che nei suoi confronti si manifestano; nonché del nuovo pluralismo giuridico conseguente alla dimensione sovranazionale, già da tempo costituzionalizzata nell'ambito dell'Unione europea, ed allo sviluppo del c.d. diritto globale.

Nel primo senso, è evidente che nella pubblica amministrazione, accanto al tradizionale agire imperativo, sono emerse nuove funzioni, come la regolazione; si è dilatato lo spazio dell'agire prestazionale e per servizi; si sono create forme di « amministrazione bilaterale » con autoresponsabilizzazione dei privati, e nuovi modelli negoziali assai distanti dalla tradizionale unilateralità. Un esempio assai importante di queste novità è il complesso di rapporti che si usa definire come partenariato pubblico privato, contrattuale ed istituzionalizzato, ove l'elemento dell'autorità praticamente scompare; ma rimane decisivo il rilievo del pubblico interesse, con deroghe al diritto comune. Più in generale, il dibattito non sembra generalmente tener conto della decisa oscillazione del pendolo autorità-libertà dall'*imperium* pubblico verso la posizione di libertà dei soggetti, riproponendo schemi che non corrispondono più al sistema giuridico e politico quale oggi è.

Per quanto riguarda poi il dato sovranazionale, lo sviluppo del diritto europeo ha determinato, da un lato, inedite relazioni amministrative dirette tra i singoli e le istituzioni comunitarie; dall'altro, procedimenti composti (ovvero svolgentisi in parte in sede nazionale e per altra parte in sede europea) ove le ammini-

strazioni dei diversi ordinamenti operano congiuntamente nell'ambito del medesimo contesto giuridico; i singoli si rapportano anche ad enti non statali; si accentuano le criticità della tutela, per il sovrapporsi di parametri normativi diversi.

Di recente, poi, è divenuta rilevante — specie per le imprese economiche, ma in certi casi anche per gli individui — l'azione di organismi internazionali, ed in particolare l'Organizzazione mondiale del commercio, che, a differenza delle tradizionali organizzazioni internazionali, possono avere anche dirette relazioni con i singoli e non solo con gli Stati.

In sostanza, se è certo che la discussione sulla giustizia amministrativa non può prescindere dal dato di fondo dei principi costituzionali sulla giurisdizione, è altresì necessario tener conto dei nuovi dati che oggi caratterizzano i rapporti tra i singoli e la pubblica amministrazione, vuoi per le caratteristiche composite dell'agire amministrativo, vuoi anche per il nuovo quadro sovranazionale ed internazionale ove i singoli entrano in rapporti diretti con istituzioni diverse dallo Stato, come era nella tradizione.

Un notevole aiuto è offerto, in tal senso, dalla comparazione giuridica che consente di verificare l'evoluzione degli altri ordinamenti giuridici, a fronte di analoghe esigenze e problematiche. Il ruolo della comparazione giuridica è oggi ridotto nel quadro dell'Unione europea, ove tende a stemperarsi, ed in certi casi a scomparire il presupposto della comparazione, ovvero l'alterità degli ordinamenti considerati per la piena comunitarizzazione di certe materie ed il conseguente diritto comune agli Stati membri. Ma nello stesso senso concorrono tendenze più generali, quali l'ibridazione tra i diversi ordinamenti che ne attenua le differenze (paradossale esito di un'efficace comparazione); il passaggio da un sistema composito di Stati ad un sistema giuridico a rete, ove ciò che rileva sono le relazioni e le sinergie tra i soggetti che ne fanno parte; l'incipiente diritto globale.

Tuttavia, per il tema della giustizia amministrativa il diritto comparato offre ancora utili indicazioni atteso che i sistemi dei diversi Stati mantengono notevoli peculiarità e che il loro sviluppo è il frutto di un'autonoma evoluzione, la cui conclusione convergente è rilevante proprio perché principalmente dovuta a fattori autoctoni. Si tratta di un esemplare caso di «microcomparazione», intesa come comparazione di particolari istituti o aree giuridiche, diversa dalla classica «macrocomparazione» in-

centrata sulla comparazione d'insieme dei sistemi giuridici (G. Alpa).

## 2. *Le tendenze di alcuni ordinamenti di riferimento.*

La considerazione dei principali sistemi giuridici mostra la progressiva affermazione di un distinto sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, anche nei sistemi di radicata tradizione monistica. Laddove, nei sistemi a carattere dualistico, le regole processuali e l'organizzazione del giudiziario amministrativo tendono ad armonizzare i due plessi giurisdizionali quanto a disciplina del processo, garanzie dei singoli e indipendenza dei giudici. È rimasto poi largo spazio per le varie tipologie di ricorsi amministrativi e si sono diffusi nuovi rimedi «alternativi».

Peraltro, la tendenza generale ad assicurare la piena tutela degli interessati non comporta il superamento delle peculiarità procedimentali e processuali a garanzia di un adeguato svolgimento dell'azione amministrativa, nell'interesse pubblico.

2.1. Il caso della Gran Bretagna (parlando, con licenza, in via di sintesi dato che, come è noto, non è tuttora possibile una considerazione unitaria dell'ordinamento giuridico del Regno Unito per le perduranti differenze giuridiche tra i sistemi che lo compongono, specie lo scozzese) è giustamente portato ad esempio emblematico di come un ordinamento tipicamente monistico — il prototipo, anzi, di questo modello — si sia aperto ad una forma di giustizia specializzata, che dell'unitarietà della giurisdizione mantiene solo la veste formale.

Sino alla fine degli anni settanta dello scorso secolo, l'ordinamento inglese non conosceva rimedi ordinari nei confronti degli atti amministrativi, ma solo i tradizionali *prerogative orders* di *common law* (*certiorari*, *mandamus*, ecc.) e i più recenti rimedi di *declaration* e *injunction*. Ne risultava un sistema in cui i diritti dei singoli erano tutelati solo parzialmente, ad onta del tanto affermato *Rule of law*, e praticamente eccezionale era il controllo della discrezionalità amministrativa.

All'epoca, i giuristi più sensibili, come De Smith, non mancavano di mettere in luce il paradosso di un sistema in cui secondo l'orgogliosa affermazione di Dicey, ripetuta per decenni da altri grandi giuristi e giudici inglesi, il diritto amministrativo non

è conosciuto, né è necessario averlo; ma che in concreto finisce per non assicurare pienezza di tutela ai singoli, per ossequio ad una tesi divenuta ritualistica e sempre più contraddetta dall'effettiva evoluzione ordinamentale.

La situazione era per molti intollerabile, specie per il ruolo centrale assunto dall'amministrazione nel quadro del *Welfare State* che, a partire dal secondo dopoguerra, aveva profondamente segnato l'ordinamento britannico. Si verificava infatti uno sviluppo straordinario di discipline molto distanti dal diritto comune e perciò progressivamente riconosciute come il nuovo diritto amministrativo; rispetto alle quali non vi era un equivalente sviluppo di specifiche forme di tutela né regole processuali *ad hoc*, secondo l'antico ed imprescindibile principio della correlazione tra *ius* e *remedium*, e tra diritto e processo.

Né avevano avuto l'effetto sperato le varie forme di ricorsi amministrativi decisi da organismi contenziosi specializzati (denominati *Administrative Tribunals*, con lessico fonte di equivoci nelle traduzioni letterali), secondo riti più interessati alla sostanza della controversia che ai suoi caratteri giuridici. Infatti, dopo la decisione di questi organismi *quasi-judicial*, con particolare esperienza sul merito, risultava carente la fase degli appelli giurisdizionali a causa della rilevata assenza di appropriate procedure e di giudici specializzati.

Per effetto di questa situazione, a fronte di un vastissimo contenzioso amministrativo, i ricorsi giurisdizionali erano in rapporto modesto. I numeri venivano spesso fraintesi fuori dal loro contesto, da ammiratori della *common law* e da detrattori dei sistemi dualistici, come espressivi della capacità del sistema inglese di sistemare le controversie prima del formale contenzioso; quando in realtà rappresentavano il frutto della arcaicità degli strumenti di tutela dei singoli a fronte degli atti pubblici.

La riforma del 1977, prevista in via regolamentare (*Order 53*) con modificazione delle regole procedurali della *High Court*, perfezionata poi negli anni successivi con lo strumento legislativo (in particolare, con il *Supreme Court Act* del 1981), ha introdotto nel sistema inglese una specifica procedura per i ricorsi avverso la pubblica amministrazione (la *application for judicial review*), che per amor di tradizione si è cercato di mantenere conforme al criterio del controllo giurisdizionale su ogni decisione di autorità pubblica, considerato inerente al sistema inglese.

La procedura è improntata a regole assai simili a quelle vigenti negli ordinamenti in cui da tempo esistono particolari forme di tutela giurisdizionale. Così, esemplificativamente, per il breve termine per la presentazione dell'*application*, la legittimazione a ricorrere (*locus standi* o *standing*), l'autorizzazione giudiziaria preventiva al ricorso (detta *leave*); le regole istruttorie particolari. La *judicial review* si estende sino al controllo della discrezionalità seguendo una giurisprudenza iniziata già prima delle recenti riforme con la dilatazione dei confini dell'*ultra vires* (De Smith, Woolf & Jowell). Il sistema si sviluppa su più gradi, con possibilità di appello alla *Court of Appeal* e, in ultimo grado, ricorso alla *House of Lords*.

Dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria, i casi amministrativi vengono trattati da una specifica divisione della *High Court*, la *Divisional Court* del *Queen's Bench*, composta da giudici che, pur appartenendo al giudiziario ordinario (e unico), fanno parte di una distinta sezione (la «*list*») e sono specializzati per esperienza specifica delle materie esaminate e per esclusività della competenza esercitata. È dunque giustificato l'appellativo, oggi usuale, di «giudici amministrativi» per i membri di questa sezione del giudiziario, e la configurazione del sistema di giustizia amministrativa così formato quale variante del modello a giurisdizione unica.

Un decisivo contributo alla valorizzazione della procedura di *judicial review* è derivato dalla giurisprudenza, che con il noto caso *O'Reilly/Mackman* deciso dalla *House of Lords* nel 1983, ha affermato il suo carattere esclusivo in tutte le questioni di diritto pubblico. La portata della sentenza va, ovviamente, ben oltre il dato tecnico processuale, in quanto implica — come francamente affermato dal giudice Lord Diplock — l'affermazione della distinzione diritto pubblico/diritto privato, in precedenza a lungo contestata.

La realizzazione in Inghilterra di un sistema di «giustizia amministrativa» ha consentito di avere forme di tutela giurisdizionale a carattere organico e modellate sulle forme attuali dell'agire amministrativo, con la rivitalizzazione dei *prerogative orders* da rimedi speciali in forme di azione a disposizione di coloro che intendono contestare l'azione della pubblica amministrazione.

La «giurisdizionalizzazione» della tutela, lungi dal togliere spazio ai rimedi amministrativi, ha semmai chiarito il ruolo degli *Administrative Tribunals* e delle procedure di tutela «alternativa»,



che, senza essere una panacea universale, possono trovare un effettivo spazio di operatività in un contesto completo di ogni forma di tutela. Come mostrano i dati costanti dell'ultimo ventennio, le procedure per *application* risultano all'incirca quattromila per anno, mentre i casi decisi dai tribunali amministrativi, oltre centomila (escludendo i ricorsi tributari).

A quasi un trentennio di esperienza applicativa, le riforme avviate nel 1977 risultano un grande successo ed hanno contribuito a migliorare l'integrazione giuridica del sistema britannico nell'Unione europea, nonché ad attuare appieno la Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950, con tutte le connesse implicazioni, anche per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione.

2.2. Un caso apparentemente opposto a quello inglese è la Spagna, ove, partiti da un sistema misto con forti connotazioni dualistiche, si è giunti ad un modello monistico con prevalenza del contenzioso amministrativo.

L'esito del percorso seguito dall'ordinamento spagnolo negli ultimi quattro decenni — in parte dovuta a fenomeni interni (la restaurazione della democrazia e la nuova Costituzione) in altra parte a ragioni comuni a vari ordinamenti europei, come l'influenza del diritto europeo — è molto simile a quello inglese avvenuto nello stesso periodo, malgrado i diversi punti di partenza. Sono stati infatti creati organi specializzati della *Jurisdiccion Contencioso-Administrativa* (le *Salas de lo Contencioso Administrativo*), con al vertice la *Sala de Revision* del *Tribunal Supremo*, con giudici dedicati e procedure particolari.

Particolare influenza riformatrice ha avuto la nuova Costituzione democratica del 1978, ove l'art. 24 ha ripreso l'omologo articolo della nostra Costituzione, ma con una significativa apertura all'effettività della tutela (si vedano anche, nello stesso senso, l'art. 106), e la conseguente «piena giustiziabilità dell'azione amministrativa» (*Tribunal Constitucional*, sentenza n. 238/1992). Su tale base si sono sviluppate iniziative per sostanziali innovazioni processuali, come per il tema degli strumenti cautelari, ove il sistema spagnolo era particolarmente arretrato, e per una disciplina del procedimento amministrativo aperta anche alle forme di tutela infraprocedimentali; così da assicurare la tutela piena ed effettiva cui la Costituzione impegna le istituzioni spagnole. L'am-

bito del contenzioso giurisdizionale amministrativo si estende a tutte le pretese relative dell'amministrazione soggetti al diritto amministrativo ed a varie altre problematiche, quali i contratti amministrativi, e la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione.

Il carattere di questa giurisdizione specializzata si è nettamente evoluto dall'iniziale modello di giurisdizione di tipo obiettivo, finalizzata principalmente a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, a quello di processo tra parti, affidato ad un giudice posto in condizione di indipendenza e dotato di appropriati poteri per la piena tutela degli interessati, in conformità alle indicazioni della Costituzione.

Il sistema spagnolo si segnala non soltanto per confermare la linea di tendenza sopra delineata, ma anche per alcune peculiarità processuali di interesse per gli altri ordinamenti vicini. Una di queste è la combinazione del modello dispositivo del processo amministrativo con un rilevante potere riconosciuto al giudice per l'eventuale sottoposizione alle parti di ulteriori profili di illegittimità, dalle stesse non rilevati. Si tratta di un istituto processuale particolarmente utile; tra l'altro, per aprire il diritto processuale nazionale al riconoscimento del parametro comunitario senza passare attraverso una radicale revisione dei principi interni. Un'altra peculiarità — almeno per altri ordinamenti latini, come l'italiano; non per quello britannico, che conosce l'istituto del *leave* — è l'istituto della *admission*, che consente al giudice di filtrare ricorsi palesemente inammissibili.

2.3. Il caso tedesco, a sua volta, mostra un sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione basato sul modello del giudice speciale, con una propria e compiuta disciplina processuale, secondo il modello codicistico, istituito con carattere di giurisdizione obbiettiva, quale garanzia della legalità dell'azione amministrativa, ma che si è rapidamente evoluto nella direzione della piena tutela del singolo.

A ciò hanno concorso vuoi le riforme legislative che la giurisprudenza (peraltro non così rilevante come in altri ordinamenti); in analogia, per quanto possibile, con il sistema processuale ordinario e nella prospettiva indicata dalla Costituzione (GG, art. 19, comma 3; art. 95, sulla indipendenza del giudice). Nell'ambito del *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) del 1960, come più volte in-

tegrato e modificato, ne sono testimonianza le regole sulla legittimazione, le riforme in tema di poteri cautelari, i vari tipi di azioni ed in particolare quella di adempimento (di straordinario interesse, ma difficilmente imitabili al di fuori di quel contesto). Ciò in attuazione del criterio generale sull'ambito della giurisdizione amministrativa di cui all'art. 40 del VwGO, secondo il quale si può ricorrere alla giurisdizione amministrativa in tutte le controversie di diritto pubblico di natura non costituzionale, salvo che la legge federale non le assegni espressamente ad altro giudice.

Anche in Germania appare sempre più stretto il collegamento tra procedimento e processo, con modelli normativi simili in quanto a tendenziale codificazione e sistematicità, tra loro in piena sinergia. L'efficacia del processo amministrativo, anche ai fini della soddisfacente combinazione degli interessi, fa sì che in Germania i rimedi «alternativi» non abbiano un particolare peso; mentre, in controtendenza rispetto alla maggior parte degli ordinamenti, rileva il procedimento di ricorso in opposizione, presupposto dell'azione giurisdizionale, noto come *Vorverfahren*.

2.4. Nei sistemi dualistici, come soprattutto la Francia che ne è il prototipo, la forza della tradizione e la capacità dei giudici amministrativi di rinnovare continuamente il quadro dei principi applicabili non hanno lasciato molto spazio a discussioni — altrimenti oziose — sul modello organizzativo e sulla purezza giurisdizionale del giudice amministrativo. Si avverte invece, pure in tali contesti, l'esigenza di andare decisamente oltre (senza ovviamente eliminare) la caratterizzazione del giudice amministrativo quale garante della giustizia nell'amministrazione, per assicurare la pienezza della tutela dei singoli avverso la pubblica amministrazione.

Non è stato finora necessario a tal fine alcun precetto costituzionale (è stato semmai il *Conseil constitutionnel* a «costituzionalizzare» taluni principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa), né un'organica legge processuale, stante la peculiare capacità creativa del giudice amministrativo di affinare principi ed istituti, se non addirittura a crearli. Taluni principi, al di là del possibile rilievo costituzionale, sono stati poi «consolidati» in leggi. È il caso, recentemente, delle riforme del 1995 e degli anni successivi in tema di potere generale di ingiunzione, di potere di

irrogare sanzioni (*astreintes*) alle amministrazioni inottemperanti, l'arricchimento delle misure cautelari (ad esempio con *référé pré-contractuel*), combinati con un penetrante potere inquisitorio che consente al giudice di essere il « signore del processo ».

La latitudine assunta dal *contentieux administratif* si riflette anche nei vari rimedi esperibili, che dal tradizionale *recours pour excès de pouvoir* si sono estesi a vari altri tipi di azione, ed in particolare al *contentieux de la pleine juridiction*.

Oltre alla peculiarità del ruolo giurisprudenziale — che, con l'eccezione tedesca, è comune nel diritto amministrativo a gran parte degli altri ordinamenti, compreso quello europeo — rimane tipica (negativamente) della Francia la gracilità della disciplina del procedimento amministrativo. Tutto ruota ancora sull'atto amministrativo e sulla *procedure contentieuse*, laddove ogni altro ordinamento ha sviluppato modelli procedurali in cui accanto alla partecipazione degli interessati vi è anche largo spazio per garanzie e istituti di garanzia *préalable* alla tutela giurisdizionale. Per ovviare a questa carenza, a ben poco sono finora valse le sollecitazioni degli studiosi e, indirettamente, delle istituzioni comunitarie.

Malgrado l'ottima riuscita del sistema francese di giustizia amministrativa, nel dibattito più recente si avvertono voci che auspicano la fine del dualismo giurisdizionale, che avrebbe ormai perso la sua storica e fruttifera motivazione in un sistema di tutela ormai decisamente « soggettivizzato ». Le ragioni addotte sono molto simili a quelle analogamente fatte valere in Italia, ma oggettivamente remote rispetto alla dinamica del processo amministrativo ed all'effettività della tutela così assicurata; in sostanza, *une cause perdue* (come riconosce D. Truchet, uno dei « riformisti »).

In conclusione, le esperienze esaminate confermano che il problema organizzativo del sistema (monismo o dualismo) è di regola pretermesso rispetto all'esigenza di costruire o perfezionare una razionale disciplina processuale, capace di assicurare pienezza di tutela giurisdizionale agli interessati, dopo che sono stati utilizzati tutti gli altri strumenti di garanzia nel procedimento o « alternativi ».

Vari altri esempi potrebbero essere richiamati. Basti per tutti il caso del Belgio — storico prototipo di modello monistico e uno dei riferimenti maggiori per il nostro legislatore del 1865 —

che nel secondo dopoguerra ha sviluppato, con l'avallo della Costituzione (art. 92 ss.), una ben definita giurisdizione amministrativa, incentrata sul Consiglio di Stato. Le ragioni di questa evoluzione sono state, ancora una volta, di carattere «realistico», ovvero per assicurare una piena tutela nei confronti della pubblica amministrazione, che il giudice ordinario non riusciva adeguatamente a realizzare.

3. *L'Unione europea e l'incerto cammino della europeizzazione dei diritti processuali nazionali.*

Nell'ambito dell'Unione europea, due sono i principali motivi di interesse: l'originale configurazione sovranazionale assunta dalla giustizia amministrativa, e il grado e le forme dell'influenza europea sui diritti processuali nazionali.

Il profilo sovranazionale si avverte principalmente, da un lato, per la diretta rilevanza di molti atti comunitari nei confronti dei singoli (non essendo ormai più regola quella della esecuzione indiretta del diritto europeo, ovvero per il tramite delle amministrazioni nazionali), con la conseguenza della tutela avanti i giudici comunitari senza alcuna preliminare istanza nazionale; dall'altro, per la riserva alla Corte di giustizia del potere di interpretazione del diritto comunitario applicabile alla fattispecie affidata alla giurisdizione del giudice nazionale. Quest'ultimo può, e in certe circostanze deve, rimettere alla Corte in via pregiudiziale il quesito in ordine al punto comunitario controverso, rimanendo vincolato all'interpretazione che ne darà il giudice comunitario. Meno rilevante è stata finora — e prevedibilmente anche nel prossimo futuro — la diretta armonizzazione del diritto processuale per effetto di direttive o regolamenti comunitari.

Vi è poi l'influenza del diritto europeo attraverso la rilevanza dei principi generali di diritto comunitario, elaborati nel tempo dalla Corte di giustizia e divenuti, sempre per sua giurisprudenza, vincolanti anche quando non recepiti nei Trattati (come il principio di proporzionalità) o consolidati in direttive di settore (come per l'accesso agli atti). Molti di tali principi hanno rilievo principalmente procedurale, ma la loro rilevanza si estende direttamente o indirettamente anche al processo. Tale è, tra gli altri, il principio di legittimo affidamento.

La cautela delle istituzioni comunitarie in campo processuale deriva, sul piano giuridico, dal principio di autonomia processuale (nonché procedimentale) degli Stati membri, che la Corte di giustizia ha dapprima forgiato in modo apparentemente generale e, poi, conformato in termini assai più realistici, al fine di assicurare anche in questo campo l'effetto utile dei principi comunitari. Sul piano politico-istituzionale, poi, dalla decisione di non forzare il processo di integrazione attraverso un'armonizzazione della disciplina delle garanzie in misura corrispondente alla rilevante armonizzazione del diritto sostanziale in molteplici materie a rilevanza comunitaria. È nella giurisdizione e nelle forme della tutela che risiede infatti l'ultima oasi della tradizionale autonomia degli Stati membri, per quanto curioso possa risultare dopo l'unificazione monetaria nell'area euro e la rinuncia ad altre forme storiche della sovranità.

L'atteggiamento di *self restraint* delle istituzioni comunitarie è ben evidente nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo che negli ultimi due decenni, sentenza dopo sentenza, si era sviluppata una posizione che, premesso il principio di autonomia processuale, verificava che in concreto le norme processuali nazionali non rendessero impossibile o eccessivamente difficile la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive a base comunitaria. In tal modo, la Corte è riuscita a svolgere un penetrante potere di controllo sulle norme nazionali e, allo stesso tempo, ad introdurre nuovi standard di tutela per tutto lo spazio giuridico europeo.

Su tale base — che non riflette l'egemonia di un particolare sistema giuridico nazionale, bensì esprime la posizione raggiunta dalla Corte di giustizia in mediazione rispetto alle varietà dei singoli ordinamenti — si sono create vaste aspettative per ulteriori sviluppi che avrebbero potuto determinare direttamente, per la forza vincolante delle statuizioni giurisprudenziali europei e dei principi generali di diritto comunitario, quelle riforme che non si riusciva a realizzare nei singoli ordinamenti. Allo stesso tempo, le nuove forme di invalidità degli atti della pubblica amministrazione per violazione del parametro comunitario si pensava che potessero costituire una nuova categoria di invalidità amministrativa per anticomunitarietà, con effetti diversi dalle tradizionali forme di invalidità. In particolare, era considerato possibile estendere anche agli atti amministrativi comunitariamente illegittimi il

potere di disapplicazione esercitabile nei confronti degli atti legislativi che violano il diritto comunitario, secondo i principi posti dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza *Simmenthal* del 1978. Ma si arrivava a considerare maturo, sulla base del diritto comunitario, anche il superamento del principio dispositivo nel processo amministrativo e degli altri limiti dei poteri del giudice.

Probabilmente anche per il concomitante difficile cammino del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, i giudici comunitari hanno da ultimo scelto la via della massima cautela, come emerge da una coerente serie di decisioni, significativamente supportate anche dagli Avvocati generali (cfr. in particolare le sentenze della Corte di giustizia 27 febbraio 2003, C-327/00, in tema di bandi di gara; 13 gennaio 2004, C-2004, in tema di autotutela; 16 marzo 2006, C-234/00, sull'efficacia del giudicato).

Contraddicono questa giurisprudenza poche sentenze in cui la Corte di giustizia ha assunto una posizione intransigente, talora pure con conclusioni non condivisibili nel merito. Il caso più noto è quello della tutela cautelare *ante causam* nel campo degli appalti pubblici, ove la Corte ha considerato vincolo direttamente scaturente dalla direttiva «ricorsi» (n. 665/1989) la previsione di tale specifica forma di tutela cautelare, senza limitazioni o alternative di sistema.

Il caso ha destato notevole clamore, non tanto per lo specifico istituto considerato (di rara applicazione, se correttamente applicato, e comunque ovviabile con altre più significative opportunità processuali) quanto perché le sentenze del 19 settembre 1996, C-236/95, e del 15 marzo 2003, C-214/00, rispettivamente riferite agli ordinamenti di Grecia e Spagna, non hanno considerato (specialmente carente è la sentenza sulla Spagna) che, anche in carenza della tutela cautelare *ante causam* esistevano altre complete forme di tutela tali da assicurare piene garanzie agli interessati alle procedure di appalto pubblico. Quando infine è stato il turno dell'Italia, pur dopo le innovative riforme della legge n. 205/2000 e l'esauritiva ordinanza n. 179/2002 della Corte costituzionale (che ovviamente le esaminava nella prospettiva della conformità con il diritto costituzionale di difesa), il giudice comunitario per confermare i risultati raggiunti ha usato lo strumento dell'ordinanza (utilizzato nel diritto processuale comunitario per i casi ormai consolidati), richiamando i precedenti senza curarsi di

prendere in considerazione le valide argomentazione della nostra Avvocatura dello Stato (cfr. l'ordinanza 29 aprile 2004, C-202/03).

Si tratta comunque di eccezioni, come detto, dato che i casi guida della Corte denotano un diverso e più cauto indirizzo. La stessa Commissione esprime adesso la medesima posizione, come in particolare risulta dalla proposta di nuova direttiva ricorsi (presentata il 4 maggio 2006, COM-2006, finale). La proposta trae origine dalla necessità di adeguare le forme comunitarie di tutela nel settore appalti alle molte novità apportate dalla «codificazione» della materia con le direttive n. 17 e 18 del 2004. Ma è significativo che mentre il diritto sostanziale degli appalti è vieppiù comunitarizzato dalle ultime direttive del 2004, i profili della tutela non si sviluppano in misura neanche lentamente comparabile; ed anzi, in taluni casi, retrocedano. È il caso delle interessanti forme di tutela preliminare al contenzioso giurisdizionale già previste nelle direttive «ricorsi» del 1989 (n. 665) e del 1993 (n. 13), che sono alla base di recenti riforme italiane come la procedura di verifica affidata all'Autorità di vigilanza dall'art. 6, comma 7, lett. n), del Codice dei contratti pubblici (il d. lgs. n. 163/2006).

Malgrado l'incerto cammino delle istituzioni comunitarie, l'influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale è stata già assai significativa; per non dire degli sviluppi di diritto sostanziale, ma a diretto rilievo anche processuale come la risarcibilità degli interessi legittimi ingiustamente lesi (la notissima sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione ha come una delle sue principali motivazioni proprio le argomentazioni di diritto comunitario). Basti considerare che la consapevolezza della portata del principio di effettività della tutela è alla base delle principali innovazioni della legge n. 205/2000, come la riforma organica della fase cautelare.

Al di là della questione di sin dove si può svolgere l'influenza comunitaria sul diritto processuale nazionale, anche nella specifica prospettiva della giustizia amministrativa il diritto europeo offre utili indicazioni.

Anzitutto, per il diritto comunitario è irrilevante il modello organizzativo del giudiziario nazionale. L'interesse europeo non è per un particolare modello di giurisdizione, monistico o dualistico, o varianti di questi, bensì per la garanzia di taluni principi



generali, considerati essenziali per assicurare livelli minimi di tutela, e per il concreto funzionamento del sistema processuale nella prospettiva della tutela effettiva.

In secondo luogo, dal diritto comunitario, che più di ogni altro sistema aveva dato rilievo all'interesse pubblico (nel caso, specialmente all'interesse per lo sviluppo dell'integrazione europea), emerge la progressiva centralità della tutela dei singoli; anche se tali garanzie possono rendere difficoltoso il funzionamento del sistema europeo in punti cruciali, come per il principio di uniformità. È il caso ad esempio delle nuove opportunità di tutela cautelare avverso atti delle istituzioni e degli organi comunitari.

In terzo luogo, poi, anche nel diritto processuale propriamente comunitario applicabile nei giudizi avanti al giudice europeo mostra un preciso interesse a garantire i profili di pubblico interesse, nonché dei pubblici soggetti coinvolti. Ne fanno fede i termini per il ricorso (simili a quelli nazionali), i criteri della legittimazione al ricorso (assai restrittivi e giustamente criticati), i limiti al potere del giudice.

Infine, ma solo per limitarci ai punti di maggiore rilievo, risulta confermata la tendenza a garantire un sempre più organico sistema di tutela con un giudiziario complesso ed articolato su più livelli. Infatti, dopo la prima fase in cui la Corte di giustizia è stata il solo giudice comunitario, sommando in sé — con esperienza senza eguali negli ordinamenti noti — le diverse funzioni di Corte costituzionale e di giudice ordinario e amministrativo, l'istituzione del Tribunale di primo grado, organo giurisdizionale eminentemente amministrativo, ha esaltato il ruolo della Corte come giudice di appello e di ultimo grado. Con il Trattato di Nizza, poi, si è prevista l'istituzione di Camere giurisdizionali, quali giudici speciali su determinate materie, secondo il criterio della giustizia conformata specificamente sul tipo di controversia in modo da garantire un'alta qualificazione e l'apprezzamento del merito della questione controversa.

Le indicazioni scaturenti dall'integrazione europea sono rilevanti anche per quanto attiene sviluppi non ancora perfezionati. Si tratta delle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali per l'Europa, proclamata a Nizza nel dicembre 2000, e nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato nell'ottobre 2004 a Roma, che, oltre ad una sistemazione generale dell'assetto costituzionale dell'Unione europea, recepisce con mar-

ginali modifiche il contenuto della Carta. Tali atti prevedono, nel quadro delle disposizioni relative alla «cittadinanza», nuovi diritti nei confronti della pubblica amministrazione (art. II.101 ss.) e nella prima parte (quella più originale) della Costituzione, che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nel settore del diritto dell'Unione» (art. I.29, comma 2).

Purtroppo, né la Costituzione europea né la Carta sono ancora in vigore, dato che il processo di ratifica della prima è stato per il momento bloccato dal negativo esito dei referendum in Olanda e Francia; e che la Carta è stata volutamente lasciata in un limbo giuridico, da cui sarebbe uscita divenendo la parte II<sup>o</sup> della Costituzione.

Malgrado questa situazione, la Carta dei diritti fondamentali è considerata dagli Avvocati generali e dai giudici comunitari una «fonte di ispirazione» da cui trarre utili indicazioni nei casi in cui siano in gioco le maggiori problematiche, tra cui ovviamente il diritto di difesa. Anche la Costituzione europea non è da ritenere senza effetti, dato il suo particolare procedimento di elaborazione «per Convenzione» e la sottoscrizione da parte di tutti gli Stati membri. I suoi principi, prima di divenire direttamente vincolanti per effetto dell'eventuale conclusione del processo di ratifica sono così da intendere quali componente dell'*acquis* comunitario, nel senso di livello minimo indefettibile di previsioni, parametro di riferimento per i soggetti tenuti all'applicazione del diritto comunitario.

#### 4. *Le forme non giurisdizionali di tutela.*

Abbiamo sinora esaminato le tendenze che, in tema di tutela giurisdizionale, emergono da alcuni ordinamenti giuridici di riferimento e dal sistema dell'Unione europea. Sarebbe limitativo, però, soffermarci solo sul tradizionale contenzioso giurisdizionale, dato che da una visione comparativa emerge una univoca indicazione per lo sviluppo di forme di tutela diverse dalla giurisdizione. Per una parte, forme di tutela di tipo amministrativo, preliminari alla giurisdizione, nel solco di una tradizione che in passato aveva accomunato anche l'ordinamento italiano; per altra parte, di carattere denominato «alternativo», in quanto poten-

zialmente atte a prevenire o superare il contenzioso giurisdizionale.

Questi istituti — in parte di remota origine, anche precedente allo Stato di diritto, in altra parte recentissimi, a dimostrazione di una notevole capacità di adattamento a molteplici situazioni ordinamentali — hanno la funzione, come detto, di prevenzione del contenzioso giurisdizionale o di superamento del contenzioso già insorto, sempre nella specifica prospettiva della tutela dei singoli e solo indirettamente della legalità amministrativa. Ove ben funzionanti, contribuiscono alla deflazione delle controversie giurisdizionali, con procedimenti che risultano anche più rapidi e meno costosi dei processi.

I ricorsi amministrativi, anzitutto, sono presenti e rimangono importanti in tutti gli ordinamenti considerati. La gamma della «tutela amministrativa» è quanto mai varia, andando dai ricorsi di tipo tradizionale — presentati alla stessa autorità che ha emesso l'atto lesivo oppure ad altra autorità dello stesso plesso amministrativo, comunque senza alcuna specializzazione contenziosa — a ricorsi presentati ad autorità specializzate che seguono procedure di tipo *quasi judicial*. Quest'ultimo è il caso, in particolare, dell'ordinamento inglese che da molto tempo ha sviluppato un organico sistema dei già citati *Administrative Tribunals*, composti di regola non da funzionari amministrativi, ma da esperti del settore in posizione di indipendenza rispetto all'autorità coinvolta. I «Tribunali» trattano ogni anno un vastissimo contenzioso — largamente superiore per numero a quello giurisdizionale in Italia — con esiti normalmente soddisfattivi per le parti. I ricorsi giurisdizionali (le *applications*) risultano in bassa percentuale (comunque sempre rilevante, a conferma della positività delle riforme avviate nel 1977).

I ricorsi amministrativi mantengono una loro utilità per gli interessati quando, come avviene negli ordinamenti più avvertiti, non rappresentano semplicemente un necessario presupposto nel percorso finalizzato alla «vera» tutela, quella giurisdizionale; e sono trattati da soggetti che si distinguono per formazione e posizione dai funzionari il cui operato è da loro scrutinato. Tale invece era la situazione italiana sino all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, che ha sancito il sostanziale deperimento dei ricorsi amministrativi. Il caso degli *Administrative Tribunals* britannici è esemplare: sono infatti in posizione indipendente dal-

l'amministrazione esaminata; hanno particolari garanzie operative che fanno parlare di organi *quasi-judicial*; seguono procedure di tipo contenzioso; adottano decisioni vincolanti per le amministrazioni.

A tali condizioni, i ricorsi amministrativi possono esercitare un'effettiva tutela, capace di prevenire il contenzioso giurisdizionale assai più significativamente delle *Alternative dispute resolutions* (ADR) di cui tra breve si dirà. Si consideri, in particolare, che una buona parte delle controversie amministrative implicano questioni tecniche o comunque non di carattere eminentemente giuridico, che possono essere meglio apprezzate nel loro merito da organismi specializzati. Non va inoltre sottovalutato il minimale costo della tutela in via amministrativa, in una fase di generale aumento dei costi di giustizia, ad iniziare da quelli dovuti allo Stato.

Spesso confuso con la tutela amministrativa, ha avuto una grande espansione negli ordinamenti considerati l'istituto del difensore civico, o *Ombudsman* secondo l'originaria denominazione scandinava.

Il difensore civico — che i vari ordinamenti hanno configurato organizzativamente in modi assai diversi, a seconda della dimensione locale e/o regionale e nazionale — è usualmente preposto alla verifica, di regola su esposto delle parti, ma talora anche d'ufficio, dei casi di «cattiva amministrazione», ovvero quando non si contesta tanto l'illegittimità dell'azione amministrativa, quanto la qualità dell'azione amministrativa. L'Unione europea ha dato un rilevante contributo alla definizione di «cattiva amministrazione», altrimenti nozione dall'incerta portata, con il Codice della buona amministrazione, approvato dal Parlamento europeo con risoluzione del 6 settembre 2001; e con la previsione del diritto alla buona amministrazione nella Carta dei diritti (art. 41).

Nei casi in cui il difensore civico accerta trattarsi effettivamente di cattiva amministrazione, di regola non può intervenire direttamente per porre rimedio alla situazione ingiusta, ma segnala la questione all'attenzione della competente amministrazione, indicando anche gli appropriati provvedimenti da assumere. Malgrado che negli ordinamenti considerati la segnalazione non abbia carattere vincolante, difficilmente l'amministrazione si sottrae alla richiesta di intervento; almeno in diretta correlazione al prestigio istituzionale del difensore. Possono esservi anche rela-

zioni annuali con cui il difensore sollecita riforme a suo avviso necessarie.

La connessione con il tema dei ricorsi amministrativi è impropria, principalmente perché il difensore civico ha posizione indipendente e si pone come «censore» delle amministrazioni, senza in alcun modo esserne parte; e perché normalmente gli organi decisori dei ricorsi amministrativi hanno il potere di annullare o riformare i provvedimenti impugnati. In comune, vi è il largo spazio per la valutazione del merito del caso, con residuale rilievo dei profili di legittimità.

Nei paesi di origine, il Nord Europa, ed in altri — come la Spagna — ove ha con successo attecchito, la figura del difensore civico riscuote un largo apprezzamento quale completamento della tutela in aree altrimenti non presidiate dalla legalità; successo tanto maggiore in caso di attribuzione al difensore di poteri decisori o sostanzialmente vincolanti nei confronti delle amministrazioni. Non sono chiare le ragioni per le quali in altri ordinamenti, come l'Italia che più ci interessa, il difensore civico ha vita grama, in quanto raramente utilizzato, quasi sempre in relazione a questioni amministrative oggettivamente marginali, e con conseguenze poco efficaci. Ha certamente avuto un ruolo negativo la carenza di un difensore civico nazionale, per paradossale effetto dell'evoluzione autonomista dell'ordinamento repubblicano; ma la debole esperienza avutasi sinora sembra più espressiva della perdurante centralità della cultura del processo che di lacune normative. A poco sembra destinata anche la popolarità rapidamente acquisita in Italia dal Mediatore europeo, che appare figura «altra» rispetto ai difensori civici locali.

Per quanto i ricorsi amministrativi e i difensori civici riescano ad assicurare occasioni soddisfattive per coloro che si ritengono lesi da cattiva o illegittima amministrazione, gli ultimi decenni hanno visto, ovunque, un notevole aumento del contenzioso giurisdizionale. A tal punto da far parlare di inflazione contenziosa, di «crisi da successo» della giustizia amministrativa, di effetto paradossale di ineffettività della tutela per eccessiva domanda giurisdizionale. Certo è che si è verificato un effetto moltiplicatore del contenzioso, anche amministrativo, in conseguenza dell'affinamento e completamento delle forme di tutela giurisdizionale: avvicinare la giustizia ai singoli con l'istituzione di organismi giurisdizionali locali, e migliorare le procedure applicabili,

ha determinato un salto del contenzioso, pure a parità di situazioni sostanziali rispetto alla situazione precedente alle riforme.

Da qui la diffusione in vari ordinamenti europei di strumenti di tutela originariamente sviluppatasi negli Stati Uniti, noti complessivamente come ADR (*Alternative dispute resolutions*). Si tratta di istituti di diversa natura ed efficacia, ma destinati ad incidere direttamente sul contenzioso, facendolo diminuire drasticamente non perché si offrono agli interessati tutele «alternative» alla giurisdizione (come il lessico inglese lascerebbe intendere), ma perché le ADR sono configurate come strumenti che possono appieno soddisfare gli interessi dei litiganti.

Ne fanno parte tanto procedure finalizzate ad evitare l'insorgere del contenzioso, quanto procedure alternative alle ordinarie forme di tutela giurisdizionale; nonché procedure che non hanno alcun carattere «alternativo», ma rappresentano esempi di procedure specializzate in determinate materie.

Si tratta dunque di istituti di diversa natura — talora prettamente civilistica — e con diversa efficacia, che si collocano non sempre in modo appropriato rispetto ai sistemi amministrativi ed ai diritti amministrativi nazionali. Tuttavia, la loro diffusione trova un consenso pressoché unanime, anche, inaspettatamente, dagli organi di giustizia amministrativa di maggiore tradizione, come il *Conseil d'Etat* che vi ha dedicato nel 1993 uno studio propositivo con larga eco anche fuori dalla Francia (*Règler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*).

Passata la fase della «scoperta» di questi istituti, con il connesso entusiasmo della novità, anche le ADR, come i ricorsi amministrativi e gli altri istituti esaminati nel presente paragrafo, non si dimostrano una panacea ai guasti di un eccessivo contenzioso, né un anatema per l'intrinseca contraddittorietà con i profili di pubblico interesse, come contrapposti «partiti» di studiosi e commentatori hanno accanitamente sostenuto. Lungi dall'essere «alternative» o risolutive, le ADR risultano invece un ulteriore completamento della tutela dei singoli, utilizzabile specialmente a fronte di particolari problematiche emerse di recente, come le questioni trattate dalle Autorità amministrative indipendenti (comunicazioni e telecomunicazioni, concorrenza e mercato, energia, ecc.).

Dispiace che la recentissima proposta di nuova direttiva europea sui ricorsi in materia di appalti pubblici (la già citata pro-

posta COM-2006, 195 finale) abbia accantonato alcuni istituti che, opportunamente valorizzati, avrebbero potuto dare un contributo rilevante alla deflazione giurisdizionale nel settore degli appalti, contrassegnato da vastissimo contenzioso e guida per altre materie. È il caso, in particolare, del procedimento verifica preliminare della regolarità delle operazioni concorsuali (l'attestazione), il cui esito — nelle occasioni in cui si è chiesta questa «certificazione» — è risultato definitivo per l'assetto degli interessi in gioco. Tanto maggiore è il disappunto perché in Italia, come già accennato, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006, art. 6, comma 7, lett. *n*) ha ripreso una procedura del genere, prevedendo che le parti interessate possano rimettere all'Autorità di vigilanza la valutazione preliminare su questioni insorte durante lo svolgimento di una gara.

##### 5. *Talune conclusioni.*

La prima domanda posta a base di questa indagine (serve ancora una giustizia amministrativa?) è di tipo prettamente funzionalistico, in quanto pone la questione se ha ancora utilità per gli interessati un sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione separato, o quantomeno specializzato, rispetto alla giurisdizione ordinaria.

In tale prospettiva, la risposta è sicuramente positiva. La giustizia amministrativa (usando ancora per comodità questa nozione in modo comprensivo di diversi istituti e discipline), lungi dal creare aree di privilegio giurisdizionale per le pubbliche amministrazioni, ha infatti ampliato le occasioni di tutela dei singoli e consente di giungere — pur con strumenti ed esiti variabili da un ordinamento all'altro — fino nei recessi più intimi della sfera amministrativa, come la discrezionalità. Il riconoscimento di queste particolari opportunità della giustizia amministrativa è venuto anche dall'ordinamento inglese, segnato per quasi un secolo dall'anatema di Dicey contro il diritto amministrativo e qualsiasi forma di tutela diversa da quella ordinaria affidata alle corti comuni.

In sostanza, assumendo come centrale il criterio dell'effettività della tutela — secondo le precise indicazioni scaturenti dal diritto europeo e da gran parte degli ordinamenti nazionali — la giustizia amministrativa ben risponde all'esigenza di un pieno

scrutinio della pubblica amministrazione, e completa nei confronti di questa il diritto alla difesa dei singoli. Del tutto condivisibile è pertanto la conclusione di Garcia de Enterría nel recente studio *La justicia administrativa en el cambio de siglo: «La justicia administrativa, así perfeccionada, convertida en una tutela judicial plenaria y efectiva, no coartada, aproximativa o parcial, se ha erigido definitivamente en una pieza insoslayable de la concepción occidental del lo Estado de derecho»*.

Le critiche alla giustizia amministrativa — mai venute meno malgrado i risultati indubbiamente positivi del contenzioso amministrativo — non assumono ovviamente la prospettiva della effettività della tutela, ma quello costituzionale della unità della giurisdizione, la cui rottura non potrebbe essere giustificata da nessuna ragione. In tal senso, la giurisdizione amministrativa, implicante un corpo giudiziario distinto o separato da quello ordinario, e regole processuali in tutto o in parte diverse da quelle generali, è indubbiamente asimmetrica rispetto alla funzione giurisdizionale «generale».

Ma non si tratta di una prospettiva convincente né dal punto di vista costituzionale, né da quello «realistico» che si rifà alla nozione dell'effettività della tutela quale principio generale che presiede alla funzione giurisdizionale. nel primo senso, i vari sistemi di giustizia amministrativa hanno trovato il costante supporto dei giudici costituzionali, compresa la nostra corte costituzionale che ha fatto propria la tesi della unità non organica, ma funzionale di giurisdizione. nella prospettiva poi dell'effettività della tutela, una più attuale accezione dello stato di diritto non si accontenta del rispetto di modelli formali di giurisdizione, ma privilegia sistemi di tutela nei confronti della pubblica amministrazione capaci di adeguarsi al continuo cangiare della funzione amministrativa e dei rapporti tra autorità e cittadini; favorisce l'integrazione della tutela giurisdizionale con vari strumenti di tutela amministrativa; riconosce la «denazionalizzazione» della giurisdizione a seguito dell'integrazione processuale scaturente dai sistemi giuridici ultrastatali, come il diritto europeo e il diritto delle nuove organizzazioni internazionali.

La seconda questione esaminata in questa indagine (l'utilità di un'indagine comparativa e sul diritto europeo) ha consentito di cogliere con profitto le tendenze in atto nei principali ordinamenti giuridici.



Anzitutto, per un tema «di tradizione», come quello dei modelli di giustizia amministrativa, è inconfutabile il deperimento del modello monistico con prevalenza del giudice ordinario, per la rilevanza di organi e procedure specifiche per le questioni amministrative. Allo stesso tempo, i sistemi dualistici mostrano come il giudice amministrativo ed il suo processo siano stati progressivamente avvicinati, per quanto compatibile con la natura delle cause trattate, al modello generale del processo civile. Più in generale, è ormai rara eccezione la questione dei modelli, a favore di un approccio sostanzialistico, attento ad assicurare concretamente la effettività della tutela.

Emerge poi ovunque l'interesse ordinamentale a calibrare la disciplina della giustizia amministrativa per garantire la piena ed effettiva tutela degli interessati; nonché la specificità del contenzioso con la pubblica amministrazione. Infatti, il principio della «parità delle armi» non preclude il rilievo delle peculiarità dell'interesse pubblico coinvolto, bensì solo della supremazia dello stesso.

Il tipo di disciplina è frutto principalmente dell'autonomo sviluppo proprio di ogni ordinamento, ed in tal senso si può parlare, come accennato all'inizio, di uno dei settori in cui ha ancora senso una comparazione giuridica nel quadro dell'Unione europea. Tuttavia, con l'infittirsi delle relazioni tra ordinamenti per la peculiare comunicazione che si verifica nello Spazio giuridico europeo, si sono fatti continui i fenomeni giuridici di imitazione, «trapianto», «fertilizzazione» e simili, che stanno portando ad un esito largamente simile ad onta dei punti di partenza così differenti.

Opportunamente, l'Unione europea ha scelto di assecondare questo tipo di sviluppo spontaneo da parte degli Stati membri, senza forzare l'integrazione armonizzatrice. Di conseguenza sono limitati gli interventi normativi — per di più, quando esistono, nella forma delle direttive non dettagliate e non autoapplicative, in conformità al modello di direttiva previsto dai Trattati — e l'influenza maggiore avviene attraverso il rilievo dei principi generali di diritto comunitario.

## 6. *Elementi di bibliografia.*

Le citazioni nel testo si riferiscono, nell'ordine, a: J. RIVERO, *Le juge administratif gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité?*, in *Melanges M. Waline*, Paris, LJDJ, 1974; A. ORSI BAT-

TAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia « non amministrativa »*, Milano, Giuffrè, 2005; S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* (a cura di), P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, Barbera, 1950, II, 202; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, III, 1929; G. ALPA, *Prospettive della comparazione*, in *Pol. dir.*, 1995, 581; DE SMITH, WOOLF and JOWELL, *Judicial review of administrative action*, London, Sweet & Maxwell, 1995; D. TRUCHET, *Playdoyer pour une cause perdue; la fin du dualisme juridictionnel*, in *Actualité juridique, Droit administratif*, 2005, 1767; E. GARCIA DE ENTERRIA, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Ciudad de Mexico, Fundap, 2003, 87.

Opere recenti fanno un sintetico punto della situazione (ivi anche ampia bibliografia per approfondimenti): AA.Vv., *Giustizia amministrativa* (a cura di), A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, in corso di stampa; M. CLARICH, *Giustizia amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, cit., III, 2767; ID., *La giustizia*, in *Tratt. dir. amm.* (a cura di), S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, II, 2021; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005.

La prospettiva europea e comparata è approfondita da: D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento 2000; ID., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, a cura di G. FALCON, Padova, Cedam, 2005, 203; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2<sup>a</sup> ed., in corso di stampa; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 483 ss.; AA.Vv., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa* (a cura di), G. RECCHIA, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, Cedam, 1996. Sulle alternative alla tutela giurisdizionale: *Administrative Justice in the 21<sup>st</sup> century* (a cura di), M. HARRIS e M. PORTINGTON, Portland, Hart Publishing, 1989; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in questa rivista, 200, 1; M.P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in questa rivista, 2000, p. 203; CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, DF, 1993.



GUIDO GRECO

**INOPPUGNABILITÀ E DISAPPLICAZIONE  
DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NEL QUADRO  
COMUNITARIO E NAZIONALE  
(note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa) (\*)**

SOMMARIO: 1. I ricorrenti attacchi al regime del provvedimento amministrativo. — 2. La disapplicabilità dell'atto amministrativo per presunte necessità comunitarie. — 3. L'asserita risarcibilità dei danni conseguenti all'esecuzione di provvedimenti amministrativi inoppugnabili: il problema della disapplicazione. — 4. Inoppugnabilità e risarcimento dei danni.

1. *I ricorrenti attacchi al regime del provvedimento amministrativo.*

Periodicamente si assiste a variegati tentativi di forzare e alterare il regime del provvedimento amministrativo sulla base di interpretazioni e di asserite necessità, che ne imporrebbero il superamento. E tali tentativi si sono intensificati negli ultimi tempi, seguendo percorsi eterogenei e interessando aspetti diversi di regime.

Mi riferisco alle tesi che pretenderebbero di moltiplicare i casi di nullità dell'atto (1), sulla base anche di asserite violazioni di norme imperative (2), compromettendo così — al di là dei casi

---

(\*) Studio destinato agli scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita.

(1) Il tema è affrontato, in particolare, da BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2002.

(2) Si trascura, peraltro, che «*La distinzione tra norme derogabili e imperative, rilevante nel diritto privato al fine di accertare la validità del negozio giuridico, non trova, viceversa, giustificazione a quel fine nel diritto amministrativo, se non, sotto diversa catalogazione concettuale, per discernere le disposizioni di legge che regolano la condotta dell'Amministrazione in modo da lasciarle un margine di scelta discrezionale nell'esercizio concreto del potere da quelle che la vincolano in modo così puntuale da non consentirle alcuna ulteriore valutazione.*

*Anche l'inosservanza di queste ultime, tuttavia, implica l'illegittimità dell'atto per violazione di legge e, quindi, la sua annullabilità, senza che possa in alcun modo configurarsi*

estremi dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990 — l'ordinaria annullabilità del provvedimento (con la correlata efficacia interinale dell'atto, ancorché illegittimo, e con i consueti brevi termini di impugnazione, alla cui scadenza consegue l'inoppugnabilità dell'atto medesimo).

Tali tesi riguardano sia il provvedimento in sé considerato (sovente dimenticando, però, che il regime differenziato da quello del negozio giuridico privato scaturisce anzitutto dalla consapevolezza della profonda diversità del quadro normativo di riferimento e, così, dai ben più complessi e numerosi parametri di validità), sia gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento, sulla base dell'opinabile, ed anzi criticabile, impostazione che a detti accordi debba essere applicata solo la disciplina privatistica: come se l'esercizio del potere si dissolva d'un tratto, sol che l'Amministrazione preferisca nel caso concreto avvalersi di strumenti consensuali, in sostituzione (totale o parziale) di quelli unilaterali.

Su tali interpretazioni ho già espresso (sommessamente) il mio punto di vista (3) e non è il caso di ritornare in argomento.

Infatti, ben più insidiosi — anche perché in parte avallati dalla giurisprudenza — sono i tentativi di alterare il regime dell'atto amministrativo sotto un altro versante: e, cioè, sminuendo le conseguenze della mancata impugnazione dell'atto nei termini prescritti e/o predicando la disapplicabilità dell'atto medesimo, senza limiti di tempo.

Quest'ultimo filone interpretativo si è sviluppato essenzialmente in due distinti campi applicativi. Correlati, l'uno, all'atto amministrativo inficiato da illegittimità comunitaria (4), e, l'altro, all'azione risarcitoria per i danni conseguenti a (l'esecuzione di) un provvedimento amministrativo illegittimo (5).

---

*più grave ipotesi di invalidità (paragonabile alla nullità) che impedisca al provvedimento di produrre i suoi effetti tipici (se non nel diverso caso dell'atto adottato in carenza di potere) e che autorizzi il giudice amministrativo a disapplicarlo» (Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in Cons. Stato, 2003, I, 25, p. 31).*

(3) Cfr. *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003.

(4) CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano 2004, p. 473.

(5) Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006 n. 13659 e n. 13660, nonché Id., 15 giugno 2006 n. 13911, su cui si può leggere la nota di M.A. SANDULLI, *Finalmente « definitiva » certezza sul riparto di giurisdizioni in tema di « comportamenti » e sulla c.d. « pregiudiziale » amministrativa? Tra i due litiganti vince la « garanzia di piena tutela », in Giur. amm., 2006. Cfr. anche CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, ivi, 2006.*

In entrambi i casi viene messo in discussione la cosiddetta pregiudizialità amministrativa e cioè la necessità della previa impugnazione (nei termini e con successo) del provvedimento. Val la pena dunque di spendere qualche parola a difesa di detta pregiudizialità, che viceversa pare rispondere a precise necessità di sistema, non superate né superabili sulla base delle presunte esigenze sottese nei due campi in cui è stata messa in discussione.

Anche perché, diversamente opinando, vi sarebbero implicazioni assai gravi e difficilmente sopportabili.

E così, ad esempio, se si consolidasse l'interpretazione che l'azione risarcitoria sia esercitabile nei termini di prescrizione, anche se l'asserita antiggiuridicità deriva dalla illegittimità di un provvedimento non impugnato nei termini, le conseguenze per le Amministrazioni sarebbero devastanti.

Queste dovrebbero rassegnarsi a subire imponenti «ondate» di giudizi di tal fatta, per importi anche cospicui (si pensi solo a tutte quelle che potrebbero scaturire dalle gare espletate — e mai contestate — da una singola Amministrazione nell'ultimo quinquennio), senza che la tempestività di una previa o contestuale impugnazione possa consentire loro idonee contromisure e correzioni di rotta. E per tali Amministrazioni sarà di poco conforto il principio di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., che — ove si ritenesse applicabile alla mancata impugnazione dell'atto — dovrebbe nella massima parte dei casi azzerare il danno (rendendo, dunque, l'azione infondata nel merito), ma che, essendo rimesso ad una valutazione ampiamente discrezionale del Giudice, non esclude certo sorprese dolorosissime nel caso singolo.

E gli scenari negativi potrebbero essere ancor più gravi.

Non è da escludere, infatti, che si finirebbe persino per fare commercio di tali possibili crediti risarcitori. Anzi, potrebbe risultare non bizzarra profezia l'instaurarsi di una prassi sistematica di cessione di detti crediti, con società di *Factoring* disposte a rastrellarli a poco prezzo e ad assumersi l'alea dei relativi giudizi.

Si potrà obiettare che si tratta di previsioni pessimistiche e, comunque, che dedurre inconvenienti non significa fornire argomenti. Passiamo allora dal piano pratico al piano giuridico-formale e ricostruttivo: a cominciare dalla asserita disapplicabilità dell'atto amministrativo contrario alla disciplina comunitaria.

2. *La disapplicabilità dell'atto amministrativo per presunte necessità comunitarie.*

Com'è noto, dopo un iniziale dibattito in ordine alla patologia dell'atto amministrativo contrastante con la disciplina comunitaria (per contrasto diretto, ovvero per applicazione della normativa nazionale, a sua volta contrastante con quella comunitaria), la giurisprudenza amministrativa ha risolutamente accolto la tesi della illegittimità-annullabilità e non quella della inefficacia-nullità (6), pur propugnata da una parte della dottrina. Il tutto in linea con la tesi ricostruttiva della integrazione degli ordinamenti (7), a sua volta antitetica alla concezione della separazione, accolta dalla Corte costituzionale.

Ma i risultati così raggiunti sono stati posti in discussione da una (per la verità non molto perspicua) giurisprudenza della Corte di giustizia. E, infatti, con una prima sentenza del 1995 (8), la Corte ha giudicato che «*il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che, a condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice a quo, vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine*».

Tale pronuncia, pur avendo avuto l'accortezza e la prudenza di ancorare il principio di diritto alle caratteristiche peculiari del procedimento del giudice nazionale remittente, ha finito per dare l'impressione di enunciare un principio incondizionato e conforme a quegli orientamenti della dottrina, che predicavano una patologia dell'atto amministrativo, diversa da quella consueta della illegittimità-annullabilità.

Tuttavia si è trattato di una forzatura. Infatti, con una successiva sentenza del 1996 (9), la Corte di giustizia ha precisato e

---

(6) Cfr., di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in *Cons. Stato*, 2005, I, 252; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit.

(7) Sull'intera tematica sia consentito un rinvio al mio contributo «*Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*», in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da CHITI e GRECO, Milano, 1997, p. 408 ss.

(8) Corte giust. CEE, 14 dicembre 1995, in causa C-312/93 (Peterbroeck), in questa *Rivista*, 1996, 688.

(9) Corte giust. CEE, 24 ottobre 1996, in causa C-72/95, in questa *Rivista*, 1997, 130, ma già anticipata da Corte giust. CEE, 14 dicembre 1995, in causa C-430/93 (*Van Schijndel et Van Veen*), in *Racc.*, 1995, 4705, punti 13 ss.

circoscritto il proprio orientamento, imponendo la disapplicabilità anche d'ufficio dell'atto amministrativo comunitariamente illegittimo, solo se analogo potere sussiste con riferimento alla violazione di norme nazionali. In altri termini, la Corte di giustizia si è limitata ad imporre una parità di trattamento processuale, in guisa tale che l'applicazione del diritto comunitario non possa risultare discriminata.

Così delimitata, detta giurisprudenza non pareva proprio che potesse introdurre particolari innovazioni nel nostro sistema (sia sul piano sostanziale, che processuale). Infatti, considerato che nel nostro giudizio amministrativo l'inoppugnabilità è un principio privo di eccezioni, con la conseguenza che non si può contestare la legittimità di provvedimenti amministrativi non tempestivamente impugnati, non v'è spazio per un diverso trattamento (disapplicazione), qualora questi ultimi siano inficiati da illegittimità comunitaria.

Nel frattempo, peraltro, la tesi della disapplicabilità dell'atto amministrativo nazionale si era già sviluppata sulla base di un diverso *iter* argomentativo, ad opera di autorevole dottrina (10), oltre che di una parte della giurisprudenza amministrativa (11). Secondo tale interpretazione l'atto amministrativo non può presentare, rispetto alla disciplina comunitaria direttamente applicabile, maggiore resistenza di quanta è riconosciuta alla legge nazionale: e poiché è principio indiscusso che quest'ultima debba essere disapplicata, in caso di contrasto con la normativa comunitaria, alle medesime conclusioni si dovrebbe pervenire anche per l'atto amministrativo (12).

Ora, indubbiamente, la disapplicazione di una norma di legge e la disapplicazione di un atto amministrativo (ove consentita) costituiscono operazioni del tutto omogenee dal punto di vista del meccanismo logico-decisionale e delle conseguenze che ne

---

(10) CHITI, *op. loc. cit.* Ma la tesi era già stata sostenuta in precedenti scritti (cfr., ad esempio, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796, p. 828.

(11) Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, 31 maggio 2000, n. 3831, in *I T.A.R.*, 2000, I, 3144; T.A.R. Lombardia, Sez. III, ord., 8 agosto 2000, n. 234.

(12) Osserva CHITI, *op. cit.*, p. 469, che «*Non accettando il regime di generale disapplicabilità per tali atti amministrativi si giungerebbe al paradosso di una loro particolare capacità di resistenza agli effetti comunitari, nel mentre gli atti normativi sarebbero cedevoli (nel senso della disapplicabilità) in ogni caso in cui si prospetti una loro anticomunitarietà. Con l'effetto di determinare una inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale*».



derivano. Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il giudizio sulla singola controversia (o sul comportamento da tenere) prescinde dal prendere in considerazione l'atto (normativo o meno) disapplicato e, dunque, rimuove (nel caso singolo) la disciplina posta da detto atto (sia essa generale o astratta, ovvero puntuale, e diretta a regolare la specifica fattispecie concreta).

Ma l'identità (tecnica) dell'istituto non significa affatto che esso debba essere predicato all'atto amministrativo, sol perché è doverosamente e pacificamente imposto alla legge nazionale contrastante al diritto comunitario.

Un siffatto capovolgimento di regime non pare, infatti, che possa essere giustificato solo per la pretesa simmetria o analogia con le vicende della legge italiana. Esso trascura, infatti, le profonde differenze tra atto normativo e atto provvedimentoale e la circostanza che per il primo (ma non per il secondo) la disapplicazione è una forma ordinaria di risoluzione delle antinomie tra fonti (13) (salva diversa disciplina positiva). E trascura altresì che, mentre il Giudice comune non avrebbe alcun altro mezzo per neutralizzare l'efficacia della legge nazionale in contrasto con la normativa comunitaria, il Giudice amministrativo è titolare, rispetto al provvedimento parimenti contrastante, del ben più radicale potere di annullamento.

Inoltre la disapplicazione dell'atto amministrativo non risulta imposta da «necessità comunitarie», così come codificate dalla giurisprudenza della medesima Corte di giustizia, e risulta anzi contraddetta da espressa disciplina imposta dalle stesse fonti comunitarie.

Sotto il primo profilo, basta considerare il regime dell'atto amministrativo comunitario (e, cioè, la decisione), la cui impugnazione è sottoposta a precisi termini di decadenza, analoghi ai nostri. Ebbene, la Corte di giustizia è ferma nel giudicare che la definitività dell'atto (diremmo noi, la inoppugnabilità) preclude in radice che possa essere rimessa in discussione la relativa validità, da parte di chi (lo Stato membro, in caso di ricorso per constatazione di inadempimento, il singolo cittadino attraverso l'eccezione di illegittimità) fosse legittimato alla impugnazione diretta del-

---

(13) Sul tema, cfr. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 661, p. 704 ss.

l'atto medesimo (14): l'esigenza che la normativa comunitaria sia applicata immediatamente e direttamente è, dunque, soddisfatta esclusivamente dalla possibilità di impugnazione diretta della decisione, che non può essere posta altrimenti in discussione, per ovvie necessità di certezza del diritto.

Sotto il secondo profilo, basta considerare che nei casi in cui la normativa comunitaria si è finora occupata del sistema processuale (amministrativo) degli Stati membri (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) ha dato per scontato il regime dell'illegittimità-annullabilità. Tant'è che ha imposto che sia garantita la sussistenza del potere (anche giurisdizionale) di «annullare» o far «annullare le decisioni illegittime», in quanto scaturenti da violazione del diritto comunitario (art. 2 comma 1, lett. b) di entrambe le direttive da ultimo citate).

Ciò nondimeno la tesi della disapplicabilità degli atti amministrativi nazionali ha trovato un qualche riscontro, come si è detto, presso una parte della giurisprudenza amministrativa (a

---

(14) E ciò sia in sede di ricorso per inadempimento di uno Stato membro, sia in sede di eccezione di illegittimità in un giudizio pendente innanzi ad un giudice nazionale.

Nel primo caso è stato giudicato che: «*Si deve poi ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, una decisione che non sia stata impugnata dal destinatario entro i termini stabiliti dall'art. 173 del Trattato diviene definitiva nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 17 novembre 1965, causa 20/65, Collotti/Corte di giustizia, Racc. p. 873, e TWD Textilwerke Deggendorf, citata, punto 13).*

*In applicazione di questo principio, la Corte ha ripetutamente dichiarato che uno Stato membro non era più legittimato, in occasione di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione, a rimettere in discussione, attraverso l'art. 184 del Trattato CE (divenuto art. 241 CE), la validità di una decisione adottata nei suoi confronti in base all'art. 93, n. 2, dello stesso Trattato (divenuto art. 88, n. 2, CE) dopo aver lasciato scadere il termine entro il quale poteva proporre ricorso di annullamento (v., in questo senso, sentenza 12 ottobre 1978, causa 156/77, Commissione/Belgio, Racc. p. 1881, punto 20, e 10 giugno 1993, causa C-183/91, Commissione/Grecia, Racc. p. I-3131, punto 10)» (Corte giust. CEE, 14 settembre 1999, in causa C-310/97).*

Nel secondo caso è stato giudicato che: «*si deve ricordare che le esigenze di certezza del diritto, e più in particolare quelle che derivano dal principio dell'autorità di cosa giudicata, inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione adottata in forza dell'art. 93 del Trattato, che avrebbe potuto impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine imperativo all'uopo prescritto dall'art. 173, comma 5, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230, comma 5, CE) possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione. Ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinanzi al giudice nazionale, opporsi all'esecuzione della decisione eccedendo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini di ricorso (v. sentenza 9 marzo 1994, causa 32703mC-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Racc. p. I-833, punti 17 e 18)» (Corte giust. CE, Sez. III, 23 febbraio 2006, nei procedimenti C-346/03 e C-529/03: la sentenza è pubblicata per esteso nel presente numero della *Rivista*; cfr. anche Corte giust. CE, 22 ottobre 2002, nel procedimento C-241/01, punti 34 e 35). In argomento si può leggere anche B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità nel processo comunitario*, in questa *Rivista*, 1995, p. 345 ss.).*

proposito soprattutto della disapplicazione dei bandi di gara non tempestivamente impugnati) e, soprattutto, ha inopinatamente trovato accoglimento anche in una ulteriore sentenza della Corte di giustizia (15). La quale, partendo proprio dalla ormai acquisita disapplicabilità delle leggi nazionali contrastanti con la disciplina comunitaria, ha ritenuto che non vi siano ragioni per riconoscere (si direbbe, quasi, «*a fortiori*») la stessa disapplicabilità nei casi in cui il contrasto con la normativa comunitaria avente efficacia diretta riguardi un provvedimento amministrativo.

Ed ha concluso nel senso che «*un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione*».

Ora nel caso concreto tali conclusioni potevano verosimilmente dirsi giustificate (16). Ma quel che non si poteva condividere era l'assolutezza dell'enunciazione di principio, nonché l'*iter* logico — per la verità, alquanto elementare e gravemente incompleto — da cui è scaturito. Non si tratta, infatti, di accordare al provvedimento amministrativo una resistenza superiore a quella della legge e di ogni altro atto normativo. Si tratta, viceversa, di aver consapevolezza delle diverse connotazioni sostanziali dei due istituti e delle diverse forme di tutela giurisdizionale, che ne derivano, sia a livello nazionale, sia a livello comunitario.

Un ulteriore intervento della Corte di giustizia, dunque, si imponeva ed in effetti non si è fatto attendere troppo. Con una ancor più recente sentenza (17), infatti, la Corte:

---

(15) Corte giust. CEE, Sez. II, 29 aprile 1999, in causa C-224/97 (*Ciola*), in questa *Rivista*, 2000, p. 149.

(16) Da un lato, infatti si trattava di invalidità sopravvenuta (conseguente all'adesione dell'Austria all'Unione europea) di un provvedimento amministrativo emesso vari anni prima; d'altro lato si trattava di valutare la legittimità di tale atto, ai fini della successiva applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. In altri termini, si trattava di un caso specifico, in cui non si poteva opporre un'originaria decadenza dall'impugnazione e in cui la legittimità dell'atto doveva essere valutata solo ai fini dell'applicazione della sanzione: il che avrebbe consentito la disapplicazione anche presso di noi, ove controversie di tal fatta sono di competenza del Giudice ordinario (cfr., ad esempio, Cass., Sez. Un., 22 febbraio 1996, n. 1085, in *Cons. Stato*, 1996, II, 675).

(17) Corte giust. CE, 27 febbraio 2003, in causa C-327/00 (*Santex*), in questa *Rivista*, 2003, p. 888.

— ha riconosciuto che la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza risponde al principio di certezza del diritto e non contrasta col diritto comunitario;

— che, in particolare, il termine di decadenza di sessanta giorni risulta ragionevole e idoneo a garantire comunque l'applicazione della disciplina comunitaria;

— che tuttavia nel caso in cui l'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale sia stato reso in concreto impossibile o difficilmente esercitabile, il Giudice è tenuto a disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano le impugnazioni.

Con il che l'intero regime (anche processuale) dell'atto amministrativo è risultato ricondotto nei consueti binari. Anche perché il dovere di disapplicazione (nell'eccezionale caso di cui si è detto) non riguarda il singolo atto, sibbene la disciplina della decadenza (così come sempre avviene presso di noi, attraverso l'istituto dell'errore scusabile).

E questa è l'attuale sistemazione della materia, che ha trovato del resto anticipazione e conferma anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (18). Il tutto nella consapevolezza che il regime di tutela accordato dal nostro ordinamento risponde ai principi di equivalenza e di effettività, così come elaborati dalla stessa Corte di giustizia (19), e che la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati non rientra tra i poteri del Giudice amministrativo e finirebbe per snaturare i caratteri essenziali del giudizio impugnatorio (20).

Ma la riferita sistemazione potrebbe risultare compromessa, ove emergesse che il nostro giudizio amministrativo in realtà opera (in altri settori) la disapplicazione di provvedimenti non impugnati. In tal caso, infatti, verrebbe meno l'equivalenza del trattamento tra situazioni tutelate dal diritto comunitario e situa-

---

(18) Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, in *Dir. proc. civ.*, 2005, 1107 ss., con nota di VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimento amministrativi per contrasto col diritto europeo: incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*.

(19) Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit., *loc. cit.*, p. 34.

(20) Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit., *loc. cit.*, p. 29.

A conclusioni in parte diverse si potrebbe (forse) giungere ove si tratti di contrasto del singolo provvedimento con una specifica decisione della Commissione (a sua volta atto provvedimentale e non normativo). Ma tale aspetto, per ovvie ragioni di economia, fuoriesce dal presente studio, che viceversa si occupa soltanto (ma si tratta dei casi di gran lunga più frequenti) del problema della disapplicabilità per contrasto con la normativa comunitaria.

zioni tutelate solo dal diritto interno e la Corte di giustizia non potrebbe tollerare una simile discriminazione.

3. *L'asserita risarcibilità dei danni conseguenti all'esecuzione di provvedimenti amministrativi inoppugnabili: il problema della disapplicazione.*

Il riferimento è, ovviamente, al già richiamato nuovo indirizzo, inaugurato dalla nostra Corte di cassazione con tre recenti ordinanze (21), che pare rimettere in discussione l'intero regime dell'atto amministrativo. E, soprattutto, aprire un altro fronte sul tema della disapplicabilità.

Con dette ordinanze la Corte ha, infatti, ammesso — si direbbe, anzi, imposto — la risarcibilità dei danni conseguenti all'adozione (ed esecuzione) di provvedimenti amministrativi illegittimi, ancorché non impugnati. Ed ha ritenuto così di poter saltare a piè pari la giurisprudenza del Consiglio di Stato (22) — qualificata panpubblicistica — che ha sempre richiesto la previa impugnazione ai fini dell'annullamento, dato che il Giudice amministrativo non dispone del potere di disapplicazione di un atto non tempestivamente impugnato.

Al riguardo l'unica spiegazione che si rinviene nella motivazione di dette ordinanze è contenuta nell'affermazione (tesi panprivatistica, accolta per tale profilo) che il Giudice «*non dovrà giudicare in via incidentale della legittimità dell'atto, in funzione della sua disapplicazione (...), ma dovrà valutare il provvedimento solo come fatto, come elemento costitutivo dell'illecito*».

Così argomentando la Corte pare far proprie considerazioni già svolte da una parte della dottrina (oltre che da una parte della giurisprudenza del Giudice ordinario). È ricorrente, infatti, il rilievo che «*non è la disapplicazione ma al contrario, se si vuol dire così, l'applicazione del provvedimento illegittimo che genera l'illecito*» (23). E, ancora, «*non si tratta di considerare l'atto come*

---

(21) Citate in nota 5.

(22) Cons. Stato, Ad. Plen. 26 marzo 2003, n. 4, in *Giornale dir. Amm.* 2003, 567, con *Commento* di L. TORCHIA. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338, in *Dir. proc. civ.*, 2003, 208.

(23) L'espressione è di FALCON, *Il Giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 311, che così sintetizza il pensiero della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite, senza (pare) dividerla. Essa è ripresa da TRAVI, nota a Cass., Sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, 2073, e

*non avesse prodotto alcun effetto ma, all'inverso, di verificare, nell'analisi "principaliter" degli elementi costitutivi dell'illecito, che esso ha prodotto un effetto nefasto, la cui perniciosità si intende eliminare sul piano risarcitorio» (24).*

Ma tale tesi da un lato prova troppo; d'altro lato trascura le conseguenze (giuridiche) della persistente efficacia del provvedimento.

Prova troppo, perché se si dovesse risarcire solo il danno provocato da un provvedimento amministrativo esistente, esecutivo e, come tale, produttivo di effetti (giuridici e non solo di conseguenze materiali), si dovrebbe *a contrariis* escludere ogni illecito allorché detti effetti fossero stati travolti *ex tunc* dall'annullamento. Il che, certo, non può essere condiviso da alcuno.

Ma, a parte tale rilievo, detta ricostruzione non può essere condivisa, perché trascura la «forza giuridica» del provvedimento e, cioè, la sua attitudine a realizzare un assetto di interessi, incompatibile — ove non venga rimosso — con ogni pretesa illiceità.

Facciamo degli esempi, a cominciare dagli atti ablatori. E consideriamo il caso dei danni lamentati dall'espropriato, a causa, appunto, di una illegittima espropriazione. Ma se si tiene ferma l'efficacia dell'atto (*id est* si applica l'atto) l'espropriato non può lamentare alcun danno *contra ius*, perché — proprio a causa della persistente efficacia dell'atto (ancorché illegittimo) — non è più proprietario del bene e l'espropriante, che l'utilizza e ne dispone, non fa altro che esercitare un proprio diritto (il che elimina in radice ogni illecito).

Facciamo, ora, l'esempio del provvedimento negativo. Quale che sia l'efficacia di detto atto (meramente dichiarativa, ovvero costitutiva (25)), è chiaro che fin quando esso «regge» il caso concreto (e, cioè, statuisce che il provvedimento richiesto non può essere rilasciato), non si può far questione di illecita omissione (in ordine al mancato rilascio del provvedimento richiesto).

---

da COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. civ.*, 2005, p. 208 ss., p. 303.

(24) CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I, p. 558. Tale impostazione è ripresa da L. TORCHIA, *Commento*, cit., p. 584.

(25) Sul tema si può vedere il mio *Accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, p. 168.

In altri termini, la persistente efficacia del provvedimento amministrativo costituisce titolo legittimante della condotta o dell'omissione, in ipotesi produttive di danni. Dunque, per poter qualificare detta condotta o omissione in termini di illecito, occorre rimuovere detto titolo.

Dire, dunque, che è necessario applicare il provvedimento, nel quadro del giudizio sull'attività illecita, non significa far altro che sottolineare che detta attività è stata posta in essere in esecuzione del provvedimento (e non in contrasto con lo stesso). Con essa, dunque, l'amministrazione ha «applicato» il provvedimento e, se quest'ultimo è illegittimo, la condotta o l'omissione sono potenzialmente idonee a configurare un illecito.

Peraltro tale constatazione è un presupposto necessario, ma non sufficiente per qualificare l'attività esecutiva come illecita. Per poter giungere, infatti, ad un giudizio di illiceità è necessario — per quanto si è visto — un passaggio ulteriore, consistente nel non considerare il provvedimento amministrativo idoneo (a causa della sua illegittimità) a regolare la fattispecie.

Il che può verificarsi, appunto, o attraverso l'annullamento dell'atto, o attraverso la sua disapplicazione. Tenuto conto che, «*se il proprium di ogni atto è la disciplina che esso detta — ed in questa disciplina deve essere conforme alla legge — la disapplicazione non può investire che questa disciplina. Si tratta cioè di non applicarla, di non trarre dall'atto le conseguenze che ne dovrebbero derivare e di decidere quindi la lite conformemente alla legge e non all'atto*» (26).

Dunque la disapplicazione (in mancanza di annullamento) è un passaggio obbligato ai fini del risarcimento dei danni. E lo è anche se si tratta di attività pedissequamente esecutiva del provvedimento (sì che tra l'una e l'altro si forma una relazione di «*simpatia*» e non di «*antipatia*» (27)). Così come del resto av-

(26) Così SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova 1986, p. 67.

In termini non dissimili, cfr. GUARINO, in *Dizionario amministrativo*, Milano 1983, voce *Atti e poteri amministrativi*, p. 224 che precisa che «*La disapplicazione consiste nel considerare l'atto come inesistente limitatamente ai fini della risoluzione della questione sottoposta all'esame del giudice. Sono fatti salvi, quindi, gli effetti già prodotti, e che non siano dedotti in giudizio, e tutti gli altri che l'atto può produrre in futuro nei confronti di altri soggetti od anche dello stesso soggetto, se estranei al giudizio*».

(27) Il tema è evocato da CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 238 ss., p. 558 che sottolinea che in tal caso vi sarebbe «invalidazione» e non «disapplicazione». Ma non spiega come l'atto «invalidante», ma efficace, sia poi messo da parte al fine del decidere: si vorrà forse sostenere che è possibile l'annullamento, ad esempio, di una esclusione dalla

viene, sia pure con tutte le differenze del caso, nel rapporto legge-provvedimento o nel rapporto tra provvedimenti, di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente.

E tale necessità risulta confermata persino dalla nuova giurisprudenza della Cassazione: perché «*valutare il provvedimento solo come fatto*» significa depotenziarlo della sua capacità di produrre effetti, non applicarlo come tale e, quindi, disapplicarlo (a prescindere, poi, dal rilievo che, in realtà, il provvedimento non è certo valutato soltanto come mero fatto, dato che le medesime ordinanze richiedono, ai fini del risarcimento, «*l'accertamento della sua illegittimità*»).

Né pare cogliere nel segno l'obiezione che, così argomentando, si ometterebbe di considerare la «disgiunzione» tra validità ed efficacia (28). Anzi, è proprio la consapevolezza che l'atto invalido, in quanto solo annullabile e non nullo, produce «*medio tempore*» effetti che impone di tener conto di tali effetti ai fini della liceità o illiceità della condotta. A meno di non voler equiparare, ai fini risarcitori, i comportamenti posti in essere in carenza di potere (o in via di mero fatto) e i comportamenti che rappresentano puntuale esecuzione di provvedimenti amministrativi efficaci ed inoppugnabili (ancorché, in ipotesi, illegittimi): il che non può essere ammesso, trattandosi di fenomeni profondamente diversi.

#### 4. *Inoppugnabilità e risarcimento dei danni.*

Si potrà obiettare che tutto ciò è meramente teorico e trascura la profonda differenza (sottolineata dalle citate ordinanze della Corte di Cassazione) tra azione di annullamento (che produce effetti anche nei confronti dei terzi) e azione risarcitoria (che è circoscritta solo nei confronti dell'amministrazione e che non fa venir meno l'assetto di interessi costituito dal provvedimento). Trascura altresì (è questo un elemento ricorrente in dottrina) l'insegnamento che deriva (ancora una volta) dall'ordinamento comunitario, che ha più volte sottolineato l'autonomia tra le due azioni.

---

gara per illegittimità del bando ormai inoppugnabile, che produce effetti invalidanti e che per tale ragione può non essere impugnato, né disapplicato?

(28) COMPORTE, *op. cit.*, p. 302.



Ma si tratta di rilievi che non colgono nel segno.

Quanto all'ordinamento comunitario — e senza entrare «funditus» in argomento — basta considerare che è presente un preciso orientamento giurisprudenziale, «secondo cui, quando esiste uno stretto collegamento tra una domanda di risarcimento danni e una domanda di annullamento, l'irricevibilità della domanda di annullamento implica di conseguenza quella della domanda di risarcimento» (29). E tanto basta per impedire che si possa invocare l'esperienza comunitaria a modello e giustificazione della nuova giurisprudenza della Cassazione.

Va soggiunto, sempre a livello comunitario, che, se è pur vero che si può riscontrare anche un significativo orientamento (apparentemente (30)) diverso, che sottolinea il carattere di rimedio giurisdizionale autonomo dell'azione risarcitoria e la sua indipendenza dalla domanda di annullamento (31), è vero d'altra parte che la medesima giurisprudenza comunitaria è ferma nel giudicare che «un ricorso per risarcimento danni deve tuttavia essere dichiarato irricevibile laddove esso sia in realtà diretto alla revoca di una decisione individuale divenuta definitiva e avrebbe per effetto, nell'ipotesi di un suo accoglimento, di eliminare gli effetti giuridici della decisione medesima» (32).

Siffatta limitazione, per la verità, evoca un criterio empirico e non giuridico. E viene utilizzata, ad esempio, in caso di sanzione pecuniaria, allorché il cittadino comunitario, attraverso l'azione risarcitoria, pretenda di realizzare lo stesso risultato pratico che avrebbe potuto conseguire attraverso l'annullamento di detta sanzione.

Ciò nondimeno un analogo ordine di idee è sempre stato coltivato da quella parte della dottrina che esclude la c.d. pregiudi-

---

(29) Cfr. Trib. di primo grado, Sez. IV, 6 aprile 2006, in causa T-309-03, punto 75, con ampi riferimenti anche alla giurisprudenza della Corte e, in particolare, Corte giust. CEE, Sez. II, 14 febbraio 1989, in causa 346/87: «Infatti, tale giurisprudenza mira espressamente ad evitare che un dipendente che non abbia impugnato tempestivamente una decisione dell'APN che gli arreca pregiudizio aggiri tale preclusione presentando un ricorso per responsabilità fondato sull'asserita illegittimità di tale decisione» (punto 76 della prima sentenza, che è pubblicata per esteso nel presente numero della *Rivista*).

(30) Infatti sovente tale orientamento è applicato ai danni scaturenti da atti normativi, che il singolo non ha legittimazione ad impugnare nell'ordinamento comunitario: cfr. Trib. di primo grado, Sez. IV, 6 aprile 2006, cit., sub punti 77 e 79.

(31) Cfr. Trib. di primo grado, Sez. III, 21 giugno 2006, in causa T-47/02, con riferimento, peraltro, agli asseriti danni scaturenti da una direttiva.

(32) Cfr. Trib. di primo grado, Sez. III, 17 ottobre 2002, in causa T-180/00.

zialità amministrativa. E non solo in caso di risarcimento in forma specifica (33), ma anche in caso di risarcimento per equivalente (34).

Non è il caso di stabilire se si tratta di un criterio limitativo giuridicamente fondato (oltre che, apparentemente, di buon senso (35)). Quel che, viceversa, preme sottolineare è che a maggior ragione esso deve valere nel caso in cui l'azione risarcitoria comportasse non solo il conseguimento di un risultato analogo (sul piano fattuale) all'annullamento dell'atto, ma anche un risultato identico sul piano giuridico.

Ed è quel che si verificherebbe nel nostro sistema, ove dovesse essere applicata la nuova giurisprudenza della Cassazione, in base alla quale il Giudice amministrativo dovrebbe limitarsi ad accertate l'«illegittimità» dell'atto in funzione del risarcimento e valutare, così, il provvedimento solo «*come elemento costitutivo dell'illecito*». Un accertamento di tal fatta rientrerebbe, infatti, a pieno titolo nell'oggetto principale (36) del giudizio risarcitorio e, dunque, come tale idoneo a passare in giudicato.

---

(33) In argomento si può richiamare TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli 2004, p. 221 ss.

(34) Cfr. TRAVI, nota a Cass., Sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, cit., col. 2076.

(35) E esso, infatti, si espone a talune riserve. Anzitutto perché discrimina tra provvedimenti (non sarebbero risarcibili i danni conseguenti a sanzioni pecuniarie o a mancate sovvenzioni, mentre lo sarebbero tutti quelli non aventi un immediato risvolto pecuniario). Ma poi perché, trattandosi di criterio empirico, condiziona l'ammissibilità dell'azione ad una somiglianza del risultato, che viceversa è un «*posterius*».

Inoltre si tratta di criterio che lascia ampi margini di incertezza. E così, se si chiede il risarcimento del danno per mancato rilascio del permesso di costruire si dovrebbe ritenere l'azione ammissibile, perché non intende conseguire un risultato analogo a quello che potrebbe scaturire dall'azione impugnatoria: ma ciò vale anche nel caso in cui ricorrente sia una società immobiliare?

(36) Sul tipo di accertamento (principale o incidentale) le opinioni sono divise in dottrina.

TRAVI, *op. ult. cit.*, parla di «*valutazione in via incidentale*», precisando che «*non ogni cognizione in via incidentale di un atto amministrativo si traduce in una disapplicazione*».

SCODITTI, *La tutela risarcitoria innanzi al Giudice amministrativo come giurisdizione su diritti*, nota in *Foro it.*, 2006, 1057, parla di «*questione pregiudiziale in senso logico*» (e non tecnico), «*suscettibile di essere decisa con efficacia di giudicato*».

TORCHIA, *Commento*, cit., sottolinea che «*il problema è piuttosto un altro e cioè che tale accertamento comporta comunque una valutazione dell'illegittimità dell'atto stesso, in via incidentale — quale fatto costitutivo dell'illecito — e non in via principale*» (p. 584).

CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 558 parla, come si è già esposto, di valutazione da operare «*nell'analisi*» «*principaliter*» degli elementi costitutivi dell'illecito.

Sul punto non si deve dimenticare che sussiste anche una precisa presa di posizione della Corte costituzionale, che, investita della questione della irrisarcibilità degli interessi legittimi, ha, sia pure indirettamente, avallato la pregiudizialità dell'annullamento dell'atto. Ivi si legge, infatti, «*che la questione, come prospettata dal giudice rimettente è manifestamente inammissibile in quanto non si è verificato il presupposto in ogni caso necessario alla*

Ma ciò significa, nel nostro sistema, obbligo di conformarsi dell'Amministrazione ed eventuale giudizio di ottemperanza, in caso di inadempimento. E tale giudizio ben potrebbe essere promosso da chi, ottenuta una condanna al risarcimento dei danni già provocati dall'esecuzione del provvedimento illegittimo, voglia impedire l'ulteriore pregiudizio che la persistente efficacia dell'atto potrebbe provocare.

Con il che sarebbe raggiunto, a posteriori, proprio quel risultato giuridico e non solo fattuale (e, cioè, la caducazione dell'atto) che tutti dicono di voler escludere.

Tale implicazione è trascurata dalla dottrina, forse sul presupposto che vi debba essere una qualche preclusione (ma non si vede quale) al giudizio di ottemperanza, che avrebbe come conseguenza il ritiro di un atto inoppugnabile. Ma anche se così fosse e si dovesse escludere l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato (e, così, di annullare l'atto, che è stata causa dell'illecito) la discrasia del sistema non sarebbe meno grave.

In tal caso, infatti, l'atto amministrativo potrebbe continuare tranquillamente a produrre i propri effetti, come se l'accertamento giudiziale della sua illegittimità (ai fini del risarcimento) non lo riguardasse. Ed anzi tale «indifferenza» è sottolineata da quella parte della dottrina, che, richiamando le profonde diversità tra azione di annullamento e azione soltanto risarcitoria (pur basata su un atto illegittimo), fa valere che quest'ultima, a differenza della prima, garantisce comunque la sopravvivenza del provvedimento (37) e la continuità dell'azione amministrativa.

---

*configurazione di una responsabilità dell'amministrazione in conseguenza di un atto amministrativo cioè l'accertamento della illegittimità dell'atto o del comportamento dell'amministrazione, che la medesima ordinanza sottolinea essere ancora all'esame del giudice amministrativo di primo grado in sede di ricorso per l'annullamento; che infatti la previa definizione della controversia sulla illegittimità dell'atto di diniego della concessione edilizia (attività provvedimentale devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) costituisce — in mancanza di diversa regolamentazione del legislatore, anche se è stata auspicata una unificazione per evitare una duplicità di giudizi con competenza bipartita — un indispensabile antecedente logico giuridico (v. per riferimento art. 13 l. n. 142 del 1992) dal quale dipende la decisione della causa;*

*che di conseguenza la dichiarata rilevanza della questione è meramente ipotetica, e non attuale, essendo prematuro il dubbio di legittimità costituzionale: per applicare l'art. 295 c.p.c. — come prospetta il giudice a quo — in attesa della risoluzione della controversia amministrativa, non doveva, infatti, necessariamente essere affrontato e risolto in via preliminare il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 2048 c.c., anche perché — secondo la valutazione dello stesso giudice rimettente — si configuravano nel contempo "posizioni di diritti soggettivi coesistenti con interessi legittimi"» (Corte cost., ord. 8 maggio 1998, n. 165, in *Giur. cost.*, 1998, 1415).*

(37) Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 559.

Ma l'ordinamento non è fatto a compartimenti stagni. Né è pensabile che si possa conciliare la persistente efficacia del provvedimento con la sua accertata (illegittimità produttiva di) illiceità (del comportamento conseguente), sol perché si tratta di aspetti differenti.

La persistente efficacia (non contestata, né contestabile per mancata impugnazione nei termini) del provvedimento si può, infatti, ripercuotere anche in azioni risarcitorie, ma di segno opposto a quelle scaturenti da una possibile illegittimità dell'atto stesso. E ciò per la saliente ragione che l'assetto di interessi costituito dal provvedimento (inoppugnabile) fa sì che risulta per ciò solo antiggiuridico ogni comportamento, che ne costituisca inesecuzione: con la conseguenza che, ad esempio, il proprietario del fondo occupato, espropriato o requisito, il concessionario di beni demaniali, il cui titolo fosse stato annullato con atto di autotutela, ecc., che fossero inadempienti e che si opponessero materialmente alla consegna dei beni, si esporrebbero non solo alla esecutorietà dei relativi provvedimenti, ma anche all'azione risarcitoria, se non altro per il ritardo nell'esecuzione.

In altri termini, l'inesecuzione del provvedimento (tanto più di un provvedimento mai impugnato, ancorché illegittimo) è a sua volta un atto illecito. E se l'ordinamento consentisse nel contempo, ai destinatari di siffatti provvedimenti illegittimi (ma non impugnati) l'azione risarcitoria e se fosse effettivamente accordato il risarcimento dei danni nel caso concreto, significherebbe considerare illecita sia l'esecuzione, sia l'inesecuzione del provvedimento: il che è un assurdo, che nessun ordinamento degno di tale nome potrebbe permettersi.

E, si noti, siffatte azioni risarcitorie coinvolgerebbero non solo Amministrazione e destinatario passivo dell'atto illegittimo (ma non impugnato), sibbene anche il destinatario attivo, almeno in tutti i casi di atti ad effetti doppi. Il soggetto avvantaggiato, infatti, sarebbe il primo danneggiato dall'inesecuzione del provvedimento, così come sarebbe (quanto meno) coautore del danno, nel caso di esecuzione del provvedimento illegittimo.

Tutto ciò non può essere ammesso e non può verificarsi. E si dovrebbe riconoscere che il soggetto sottoposto all'azione esecutoria, ovvero ad un giudizio risarcitorio per mancata esecuzione di un provvedimento inoppugnabile, possa pur sempre far valere (in via di azione, quale accertamento negativo, o di eccezione)

l'illegittimità del provvedimento medesimo: se, infatti, tale illegittimità è deducibile al fine del risarcimento dei danni, lo sarà « *a fortiori* » al fine di precludere il verificarsi di tali danni.

Con il che la conclamata persistente efficacia del provvedimento finisce per essere lettera morta. Ma non è questa la soluzione accolta dal nostro sistema per presentare un minimo di coerenza complessiva.

Detta coerenza è garantita, nel nostro ordinamento, dalla inoppugnabilità dell'atto amministrativo, che è atto-fonte di autonomi effetti. L'inoppugnabilità, impedendo l'annullamento dell'atto su iniziativa dei consociati, preclude non solo che possano essere estinti gli effetti da esso prodotti, ma, prima ancora, che possa essere messa in discussione la « norma » o il precetto, che esso stesso ha posto.

Rimanendo ferma la « regola degli effetti », l'assetto degli interessi, così costituito, risulta per ciò solo riconosciuto e protetto dall'ordinamento. E ciò preclude — come ho già altrove sottolineato — che possa essere valutato tale assetto (con l'atto che lo ha costituito e con i « comportamenti » che ne sono esecuzione) in termini di illiceità (38).

Sicché, se è pur vero che l'invalidità dell'atto può astrattamente giustificare un giudizio di disvalore in termini di illiceità, è vero, d'altro lato, che quando l'ordinamento consente all'atto amministrativo, ancorché illegittimo, di produrre comunque i suoi effetti (e, dunque, di incidere nella sfera giuridica altrui), non si può che ribadire che tale possibile giudizio di disvalore è superato dalla scelta operata dall'ordinamento medesimo: il *neminem laedere* presuppone, infatti, una attività non consentita, mentre se tale attività è consentita essa rientra nell'ambito dell'*agere licere*, che esclude ogni illiceità.

Se si condividono siffatte considerazioni si dovrà anche convenire che l'illegittimità dell'atto non si ripercuote di per sé in termini di illecito sul comportamento che ne costituisce esecuzione, se non previa neutralizzazione della sua portata precettiva e dei relativi effetti. E che pertanto, in mancanza del potere di disappli-

---

(38) Cfr. già STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, p. 81, ove rilevava che « È chiaro infatti che l'attribuzione di efficacia all'atto illegittimo non è *contra jus*, ma è, proprio all'opposto, conseguenza della volontà legislativa di conservare rilevanza ad una certa fattispecie, ancorché difforme dalla fattispecie relativa perfettamente valida ».

cazione (che il nostro giudice amministrativo non ha, né può avere), il termine per l'impugnazione costituisce anche il termine ultimo per qualunque contestazione della validità dell'atto, sia essa preordinata all'annullamento, sia essa preordinata anche al risarcimento.

Né pare centrato il giudizio di inadeguatezza di un termine così breve ai fini del risarcimento del danno. A parte il fatto che si tratta di un profilo che rientra nella discrezionalità del legislatore e a parte il fatto che anche nei rapporti civilistici sussistono non di rado termini altrettanto brevi (39), val la pena solo di ricordare che tale regime non costituisce un trattamento privilegiato, che la legge ha voluto accordare all'Amministrazione e ad essa sola: è esigenza generale, e correlata alla certezza delle situazioni giuridiche, che l'assetto dei rapporti nati da un provvedimento si consolidi celermente e l'onere di una tempestiva contestazione della sua eventuale illegittimità non pare proprio sproporzionato, né lesivo dei diritti di difesa di alcuno, come l'esperienza ultra secolare (non solo del nostro Paese) ha dimostrato.

---

(39) Basta richiamare quanto previsto dall'art. 2377 c.c. in tema di impugnazione e di azioni risarcitorie relative a delibere assembleari.



GIAN PAOLO MANZELLA(\*)

## LA NUOVA COESIONE EUROPEA TRA PROCESSO DI LISBONA ED ALLARGAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Processo di allargamento e politica di coesione. — 3. Le novità della disciplina tra livello nazionale e livello comunitario — 3.1. *Segue*: L'attività di programmazione. — 3.2. *Segue*: Un assetto organizzativo decentrato e le sue implicazioni funzionali. — 3.3. *Segue*: Le innovazioni in materia di ingegneria finanziaria. — 4. Le prospettive del prossimo periodo di programmazione.

### 1. INTRODUZIONE.

Nel luglio di quest'anno il Consiglio ha adottato i nuovi regolamenti in materia di fondi strutturali destinati a regolare la distribuzione di EUR 308 miliardi, quasi un terzo del bilancio comunitario, durante il prossimo periodo di programmazione relativo agli anni 2007-2013(1). Le norme, frutto di un lungo ed articolato dibattito tra gli Stati membri e la Commissione, delineano un assetto organizzativo e modalità di relazione tra i diversi livelli

---

(\*) Si ringraziano per i commenti ad una prima versione del testo, Monica Brezzi, del Nucleo di valutazione degli investimenti pubblici del Ministero dell'economia e delle finanze, Nicola De Michelis, della Direzione generale di Politica regionale della Commissione Europea e Fulceri Bruni Roccia, Gianni Carbonaro, e Matteo Rivellini della Banca europea per gli investimenti. Le opinioni espresse sono riconducibili esclusivamente all'autore e non impegnano l'istituzione presso la quale presta la propria attività lavorativa.

(1) Ci si riferisce al regolamento (CE) n. 1080/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale e recante abrogazione del regolamento (CE), n. 1783/1999; al regolamento (CE) n. 1981/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio; al regolamento (CE) 1081/2006 del 5 luglio 2006, relativo al Fondo sociale europeo e recante abrogazione del regolamento (CE) n. 1784/1999; al regolamento (CE) n. 1083/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999 (in seguito anche il «regolamento generale»); al regolamento (CE) n. 1084/2006 del Consiglio dell'11 luglio 2006, che istituisce un Fondo di coesione e abroga il regolamento (CE) n. 1164/94. I regolamenti sono pubblicati in *GUCE*, L-210 del 31 luglio 2006.



amministrativi coinvolti che, se si muovono nel solco dei principi introdotti nel 1988, introducono alcune rilevanti innovazioni nella disciplina in materia.

La prima, quella più evidente, è rappresentata dalla funzionalizzazione della politica regionale europea alle esigenze del processo di Lisbona, ottenuta attraverso una profonda modifica delle forme con cui è definito il quadro strategico che guida la scelta degli investimenti finanziati con le risorse comunitarie. Ma a questa prima innovazione se ne affiancano altre: che attengono *a)* al rapporto tra Commissione e Stati membri nell'esercizio delle diverse fasi dell'azione di redistribuzione; *b)* alla valorizzazione di alcuni profili direttamente legati alla legittimità della politica, come quelli relativi alle attività di monitoraggio, valutazione, e informazione; *c)* al coinvolgimento di soggetti istituzionali, quali le istituzioni finanziarie internazionali operanti in Europa, nella gestione dei fondi comunitari. Il risultato è un'arena, quella della politica di coesione, che oltre a farsi sempre più affollata — per l'agire congiunto dei principi del partenariato e del decentramento e per il maggiore coinvolgimento di enti strumentali — vede cambiare alcune delle dinamiche che ne avevano caratterizzato il funzionamento nei precedenti periodi di programmazione.

Obiettivo del presente lavoro è precisamente l'esame di tali cambiamenti. Dopo una prima sezione in cui considera il contesto in cui si sviluppano le norme del regolamento, nella seconda parte si individueranno le principali innovazioni normative. La terza sezione, infine, dedicata alle conclusioni, esamina le prospettive del periodo di programmazione che si apre, le difficoltà che lo caratterizzano e le condizioni positive che potrebbero condurre ad un utilizzo efficace delle risorse (2).

## 2. PROCESSO DI ALLARGAMENTO E POLITICA DI COESIONE.

Una costante della storia comunitaria è che ognuno dei processi di allargamento ha coinciso con un rafforzamento della politica di coesione (3). Successe nel 1975, quando l'ingresso di Ir-

---

(2) Sugli stessi temi sia permesso il rinvio agli scritti dell'autore *La strategia di crescita e occupazione e la riforma della politica di coesione europea e I regolamenti in materia di fondi strutturali: la politica regionale tra vecchi schemi e nuovi interessi*, in corso di pubblicazione presso il *Giornale di diritto amministrativo*.

(3) Sulla storia della politica regionale europea, ripercorsa con gli strumenti della

landa, Regno Unito e Danimarca favori, dopo i tentennamenti del precedente decennio, la creazione del Fondo regionale di sviluppo e segnò l'avvio di un'azione comunitaria in materia. Fu così con la riforma del 1988, sancita dopo l'ingresso di Spagna e Portogallo, i cui principi sono, ancora oggi, alla base della politica regionale europea (4): e lo stesso avvenne, seppur con contorni attenuati, nel 1993, quando, all'ingresso di Austria, Svezia e Finlandia (ed alla conclusione del Trattato di Maastricht), corrispose la creazione del Fondo di coesione, in un'ottica di compensazione per i paesi più svantaggiati, ed una maggiore attenzione alla dimensione nordica nell'intervento a favore dello sviluppo regionale.

È stata, dunque, coerente con tali precedenti l'iniziativa della Commissione che, confrontata all'allargamento più importante della storia comunitaria, ha colto l'occasione della modifica dei regolamenti in materia di fondi strutturali per promuovere un ulteriore rafforzamento della politica di coesione europea. E che i termini dell'iniziativa volessero essere questi era evidente sin dalle prime battute del processo di revisione della disciplina. È sufficiente rileggersi la relazione che accompagnava la proposta di regolamento — con il riferimento ad una politica di coesione «ambiziosa», che avrebbe dovuto costituire elemento essenziale del pacchetto finanziario, e ad un allargamento che rappresenta «una sfida senza precedenti» per la competitività e la coesione interna dell'Unione — per capire quali fossero le intenzioni della Commissione: quelle di definire una politica con dotazioni finanziarie sufficienti al compito che si aveva davanti ed in cui l'amministrazione comunitaria vedesse ulteriormente rafforzato il ruolo di im-

---

scienza politica e con specifica attenzione all'evolversi delle relazioni tra Commissione e Stati membri, si rinvia al recente contributo di J.R. WOZNIAK BOYLE, *Conditional Leadership: The European Commission and European Regional Policy*, Lexington, Lanham, 2006.

(4) La riforma del 1988, condotta durante la Presidenza Delors e direttamente influenzata dall'uomo politico francese, è considerata «by far the most significant regional policy to date». Essa, oltre ad unificare all'interno del medesimo quadro normativo i diversi fondi strutturali allora esistenti ed a promuovere programmi di investimento rispetto a singoli progetti come era sino ad allora avvenuto, portò ad un raddoppio delle risorse destinate alla politica regionale, che giunsero a rappresentare un terzo del bilancio comunitario; per quanto concerne, invece, l'influenza statale, la disciplina, che vide la luce in un momento di crisi finanziaria di diversi Stati Europei, si caratterizzò per la maggiore attenzione ai profili di controllo sull'utilizzo delle risorse rispetto a quanto avvenuto nei periodi di programmazione precedenti. Si veda, sulla riforma, il volume di J.R. Wozniak Boyle citato alla nota precedente, pp. 141-181.

pulso e verifica delle azioni condotte nei Paesi interessati dal processo di allargamento da essa svolto negli anni più recenti. A questi profili si affiancava, poi, l'esigenza di dare nuova spinta al «processo di Lisbona», fermo nelle secche dell'incapacità degli Stati membri di tradurre internamente le indicazioni decise nei consessi europei.

Le intenzioni dell'amministrazione, come è d'altra parte avvenuto in ognuno degli altri punti di svolta della storia della coesione europea, non si sono mosse nel vuoto. Anche in questo caso le proposte avanzate dall'amministrazione comunitaria si sono scontrate con situazioni ed interessi che hanno finito con il condizionare la definizione della nuova disciplina. E, d'altra parte, la congiuntura economica ed istituzionale presentava diversi elementi oggettivi a giustificare tale atteggiamento degli Stati membri: da un ambiente economico difficile, caratterizzato da una perdita di competitività europea; a profili istituzionali in cambiamento, con gli equilibri tra centro e periferia in progressivo mutamento; da una situazione di finanza pubblica complessa, con molti tra gli Stati membri in difficoltà nel rispettare le indicazioni di Maastricht alla difficile fase attraversata dalla politica europea, culminata nell'*impasse* costituzionale, sino al cambiamento di clima attorno alla politica di coesione, oramai sempre più criticata sotto il profilo dell'effettività e, per così dire, per la prima volta, «in crisi esistenziale» (5). La lista, se non esaustiva, è sufficiente a spiegare il contesto in cui si prospettava la discussione sui nuovi assetti della politica regionale e spiega sia le complessità del negoziato — reso più difficile dalla presenza di venticinque Stati con profonde differenziazioni economiche ed istituzionale — sia i suoi esiti.

Un negoziato articolato perché nella sua lunga vicenda, avviata nel 2001 ed entrata nel vivo con le proposte della Commissione presentate nel luglio del 2004, vi sono state linee di frattura nuove, sconosciute alle esperienze precedenti (6). E così, la distin-

---

(5) Le critiche sull'effettività delle politiche regionali dell'Unione da parte della dottrina economica si sono fatte, negli anni più recenti, maggiormente incisive: si v. per una disamina complessiva, il citato volume di G. Viesti e F. Protta, in particolare alle pp. 114-117; per la sua autorevolezza merita, poi, specifica menzione il c.d. Rapporto Sapir (dal nome del suo curatore, André Sapir), pubblicato sotto il titolo di *Europa, un'agenda per la crescita*, Il Mulino, Bologna 2004, nel quale si invocava un ruolo maggiore degli Stati nelle politiche europee in materia di convergenza.

(6) Si v. la proposta di regolamento recante disposizioni generali sul Fondo euro-

zione tra Stati beneficiari e Stati contribuenti, pur tradizionale nella storia comunitaria, si è in quest'occasione colorata di sfumature tutt'affatto particolari che hanno portato a geometrie variabili nel sistema delle alleanze: con il confronto, evidente a tratti, tra « Vecchia » e « Nuova » Europa sull'entità del bilancio comunitario dedicato alla coesione e, d'altra parte, la reazione di Stati membri tradizionalmente beneficiari che si sono trovati a negoziare per evitare che aree ancora in ritardo di sviluppo perdessero il titolo di zona svantaggiata. Ma, unitamente alla dimensione finanziaria, nel corso del dibattito seguito alla proposta della Commissione c'è stato dell'altro. Si sono così registrate posizioni discordanti in ordine alla titolarità delle politiche di coesione, con alcuni Stati membri che ne auspicavano una nazionalizzazione ed altri, invece, favorevoli al mantenimento dello *status quo* ancorato sul livello regionale. Vi è stato il rapporto difficile tra la Commissione, interessata a riprendere un'iniziativa smarrita nella politica economica senza tuttavia pregiudicare le specificità di quella regionale, e gli Stati membri, intenti, invece, a custodire le proprie prerogative di spesa in un momento di difficoltà delle loro economie. Si sono avute differenze tra i diversi Stati membri relativamente alla distribuzione delle risorse tra i diversi obiettivi proposti dalla Commissione, con preferenze differenziate tra la destinazione verso le finalità di convergenza e quelle di competitività. E, infine, considerato il contributo storico della politica di coesione all'affermarsi della dimensione regionale nella dinamica istituzionale europea ed il conseguente ridisegno dei legami tra le amministrazioni che essa ha progressivamente definito, si sono avuti, in sede comunitaria, i riflessi delle questioni, interne ai singoli ordinamenti, relative alla distribuzione di risorse e competenze tra i diversi livelli amministrativi (7).

---

peo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione (COM (2004) 492 def. del 14 luglio 2004).

(7) Si v., per una completa ricostruzione del dibattito, J. BACHTLER e F. WISHLADE, *Searching for Consensus: the debate on reforming Eu cohesion policy*, novembre 2004, *European Policies Research Paper* n. 55 e, dei medesimi autori, *From building block to negotiating boxes: the reform of EU cohesion policy*, november 2005, *European Policy Paper*, n. 57: i documenti possono essere consultati sul sito <http://www.eprc.strath.ac.uk/eprc/>. Interessanti, anche per i paragoni con le fasi negoziali dei precedenti periodi di programmazione, le notazioni contenute nel citato lavoro di J.R. WOZNIAK BOYLE, *Conditional Leadership*, alle pp. 263 ss., che ripercorrono puntualmente le diverse fasi del negoziato concluso nel dicembre 2005 caratterizzate, nelle sue fasi conclusive, dalla posizione

Elementi conflittuali che, come si diceva, hanno condizionato gli esiti del negoziato e che contribuiscono a spiegare il fallimento del Consiglio europeo di Bruxelles del giugno 2005, specificamente dedicato alle prospettive finanziarie, ed il raggiungimento dell'accordo, in circostanze quasi emergenziali, in occasione del consesso del dicembre 2005; e che, in ultima istanza, spiegano sia la riduzione del dieci per cento delle risorse originariamente richieste dalla Commissione per le politiche di coesione (8).

### 3. LE NOVITÀ DELLA DISCIPLINA TRA LIVELLO NAZIONALE E LIVELLO COMUNITARIO.

È inevitabile che gli aspetti individuati abbiano contribuito a definire la normativa in materia, con il risultato di una disciplina che introduce diversi elementi di innovazione nello schema vigente (9).

I primi che debbono essere posti in rilievo sono quelli ispirati dall'esigenza di pervenire ad un'ulteriore semplificazione del funzionamento dei fondi strutturali proseguendo quanto avviato nel periodo di programmazione più recente. Sul punto il regolamento opera sugli obiettivi e sugli strumenti. Sotto il primo dei due profili, la nuova «architettura» della politica di coesione riduce gli obiettivi perseguiti con le risorse comunitarie. Essi sono ridotti a tre — Convergenza, Competitività regionale e occupazione, Cooperazione territoriale europea — rispetto agli attuali sei e si ca-

---

britannica di chiusura rispetto alle proposte della Commissione e dal suo superamento solo a seguito delle reazioni di Stati membri e gruppi di interessi.

(8) D'altronde, le difficoltà «ambientali» in cui sono state finalizzate le negoziazioni sono state confermate dal cammino successivamente percorso dall'accordo sulle prospettive finanziarie, rigettato, in prima istanza, da parte del Parlamento Europeo, ed approvato solo a seguito di un accordo tripartito Commissione, Consiglio e Parlamento con il quale venivano riconosciuti fondi aggiuntivi al plafond stabilito dal Consiglio e un aumento delle riserve della Bei di EUR 2.5 bn. Nonostante questa correzione, il risultato finale comporta una riduzione del 10% dell'ammontare di finanziamenti rispetto alla richiesta originaria dalla Commissione nel luglio 2004: una richiesta che può ritenersi già poco ambiziosa se paragonata all'impatto finanziario che avevano avuto sulla politica regionale precedenti processi di allargamento di ben minore impatto economico.

(9) Come noto, i principi di «concentrazione» degli aiuti verso alcuni obiettivi prioritari; della loro «addizionalità» rispetto alle risorse nazionali e, quindi della necessità del co-finanziamento da parte delle autorità interessate; del «partenariato» tra gli interessi coinvolti nel processo, nelle diverse fasi del processo di redistribuzione; della «programmazione», per cui gli aiuti si pianificano su base pluriennale, sono stati introdotti nel 1988. Essi rimangono a tutt'oggi i cardini della politica di coesione unitamente al principio di efficacia, inserito nel corso dell'ultimo periodo di programmazione.

ratterizzano per la loro maggiore «tematicità»: con le risorse destinate alla Convergenza dirette a sostenere la crescita e l'occupazione nelle aree meno sviluppate dell'Unione; quelle finalizzate alla Competitività volte a promuovere il cambiamento del tessuto produttivo europeo confrontato alle sfide dell'economia globalizzata; i programmi della Cooperazione territoriale attraverso i quali le risorse perverranno a progetti di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale su questioni di importanza comunitaria. Diminuisce, poi, il numero degli strumenti finanziari, che passano dagli attuali cinque a tre — Fondo europeo di sviluppo regionale, Fondo sociale europeo ed un Fondo di coesione sempre più integrato, quanto a disciplina e modalità di funzionamento, nei meccanismi dei fondi strutturali — con la contestuale fuoriuscita dal perimetro della coesione dei fondi legati allo sviluppo rurale, che entrano in quello della politica agricola, e con le c.d. Iniziative Comunitarie (Interreg, Urban, Leader, Equal), attraverso le quali la Commissione Europea aveva mantenuto un proprio ambito di attività riservato in materia, oramai comprese nei programmi nazionali.

A tali cambiamenti se ne affiancano altri che, seppure di minore impatto, ne condividono ispirazione ed obiettivi: i «Quadri comunitari di sostegno», strumenti gestionali che nel precedente periodo di programmazione erano adottati dalla Commissione in cooperazione con gli Stati membri, sono sostituiti dai «Quadri di riferimento strategico nazionale», documenti con valenza prettamente strategica adottati, invece, dagli Stati membri in dialogo con l'amministrazione comunitaria; scompare il documento intermedio costituito dai c.d. «complementi di programmazione», con cui si precisavano, in dettaglio, gli specifici interventi; è ridotto l'ambito dei c.d. «programmi multi-fondo», quelli, cioè, che beneficiavano di incentivi finanziari a valere su diversi strumenti di intervento, attraverso l'introduzione della regola, anch'essa legata ad esigenze di semplificazione, secondo cui ogni programma operativo — tranne limitate eccezioni — è finanziato con risorse derivanti da un singolo fondo (10).

---

(10) Si v. art. 34 del regolamento generale. È prevista, al comma 2, la possibilità che sia il Fondo sociale, sia il Fondo europeo di sviluppo regionale finanziario, in misura complementare e sino ad un limite del 10%, misure che rientrano nel campo di attività dell'altro fondo. Tale possibilità è legata, tuttavia, alla condizione che le misure finanziate siano necessarie al corretto svolgimento dell'operazione e ad essa direttamente le-

Vi sono poi le innovazioni legate al riconoscimento delle differenziazioni esistenti tra l'Europa a quindici e quella a venticinque (ed oramai, dopo il recente rapporto della Commissione su Bulgaria e Romania, a ventisette): la regola del disimpegno automatico subisce una deroga per permettere agli Stati più poveri dell'Unione — e, quindi, si presume, a quelli con capacità amministrativa minore — di limitare il rischio di perdita dei fondi (11); si aumenta il tasso di partecipazione finanziaria dei fondi strutturali per andare incontro alle esigenze degli Stati in cui maggiori saranno le difficoltà di co-finanziamento (12); si riconosce, per la prima volta e con specifiche eccezioni, l'ammissibilità al finanziamento comunitario di settori, quali l'edilizia abitativa, tradizionalmente esclusi e lasciati, invece, alla responsabilità dei singoli ordinamenti (13).

Vi è, infine, una più precisa focalizzazione delle risorse verso gli investimenti ritenuti più direttamente funzionali al raggiungimento delle finalità di Lisbona. E così le norme precisano una concentrazione tematica su specifiche priorità (innovazione e economia della conoscenza, accessibilità ai servizi di trasporto e telecomunicazione, ambiente e prevenzione dei rischi, miglioramento della capacità di adattamento di imprese e lavoratori e dell'ac-

---

gate (art. 34, comma 2). I programmi multi-fondo costituivano, per molti versi, un residuo storico: la loro esistenza si lega ai Programmi Integrati Mediterranei, i c.d. P.I.M., introdotti alla metà degli anni ottanta per fornire assistenza alle aree di Francia, Grecia ed Italia particolarmente danneggiate, in termini economici, dall'ingresso di Spagna e Portogallo nella Comunità. Tali programmi costituiscono, per le loro caratteristiche tecniche (natura di programma, coordinamento di diversi fondi, principio di partenariato con le amministrazioni territoriali) il primo esperimento dell'approccio metodologico che la Commissione doveva poi generalizzare all'insieme della politica regionale con la riforma del 1989.

(11) Si v. quanto previsto all'art. 93, comma 2 del regolamento generale in cui si precisa che, per gli Stati membri con un PIL inferiore dell'85% alla media UE a 25 nel periodo 2001-2003, il termine per il disimpegno è fissato al 31 dicembre del terzo anno (e non del secondo, come per i restanti paesi) successivo all'anno di impegno.

(12) Si v., quanto disposto all'art. 53 del regolamento generale ed il rinvio all'allegato III in cui si prevedono tassi modulati in funzione delle condizioni economiche degli Stati, con la possibilità di giungere sino ad un massimale dell'85%. Si ricorda che, nel precedente periodo di programmazione, i tassi di co-finanziamento erano stati precisati nel 75% nelle regioni dell'Obiettivo 1 e nel 50% in quelle interessate dagli obiettivi 2 e 3.

(13) Si v. art. 7 del regolamento n. 1080/2006. Diverse sono le limitazioni previste in ordine all'ammissibilità del settore: vi è, in primo luogo, una restrizione legata ai Paesi in cui tali interventi saranno finanziabili, in quanto i soli Stati membri che hanno aderito all'Unione il 1° giugno 2004 o successivamente possono destinare fondi a questo settore; vi sono, poi, limitazioni di ordine quantitativo e legate alla tipologia di investimenti finanziabili. Si v., sul punto, le norme contenute all'art. 47 del regolamento di attuazione in fase di approvazione che prevedono una serie di criteri che serviranno da test per giudicare dell'ammissibilità di determinate aree all'intervento in questo settore.

cesso al mercato del lavoro) ed una concentrazione finanziaria, con la riserva di una percentuale delle risorse — il 60% di quelle dell'obiettivo Convergenza ed il 75% di quelle dell'obiettivo Competitività regionale — al finanziamento di investimenti allineati alle priorità comunitarie e puntualmente individuati dalla disciplina (14).

### 3.1. *Attività di programmazione.*

Affiancano questi cambiamenti, legati a finalità, strumenti e risorse, quelli relativi alle modalità di funzionamento del sistema ed alla dinamica dei rapporti nel sistema di «*multi-level governance*» che caratterizza la politica di coesione più di ogni altra politica comunitaria (15).

Il più visibile tra essi è quello che si riferisce alla disciplina dell'attività di programmazione. Quest'ultima vede, infatti, innovazioni di contenuto e di metodo. Per quel che concerne il primo dei due profili, il cambiamento si traduce in quella che, con neologismo comunitario, è definita la «lisbonizzazione» della politica di coesione. Come si è già anticipato, infatti, obiettivo della nuova regolazione è la definizione di un quadro strategico capace di coniugare le finalità della politica di coesione con quelle del processo di Lisbona. Alla tradizionale finalità di stampo redistributivo si affianca, dunque, quella di sostegno alla competitività, con l'esplicito avvalimento della politica regionale per le finalità della politica economica europea (16). Le ragioni di questa scelta

---

(14) Si v. quanto stabilito, per i soli «Stati membri dell'Unione Europea nella sua composizione prima del 1° maggio 2004», e quindi con l'esclusione dei nuovi Stati membri, all'articolo 9, comma 3 del regolamento generale. Le categorie di spesa sono raccolte all'allegato IV del testo normativo: il confronto con gli Stati membri per la loro definizione è stato caratterizzato da una netta distinzione tra la posizione negoziale della Commissione, che aspirava ad un approccio restrittivo, e le amministrazioni nazionali, interessate, invece, ad una definizione ampia delle tipologie di investimento collegabili al processo di Lisbona. L'esame dell'allegato, particolarmente ampio e comprensivo, induce a ritenere che, in ultima istanza, siano state le posizioni nazionali a prevalere.

(15) In questo senso I. BACHE, *Multi-level Governance and European Union Regional Policy*, in I. BACHE e M. FLINDERS (cur.), *Multi-level Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2004: «Multi-level governance was first developed from a study of EC/EU regional policy and has since been applied in relation to this policy area more than any other», p. 165.

(16) Esplicita, in questo senso, la relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione (COM (2004) 492 def. del 14 luglio 2004): «La politica di coesione deve essere considerata parte integrante della strategia di Lisbona (...). In altre parole la politica di coesione deve essere integrata negli obiettivi di



sono chiaramente individuate dalla Commissione allorché essa precisa che, in un momento di crisi del governo dell'economia comunitaria, il sistema di gestione decentrato dei Fondi strutturali è ritenuto maggiormente capace di assicurare sinergie tra gli obiettivi politici globali della politica di Lisbona e la variegata realtà regionale. Come a dire che la politica di coesione è l'unica a riunire *in se* la legittimazione politica ed il radicamento amministrativo necessari a raggiungere gli obiettivi di innovazione dell'economia europea stabiliti nel 2000: la «lisbonizzazione» della politica regionale si configura, quindi, come la migliore conferma dell'importanza — e della vitalità, potrebbe aggiungersi — di tale politica nel sistema comunitario.

È un cambiamento di prospettiva, quello delineato dalla Commissione, che si traduce in nuove modalità di cooperazione tra il livello comunitario e quello nazionale. Per la prima volta, infatti, — nonostante costituisca obiettivo di lungo corso della politica comunitaria — il problema del coordinamento dell'attività di programmazione degli Stati membri in materia di politica regionale trova precisa regolazione istituzionale. Il regolamento delinea, infatti, una serie di atti di programmazione tra loro strettamente collegati. Gli «Orientamenti strategici comunitari», che il Consiglio adotta tenendo conto degli indirizzi di massima per le politiche economiche e gli orientamenti per l'occupazione, dovranno, infatti, individuare le aree di intervento ritenute prioritarie per la Comunità e servire così da linee guida per l'attività di programmazione di competenza del livello nazionale (17). I «Quadri di riferimento strategici nazionali» con cui le amministrazioni statali precisano le proprie strategie di intervento sono definiti assicurando «la coerenza dell'intervento dei Fondi con gli orientamenti strategici comunitari» e identificando «il collegamento con le priorità della Comunità» e con il proprio «Programma Nazionale di Riforma» in cui sono stabilite le azioni da intraprendere per raggiungere le finalità di Lisbona (18). I programmi operativi

---

Lisbona e di Goteborg e divenire *un mezzo strategico per la loro realizzazione* tramite programmi di sviluppo nazionali e regionali» (i corsivi sono dell'autore), p. 3.

(17) Si v. la proposta della Commissione del 5 luglio 2005, *Politica a sostegno della crescita e dell'occupazione: linee guida della strategia comunitaria per il periodo 2007-2013*, COM (2005) 299 def. Per un primo commento sulla proposta, sia permesso il rinvio allo scritto dell'autore, *Una politica di coesione per sostenere la crescita e l'occupazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2005, p. 989.

(18) Si v. art. 27 del regolamento generale.

nazionali e regionali, redatti in cooperazione con i diversi livelli amministrativi, parti sociali e «ogni altro organismo appropriato in rappresentanza della società civile», e chiamati a dare attuazione ai predetti Quadri, recepiscono in questo modo gli Orientamenti strategici, assicurando coerenza tra priorità comunitarie, nazionali e regionali (19).

Un risultato, quello del *continuum* tra le attività di pianificazione condotte dai diversi livelli amministrativi, che la disciplina non affida esclusivamente alla precisazione del contenuto necessario degli atti di programmazione ed all'iniziativa delle parti e che è, invece, assicurato da meccanismi diretti a garantire la «tenuta» del quadro programmatico ed il suo aggiornamento.

Il primo di tali meccanismi è rappresentato dall'ambiente cooperativo in cui si svolge il negoziato, dal quale dovrebbe discendere una maggiore «proprietà» degli Orientamenti strategici e degli atti con i quali ad essi viene data attuazione da parte delle amministrazioni nazionali. Sul punto la disciplina prevede forme di collaborazione tra livello comunitario e nazionale: la Commissione propone gli Orientamenti strategici «in stretta cooperazione» con gli Stati membri; e, d'altra parte, ognuno di essi elabora il proprio quadro strategico «in dialogo con la Commissione, al fine di garantire un approccio comune» (20). Un'indicazione che si sostanzia in un'attività di «accompagnamento» delle amministrazioni nazionali da parte della Commissione e che prevede forme di intervento di quest'ultima dirette ad assicurare la coerenza tra i diversi atti di programmazione (21). Così, per quel che concerne i quadri di riferimento strategico nazionali è previsto che la Commissione formuli le osservazioni ritenute opportune; mentre, con ben maggiore incisività, per quel che concerne i

---

(19) Si v. art. 32 del regolamento generale.

(20) Si v. l'art. 26 del regolamento generale, per la cooperazione tra le amministrazioni con riferimento alla definizione degli orientamenti strategici comunitari e l'art. 28, co. 1, per quel che concerne le modalità di elaborazione congiunta del quadro di riferimento strategico nazionale.

(21) Le modalità con cui il dialogo è condotto sono definite in un documento di lavoro della Commissione - *Programming Period 2007-2013: aide-mémoire for the desk officers*, Directorate General Regional Policy and Employment, social affairs and equal opportunities. Si precisa, in quella sede, l'informalità della discussione sul Quadro strategico presentato dagli Stati membri nella fase iniziale, la successiva definizione di un position paper da parte dell'ufficio responsabile dei rapporti con lo Stato membro, la discussione con i diversi servizi interessati sulla base del paper, la definizione di una posizione omogenea della amministrazione comunitaria e, finalmente, il confronto con le controparti nazionali.

programmi operativi, è riconosciuta all'amministrazione comunitaria la potestà di invitare le amministrazioni nazionali alla loro revisione laddove essa ritenga che essi non contribuiscano alla realizzazione delle finalità del quadro di riferimento strategico nazionale e degli orientamenti strategici comunitari (22).

Ad analoghe finalità debbono essere poi ricondotte le norme tese a rendere flessibili le indicazioni strategiche e gli atti applicativi. Esse permettono modifiche all'impostazione strategica qualora i cambiamenti nella situazione economica o nell'attuazione dei programmi di investimenti lo richiedano: e così, sotto un primo profilo, gli Orientamenti strategici comunitari possono essere modificati, senza che ciò comporti obblighi analoghi rispetto agli atti di programmazione di competenza delle amministrazioni nazionali, a seguito di una revisione intermedia condotta in stretta cooperazione con gli Stati «per tenere conto di eventuali cambiamenti rilevanti delle priorità della Comunità» (23). D'altra parte, su iniziativa della Commissione o dello Stato membro, e in ogni caso in concerto con quest'ultimo, è previsto che «a seguito di mutamenti socioeconomici significativi», o per tener conto di «mutamenti di rilievo nelle priorità comunitarie, nazionali o regionali» o per il verificarsi di disfunzioni e ritardi nel processo di redistribuzione, sia possibile la revisione dei programmi operativi (24).

Se, dunque, sia Orientamenti strategici comunitari, sia programmi operativi di livello nazionale possono essere rivisti al variare del contesto economico ed alla luce dello svilupparsi del processo di distribuzione — assicurando così la flessibilità e la capacità di adattamento necessarie ad un quadro di indirizzo di durata settennale — quel che ulteriormente qualifica la disciplina è il c.d. «Seguito strategico» degli orientamenti disciplinato agli artt. 29 ss. del regolamento generale. È in questa sede che ven-

---

(22) Si v., per quanto riguarda la fase negoziale relativa al Quadro di riferimento strategico nazionale, l'art. 28 del regolamento generale; per quanto concerne, invece, i programmi operativi si v. l'art. 32, comma 4, del medesimo atto normativo. Si deve notare come, nelle proposte originariamente presentate dalla Commissione il ruolo di quest'ultima era di ben maggior incisività e poteva giungere, qualora l'amministrazione comunitaria ravvisasse «che un determinato programma non (fosse) coerente con gli orientamenti strategici comunitari o con il quadro strategico nazionale» ad invitare «lo Stato membro a rivederlo di conseguenza» (art. 31, comma 4 della proposta originariamente presentata).

(23) Si v. art. 26 del regolamento generale.

(24) Si v. art. 33, comma 1, del regolamento generale.

gono precisate le modalità con cui la politica di coesione si inserisce nel processo di Lisbona. Le norme prevedono diversi obblighi informativi tra loro collegati.

Vi è, in primo luogo, l'obbligo di ciascuno Stato membro di inserire nel rapporto di attuazione del proprio Programma Nazionale di Riforma una sezione in cui si esamina il contributo dei Fondi strutturali alla realizzazione degli obiettivi di tale atto di programmazione: le modalità con cui i programmi operativi contribuiscono agli obiettivi di Lisbona, i risultati ottenuti e lo stato di avanzamento finanziario. Sulla base informativa predisposta dal livello nazionale, la Commissione dovrà redigere una relazione, inserita nel rapporto annuale di avanzamento da presentare al Consiglio di Primavera ed attesa per la prima volta nel Febbraio del 2008, in cui saranno sintetizzati i rapporti degli Stati membri.

Simmetricamente, è prevista, alla fine degli anni 2009 e 2012, l'elaborazione da parte delle singole amministrazioni nazionali, di un documento analitico sull'andamento del programma e sul suo contributo alla realizzazione delle Linee integrate per la crescita e l'occupazione. Il documento esaminerà la situazione socio-economica (e quindi le evoluzioni del mercato del lavoro, delle economie regionali, etc.), i risultati e le prospettive del periodo di programmazione e, dovrà fornire esempi di *best practices*. Su queste basi, entro il primo aprile degli anni 2010 e 2013, è, invece, prevista la redazione da parte della Commissione di un documento più articolato di natura strategica, destinato a completare la Relazione sulla coesione. Esso dovrà contenere, oltre ad un riassunto dei rapporti degli Stati membri, anche un aggiornamento sulle priorità incluse negli Orientamenti strategici ed esempi delle migliori buone prassi registrate a livello europeo. Il documento sarà sottoposto al Consiglio e darà vita ad un dibattito che si apre alla partecipazione di Parlamento, Comitato delle Regioni e Comitato Economico e Sociale assicurando un esame plurale allo svilupparsi della politica regionale.

### 3.2. *Un assetto organizzativo decentrato e le sue implicazioni funzionali.*

Se, come visto, una funzione di programmazione condivisa e le forme di «adattamento continuo» previste dal regolamento tendono ad assicurare il coordinamento tra politiche di coesione

nazionali e indicazioni comunitarie e la coerenza dell'esercizio alle finalità del processo di Lisbona, il secondo profilo di innovazione della disciplina si lega all'assetto maggiormente decentrato che caratterizza l'attuale organizzazione rispetto a quelle definite nei precedenti periodi di programmazione. Se si esclude, infatti, l'attività di indirizzo strategico — in cui, pur in dialogo con gli Stati, è la Commissione, nei fatti, a detenere la *whip hand* — nello schema regolamentare definito dai regolamenti l'amministrazione comunitaria si limita, essenzialmente, a fissare criteri, organizzativi e funzionali, a stabilire obblighi informativi ed a verificare il rispetto degli uni e degli altri.

Così, per quel che concerne il fulcro dell'attività di distribuzione — gestione, certificazione e controllo — essa si limita ad individuare gli organi responsabili e a specificare i criteri, di natura organizzativa e funzionale, che attengono alle funzioni loro attribuite e alle metodologie utilizzate (25). Il risvolto funzionale di tale assetto è: *a*) un'attività di accertamento *ex ante* condotta dall'amministrazione comunitaria diretta a verificare il rispetto, da parte del livello nazionale, delle prescrizioni stabilite in materia organizzativa (26); *b*) un esame in corso d'opera sull'avanzamento dell'attività di distribuzione delle risorse finanziarie e sull'insorgere di eventuali disfunzioni nell'attuazione dei programmi (27); *c*) lo svilupparsi di una cooperazione continuativa con gli organismi competenti degli Stati membri, per ottimizzare le attività di interesse comune (28); *d*) una potestà di controllo il cui esercizio, svolto sia in forma diretta, sia avvalendosi delle amministrazioni nazionali, è previsto dai regolamenti in circostanze residuali (29); *e*) infine, una potestà sanzionatoria che può essere

---

(25) Si v., in particolare, gli artt. 58 ss. del regolamento generale. Si v., più in generale, le norme contenute al Titolo VI (*Gestione, sorveglianza e controlli*) e, in particolare al capitolo I (*Sistemi di gestione e di controllo*) e capitolo IV (*Controlli*).

(26) Si v. art. 72, comma 1, in cui si disciplina l'attività di accertamento della conformità dei sistemi di gestione e controllo.

(27) Si v. art. 68, comma 1, in cui si disciplinano le modalità con cui la Commissione esamina, annualmente, lo stato di avanzamento del programma operativo in collaborazione con l'Autorità di gestione. Al termine dell'esame la Commissione può rivolgere osservazioni allo Stato membro e quest'ultimo è tenuto a dare conto del seguito ad esse fornito.

(28) Si v. art. 73 del regolamento generale, in cui è disciplinata la collaborazione con gli organismi nazionali incaricati dell'audit per meglio coordinare le attività ad esso inerenti.

(29) Si v. art. 72, comma 2 e comma 3 del regolamento generale.

esercitata al momento in cui vi siano dubbi sul corretto funzionamento dei sistemi di gestione e controllo (30).

Per quel che si riferisce invece alle amministrazioni nazionali, lo schema organizzativo attribuisce loro funzioni di natura esecutiva, con un ambito di operatività mobile, grazie ad una più incisiva applicazione del principio di proporzionalità (31). È qui, almeno per quel che concerne i rapporti tra i diversi livelli amministrativi, una tra le principali novità del periodo di programmazione che si apre. Il criterio di proporzionalità gioca, infatti, a favore degli Stati membri laddove l'intervento della Commissione non si riveli necessario alla luce dell'entità del programma ovvero della dimensione della partecipazione finanziaria comunitaria. Un'indicazione di carattere generale — secondo quanto stabilito all'art. 13 del regolamento generale — che trova, tuttavia, la propria specificazione di maggiore rilievo con riferimento all'attività di controllo: sia laddove si prevede che, nel caso in cui il programma non superi i 750 milioni di Euro e la partecipazione finanziaria dell'Unione non oltrepassi il 40%, si possa far ricorso ad una procedura semplificata e lo Stato membro possa svolgere le attività di gestione, certificazione ed audit secondo le norme nazionali (32); sia al momento in cui si precisa che, nelle medesime fattispecie, allorché il parere sulla conformità del sistema di gestione e controllo sull'utilizzo dei fondi non comporti riserve da parte del valutatore indipendente, la Commissione possa limitare il proprio intervento alle situazioni che lascino presumere l'esistenza di carenze (33).

Non sono, tuttavia, questi gli unici profili che mostrano un'impostazione del regolamento più attenta agli interessi degli Stati membri. Vanno in senso analogo anche la titolarità piena delle amministrazioni nazionali per quel che concerne l'ammissibilità delle spese (34); una presenza affievolita della Commissione nell'ambito dei comitati di sorveglianza deputati a vigilare sull'attuazione dei programmi operativi (35); il riconoscimento di un

---

(30) Si v., in particolare, gli artt. 91, 92 e 99 del regolamento generale che disciplinano, rispettivamente, gli istituti della interruzione dei pagamenti, della loro sospensione e la possibilità di imporre rettifiche finanziarie.

(31) Si v. art. 13 del regolamento generale.

(32) Si v. art. 74, comma 2, del regolamento generale.

(33) Si v. art. 74, comma 1, del regolamento generale.

(34) Si v. art. 56, comma 4, del regolamento generale, in cui sono fatte salve le eccezioni previste nei regolamenti che disciplinano i singoli fondi.

(35) Si v. art. 64, comma 2, che prevede la facoltà della Commissione di partecipare ai lavori del comitato a titolo consultivo e lo si raffronti con la norma contenuta al-

marginale di manovra maggiore allo Stato membro nella gestione delle risorse, derivante dal fatto che il loro trasferimento da parte dell'amministrazione comunitaria ha come riferimento le priorità dei programmi — e quindi un gruppo di operazioni tra loro collegate e con obiettivi misurabili — e non le singole misure in essi contenute, con un sostanziale ampliamento dell'ambito di decisione delle amministrazioni nazionali. Così come ulteriore novità, espressione del medesimo orientamento, è l'introduzione di una riserva nazionale per imprevisti con cui si è voluta attribuire maggiore flessibilità alle amministrazioni confrontate a crisi, locali o settoriali, legate alla ristrutturazione economica e sociale o alle conseguenze dell'apertura degli scambi(36).

Se, dunque, la scelta organizzativa condotta prevede un più ampio spazio di manovra per le amministrazioni nazionali, sono diverse le conseguenze che, sul piano organizzativo, discendono da questo assetto.

La prima tra esse è la maggiore attenzione attribuita alla questione della «capacità amministrativa»(37). Tale profilo, già presente nei precedenti periodi di programmazione, viene in quest'occasione decisamente rafforzato. I nuovi regolamenti — interessati a rispondere alle esigenze delle aree dell'Unione interessate dall'obiettivo «Convergenza» ed *in primis* a quelle dei nuovi Stati membri caratterizzati da un livello di servizi amministrativi insuf-

---

l'art. 35, comma 2 del citato reg. (CE) 1260/1999 in cui si prevedeva la partecipazione necessaria ai lavori del comitato di un rappresentante della Commissione.

(36) Si v. art. 50 del regolamento generale. Sul punto si noti come, nella proposta originariamente presentata dalla Commissione fosse presente una disposizione che avrebbe premiato la performance economica di Regioni e Stati membri attraverso la redistribuzione da parte della Commissione agli Stati membri del 3% delle risorse destinate agli obiettivi Convergenza e Competitività regionale ed occupazione. Tale disposizione, che avrebbe attribuito all'amministrazione comunitaria un ruolo cruciale nella valutazione delle performance delle singole amministrazioni nazionali, è stata sostituita dalla disposizione che affida l'insieme della gestione delle risorse della «premiabilità» a queste ultime, in linea con l'esperienza del precedente periodo di programmazione: si cfr. la norma contenuta all'art. 48 della proposta di regolamento generale contenuta nella comunicazione della Commissione citata alla nota 7.

(37) Si noti, sul punto, la piena consonanza con le indicazioni della dottrina economica: si v. per tutti, le indicazioni contenute nel citato Rapporto Sapir, a p. 271, in cui si sottolinea come «potenziare (un ordinamento giuridico e un sistema amministrativo efficienti) va considerata una priorità massima per qualsiasi strategia di convergenza all'interno dell'Unione»; sulla necessità di aumentare il livello di efficienza nelle pubbliche amministrazioni interessate da processi di decentramento per evitare l'aumento delle disparità intraregionali, si v., A. RODRIGUEZ POSE e N. GILL, *Is there a global link between regional disparities and devolution?*, in *Research Papers in environmental and spatial analysis*, n. 79, Department of Geography and Environment, London School of economics and political science, 2003.

ficiente — segnalano, infatti, un preciso cambiamento nell'impostazione comunitaria. Come si evince da un passaggio della relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento è l'ottica con cui l'Unione osserva il fenomeno amministrativo che si modifica. In quella sede si faceva, infatti, riferimento alla necessità di promuovere il «rafforzamento delle capacità istituzionali e dell'efficienza della pubblica amministrazione *compresa* (il corsivo è nostro), la capacità di gestire i Fondi strutturali ed il Fondo di coesione»(38). Ed è precisamente il termine «compresa» che segnala il cambio di prospettiva proprio del nuovo regolamento, rivelando come la capacità amministrativa assurga oramai al rango di questione «orizzontale, che non deve esaminarsi con esclusivo riferimento all'organizzazione ed al funzionamento dei fondi strutturali quanto, invece, lungo tutto l'arco dell'azione pubblica: dall'impostazione della *policy*, sino al controllo sulla sua attuazione. Sono diversi, d'altra parte, gli elementi che confermano che sia questo l'indirizzo perseguito dalla Commissione: vi è il riferimento esplicito contenuto nella prima versione degli Orientamenti strategici comunitari, in cui si riconosce che la capacità amministrativa è fondamentale per promuovere la crescita e l'occupazione in linea con la nuova strategia di Lisbona (39); vi è la specificazione contenuta nel regolamento generale che, tra le finalità dell'Obiettivo Convergenza, individua «l'efficienza amministrativa», e precisa come, relativamente alle aree interessate da questo obiettivo, i Quadri di riferimento strategico nazionale debbano conseguentemente definire «l'azione prevista per rafforzare l'efficienza amministrativa dello Stato membro»(40); vi sono, infine, le norme del regolamento relativo al Fondo sociale che prevedono la possibilità di destinare le risorse di quest'ultimo al «rafforzamento della capacità istituzionale e dell'efficienza delle

---

(38) Si v. la proposta di regolamento citata alla nota 13, al punto 5.

(39) Si v. il punto 4.3.4 della proposta della Commissione in relazione agli Orientamenti strategici della politica di coesione, *Politica di coesione a sostegno della crescita e dell'occupazione: linee guida della strategia comunitaria per il periodo 2007-2013*, Bruxelles, 5 luglio 2005, COM (2005) 299 def.: «a prescindere dalla gestione dei fondi, (...) i Fondi sosterranno gli investimenti nel capitale umano dei servizi amministrativi e pubblici a tutti i livelli territoriali (...). I Fondi (potranno sostenere) le misure volte a migliorare la definizione e l'attuazione delle politiche, con il coinvolgimento di tutte le parti interessate, in un gran numero di settori (...). Si invitano, quindi, gli Stati membri a potenziare le amministrazioni ed i servizi pubblici di livello nazionale, regionale, locale».

(40) Si v. art. 3, comma 2, lett. a) e art. 27, comma 4, lett f) al punto i) del regolamento generale.



pubbliche amministrazioni dei servizi pubblici a livello nazionale, regionale e locale (...) in una prospettiva di riforme, miglioramento della regolamentazione e buona *governance*, soprattutto nei settori economico, occupazionale, dell'istruzione, sociale, ambientale e giudiziario» (41). Un insieme di elementi che permettono di configurare l'obiettivo di un'amministrazione efficiente come una priorità strategica della politica di coesione (42).

La seconda conseguenza che discende dall'assetto organizzativo decentrato è la rilevanza che in esso assume l'attività informativa. Da un lato perché un'organizzazione che vede la presenza di margini più ampi per i soggetti titolari dell'attività esecutiva implica, per garantire la verifica del loro operato, un miglioramento del profilo informativo; dall'altro perché a tale finalità per così dire «interna» al sistema se ne affianca una seconda di natura più propriamente politica, diretta, sia ad avvicinare la cittadinanza alla politica regionale, sia a coinvolgere gli altri attori istituzionali con l'obiettivo di accrescerne la legittimazione e l'efficacia.

Il risultato di questa duplice convergenza di interessi è un vero e proprio reticolo di rapporti informativi (43). E, così, agli obblighi relativi al seguito strategico di cui già si è fatta menzione, debbono aggiungersi: (i) la descrizione dei sistemi di gestione, certificazione e controllo che gli Stati membri sono tenuti a trasmettere alla Commissione, unitamente ad una loro valutazione — elaborata dall'autorità di audit o da un organismo pubblico o privato funzionalmente indipendente — al fine di permet-

---

(41) Si v. art. 3, comma 2, lett. b), del citato regolamento (CE) n. 1081/2006.

(42) E, d'altra parte, che questa sia l'impostazione prescelta e che vi sia una precisa distinzione tra il supporto alla qualità amministrativa in generale e quello all'azione dei Fondi è indirettamente confermato dal fatto che, all'art. 46, comma 1, che disciplina le risorse destinate all'*Assistenza* tecnica, il regolamento specificò che i Fondi possono finanziare le attività di preparazione, gestione, sorveglianza, valutazione, informazione e controllo dei programmi operativi insieme alle attività volte a rafforzare la capacità amministrativa connessa all'attuazione dei Fondi.

(43) La duplice finalità cui rispondono tali obblighi si evince dalla disposizione contenuta all'art. 69, comma 1, del regolamento nella parte in cui, dopo aver stabilito un principio generale di pubblicità, si afferma che «le informazioni sono destinate ai cittadini europei e ai beneficiari, allo scopo di *valorizzare il ruolo della Comunità e garantire la trasparenza dell'intervento dei Fondi*» (i corsivi sono dell'autore). Gli obblighi informativi posti in capo all'autorità di gestione — che giungono sino a quello di issare la bandiera dell'Unione per una settimana a partire da ogni 9 maggio — e ai beneficiari delle misure — tenuti, tra l'altro, all'affissione di una placca contenente informazioni sull'origine delle risorse che hanno permesso la realizzazione di una determinata opera — sono specificati agli artt. 7 ed 8 del regolamento di attuazione in fase di approvazione.

tere all'amministrazione comunitaria di accertare la conformità dell'organizzazione definita a livello interno con i principi stabiliti nel regolamento (44); (ii) la relazione annuale dell'autorità incaricata della gestione dei fondi strutturali alla Commissione relativa al funzionamento del programma operativo (45); (iii) il possibile scambio informativo tra amministrazione comunitaria e nazionale successivo all'esame congiunto sullo stato di attuazione del piano di investimenti (46); (iv) le informazioni che gli Stati membri sono tenuti a trasmettere con cadenza periodica, alla Commissione in relazione ai procedimenti relativi alle irregolarità nell'utilizzo delle risorse finanziarie (47); (v) la strategia che l'autorità competente all'attività di verifica (*autorità di audit*) deve presentare alla Commissione per garantire che gli organi coinvolti nell'attività di distribuzione siano oggetto di esame durante l'intero periodo di programmazione; (vi) i rapporti annuali di controllo da essa prodotti in cui saranno evidenziate le eventuali carenze di sistema riscontrate; il parere a cui essa è annualmente tenuta in merito all'efficace funzionamento del sistema di gestione e controllo (48); (vii) le informazioni relative ai c.d. grandi progetti, sottoposti a specifica approvazione da parte dell'amministrazione comunitaria (49).

Alla lista debbono, poi, aggiungersi ulteriori attività informative non direttamente legate al processo di redistribuzione quali la relazione sulla coesione di cui all'art. 159 del Trattato, che può contenere proposte di adeguamento degli orientamenti strategici comunitari necessari per rispecchiare i cambiamenti della politica comunitaria (50); la consultazione annuale con le parti sociali sul funzionamento dei fondi (51); il piano di comunicazione, redatto dalle autorità di gestione dei singoli programmi o dagli Stati membri e verificato dalla Commissione, con cui le amministra-

---

(44) Si v. art. 71, comma 1 e 2, del regolamento generale; la specificazione dell'obbligo è contenuta agli art. 22 ss. del regolamento di attuazione in fase di approvazione. Il modello di relazione di valutazione è previsto all'allegato XIII del medesimo regolamento.

(45) Si v. art. 67 del regolamento generale.

(46) Si v. art. 68, comma 2, del regolamento generale.

(47) Si v. art. 70 del regolamento generale. La specificazione di quest'obbligo è contenuta all'art. 28 del regolamento in fase di approvazione.

(48) Si v. art. 62, comma 1, lett. *c*) e *d*) del regolamento generale.

(49) Si v. art. 40, del regolamento generale.

(50) Si v. art. 31, comma 2, del regolamento generale.

(51) Si v. art. 11, comma 3, del regolamento generale.

zioni nazionali informano le parti interessate delle possibilità di finanziamento legate ai fondi strutturali (52).

Il terzo corollario è l'attenzione ai profili della valutazione dei risultati dell'azione amministrativa. Sul punto la disciplina prescrive, in linea con le precedenti esperienze di programmazione, valutazioni *ex ante*, intermedie ed *ex post*, condotte da soggetti «funzionalmente indipendenti» e secondo modalità stabilite dalla Commissione (53). Quel che cambia, nel prossimo periodo di programmazione, sono due cose. La prima è l'ambito dell'attività poiché la valutazione definita nel nuovo regolamento attiene sia alla strategia sia all'operatività dei fondi: e, dunque, sia a esaminare l'evoluzione dei programmi rispetto alle priorità comunitarie, sia a sostenere l'attività di sorveglianza (54). Le valutazioni *ex ante* ed intermedia, di competenza nazionale, si appuntano, di conseguenza, sulla congruità e coerenza dei programmi rispetto agli obiettivi e sulla sorveglianza dei programmi operativi. Alla Commissione, invece, è riconosciuta la potestà di svolgere valutazioni strategiche e di sorveglianza, mentre essa è tenuta, in collaborazione con lo Stato membro, ad una valutazione *ex post* relativamente all'impatto delle misure sul raggiungimento degli obiettivi previsti: esaminando il grado di utilizzazione delle risorse, l'efficienza ed efficacia della programmazione dei fondi, nonché il suo impatto socioeconomico (55).

Il secondo aspetto che si modifica, e che si muove su un piano essenzialmente operativo, sono le modalità con cui l'attività di valutazione è condotta. In questi mesi di preparazione della documentazione di programmazione per il prossimo settennio si assiste, infatti, ad un pieno coinvolgimento dei valutatori — e, quindi, delle società specializzate nell'analisi della performance amministrativa — che sono chiamati dalle amministrazioni nazionali a dare la loro valutazione in corso d'opera sin dalle prime fasi del processo di programmazione, così evitando errori e correzioni a posteriori, e, profilo ancora più importante per garantire

---

(52) Si vedano le norme contenute negli artt. da 2 a 10 della proposta di regolamento di attuazione attualmente in fase di approvazione.

(53) Si v. art. 47, comma 4 e comma 5, del regolamento generale.

(54) Si v. art. 48, comma 2, del regolamento generale.

(55) Si v., per le attività di valutazione facoltative, quanto disposto all'art. 49, comma 1 e 2 del regolamento generale; mentre per quel che concerne l'attività obbligatoria si v. quanto disposto al comma 3.

un'effettiva efficacia all'attività, contribuendo a definire modalità di programmazione ed attuazione che siano, in una seconda fase, effettivamente verificabili.

### 3.3. *Le innovazioni in materia di ingegneria finanziaria.*

A tali aspetti di carattere organizzativo si affianca una delle più significative novità introdotte dalla nuova disciplina nel sistema della politica della coesione, costituita dalle norme destinate all'ingegneria finanziaria. Il tema, come noto, non è nuovo. Ed anzi la necessità di stimolare l'innovazione in questo settore è, per usare un'espressione colloquiale, «un vecchio tarlo» della politica di coesione, impegnata, da anni, a promuovere l'utilizzo più efficiente dello strumentario finanziario a disposizione della Comunità e, in tempi più recenti, mostrando così di «tenere il passo» con la modernizzazione registrata nel settore finanziario, a promuovere il difficile connubio tra pubblico e privato in materia (56). Se l'attenzione alla questione dell'ingegneria finanziaria è, insomma, risalente — con una traccia chiaramente visibile sin dai primi interventi in materia di politica di coesione — il presente periodo di programmazione affianca a temi già presenti nei quadri regolamentari in materia — come la necessità di assicurare il coordinamento tra i fondi e le risorse della Banca europea per gli investimenti — innovazioni di sicuro rilievo (57). Gli sviluppi cui si fa riferimento erano già stati anticipati negli Orientamenti strategici che individuavano il miglioramento dell'accesso al finanziamento e lo sviluppo di strumenti di finanza innovativa come una

---

(56) I richiami, sul punto, sono risalenti: si v., per un primo riferimento alla necessità di promuovere la crescita di un mercato del capitale di rischio efficiente, quanto specificato al punto n. 48 della Comunicazione COM (77) 195 del 3 giugno 1977, contenente «Orientamenti per la politica regionale comunitaria»; in relazione all'esigenza di migliorare il coordinamento tra i diversi strumenti di intervento comunitari si v., invece, la Comunicazione COM (88) 244 def. del 23 dicembre 1988, *La Bei e gli altri strumenti finanziari nell'ambito del rafforzamento della coesione economica e sociale*.

(57) La partecipazione della Banca europea per gli investimenti e del Fondo europeo per gli investimenti è disciplinata all'art. 36. In linea con i precedenti periodi di programmazione è prevista la possibilità della Bei e del Fei di partecipare alla programmazione dell'intervento dei fondi strutturali e si precisa un ruolo di valutazione della Bei relativamente alla qualità tecnica e la fattibilità tecnica e finanziaria dei grandi progetti, in particolare per quanto riguarda gli strumenti di ingegneria finanziaria. Le novità sono, invece, contenute all'art. 45 in cui si prevede la possibilità che la Commissione conceda sovvenzioni alla Bei ed al Fei per la realizzazione di studi di fattibilità e sul funzionamento dei Fondi strutturali.

delle priorità per il prossimo periodo di programmazione (58). Ed è precisamente per perseguire tali obiettivi che la Commissione si è fatta promotrice di iniziative dirette a porre a disposizione degli Stati membri (il ricorso a questi ultimi non è prescritto ma avviene su base volontaristica, ed è questo uno dei problemi anticipati dagli osservatori più attenti) strumenti di innovazione finanziaria con la collaborazione degli enti strumentali specializzati nel settore finanziario a livello europeo: la Banca europea per gli investimenti, il Fondo europeo per gli investimenti, la Banca europea di ricostruzione e di sviluppo e la Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa.

Ci si riferisce, più precisamente, alle tre iniziative di collaborazione interistituzionale — avviate sotto la direzione della Commissione e formalizzate, con la firma di accordi tra i diversi enti interessati, il 30 maggio 2006 — che vanno sotto gli acronimi di Jaspers, Jeremie e Jessica.

La prima delle tre iniziative — denominata Jaspers (*Joint Assistance in Supporting Projects in European Regions*) — risponde alla necessità, manifestatasi in tutta la sua evidenza nei più recenti periodi di programmazione e nell'attività di sostegno al processo di allargamento, di assistere gli Stati membri nella predisposizione di progetti capaci di beneficiare di risorse comunitarie ed attrarre risorse del settore privato. È questa l'esigenza alla base dell'iniziativa, originata all'interno dell'amministrazione di Bruxelles, di coinvolgere in maniera più approfondita soggetti specializzati nella valutazione e nel finanziamento di progetti di investimento ponendo a disposizione delle amministrazioni nazionali le capacità tecniche per la loro preparazione ed attuazione. Più precisamente, l'attività della nuova organizzazione, che si svilupperà sulla base di un Piano di azione discusso annualmente con lo Stato membro interessato, si tradurrà in un'azione di assistenza tecnica e finanziaria alle amministrazioni dei paesi beneficiari di fondi strutturali che ne faranno richiesta. A tal fine è stato stipulato un accordo tra la Commissione Europea, la Banca europea

---

(58) Si v., il punto 4.2.4 dei già citati Orientamenti Strategici della Commissione del luglio 2005, in cui, da un lato, si ribadiva l'importanza di promuovere l'industria del capitale di rischio e strumenti rotativi di finanziamento dell'innovazione e, dall'altro, si auspicava l'utilizzo dei fondi strutturali per il supporto di strumenti ulteriori rispetto al tradizionale contributo a fondo perduto (e, quindi, prestiti, debito subordinato, mezzi di finanziamento convertibili, forme di garanzia per i microcrediti).

per gli investimenti (Bei) e la Banca per la ricostruzione e lo sviluppo (Bers) con cui si sono disciplinati ambiti operativi e profili organizzativi dell'attività (59).

La seconda iniziativa — conosciuta con il nome di Jeremie (*Joint European Resources for Micro to Medium Enterprises*) — è stata, invece, avviata tra la Commissione e il Fondo europeo per gli investimenti (Fei) — con l'obiettivo di favorire le piccole e medie imprese nell'accesso al finanziamento (60). Anche in questo caso, è un passaggio che trova la propria origine in un fallimento del contesto operativo. Non si tratta, però, come nel caso di Jaspers, di un fallimento «dello Stato», quanto, invece, di una lacuna del mercato. Se, infatti, una delle priorità della politica industriale europea degli anni più recenti è stata quella di promuovere lo sviluppo di un mercato del capitale di rischio efficiente — e, quindi, capace di sostenere le imprese con prospettive di crescita nella fase iniziale del loro sviluppo — i ritardi che in quest'area si contano, specie in comparazione con le esperienze di maggior successo di altri ordinamenti, rimangono rilevanti: con la conseguenza, per quel che concerne la politica di coesione, di un assorbimento inadeguato delle risorse a disposizione delle PMI (61). Jeremie nasce per sopperire a tale situazione. Ed è proprio la finalità di incentivare la creazione di un mercato del capitale di rischio nelle aree in cui esso è meno sviluppato — e, quindi, quella di promuovere sia la presenza di risorse a tal fine dedicate sia, aspetto più rilevante, la presenza di operatori specia-

---

(59) L'ambito operativo di Jaspers sarà concentrato sui grandi progetti localizzati nelle aree c.d. «Convergenza» — e, quindi, su quelli che presentano un costo rispettivamente di cinquanta e venticinque milioni di euro. È prevedibile che tali progetti siano, essenzialmente nei settori dei trasporti e dell'ambiente, anche se potrebbero essere interessati dall'attività di Jaspers anche progetti integrati di sviluppo urbano.

(60) Il Fondo europeo per gli investimenti, costituito nel 1994, è la società del gruppo BEI specializzata nella promozione del capitale di rischio sul mercato finanziario europeo. Essa opera con interventi sia a valere su risorse proprie, sia gestendo risorse poste a disposizione dalla Commissione Europea. Partecipano al capitale della società, oltre alla BEI (che ne detiene la maggioranza) anche la Commissione ed istituti finanziari europei. La sede del Fondo è a Lussemburgo.

(61) La documentazione comunitaria sul punto è, oramai, imponente. Si rinvia, per tutti, alla Comunicazione della Commissione del primo dicembre 2003, *Accesso delle piccole e medie imprese ai finanziamenti*, Bruxelles, (COM (2003) 713 def.) e, da ultimo, alla comunicazione della Commissione del 29 giugno 2006, COM (2006) 349 def., *Implementing the Community Lisbon Programme: Financing SME growth - Adding European Value* (traduzione in lingua italiana in corso). Si consiglia, inoltre, l'esame della documentazione rinvenibile sul sito [http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/financing/publications\\_documents.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/financing/publications_documents.htm) in cui sono raccolti i principali documenti relativi all'attività dell'Unione Europea in questo settore.

lizzati nel settore — a spiegare la scelta organizzativa condotta. L'iniziativa non prevede, infatti, interventi diretti nel capitale delle imprese da parte del Fondo Jeremie — costituito con le risorse comunitarie e, in caso, con quelle nazionali — quanto, invece, la loro gestione «indiretta» attraverso il sostegno finanziario ad intermediari specializzati nella promozione dello sviluppo delle piccole e medie imprese (62). Più in particolare è previsto che il fondo, che sarà gestito secondo criteri di professionalità ed autonomia e nel rispetto della disciplina in materia di Stato, conceda partecipazioni al capitale, prestiti e contributi ad istituzioni finanziarie accreditate che, a loro volta, utilizzeranno tali risorse per fornire servizi di finanza strutturata alle piccole e medie imprese. Il fondo, che avrà natura rotativa, procederà al reinvestimento delle risorse restituite dai beneficiari nei medesimi settori di intervento.

La terza iniziativa, Jessica (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*) costituisce, infine, un quadro di cooperazione rafforzata tra la Commissione, la Banca europea per gli investimenti, la Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa (BCOE) ed altre istituzioni finanziarie internazionali per la promozione di tecniche d'ingegneria finanziaria nel settore della riqualificazione urbana (63). Anche in questo caso, la finalità è l'utilizzo delle risorse finanziarie a disposizione delle autorità di gestione dei fondi strutturali nel futuro quadro finanziario secondo

---

(62) In termini concreti l'attività di Jeremie, la cui gestione è affidata al Fei, si articolerà in due fasi. Nella prima, si condurrà, su base regionale, l'analisi del mercato dei servizi di ingegneria finanziaria alle imprese per verificare domanda e offerta esistenti. Seguirà a tale fase di studio — che si prevede termini entro il 2007 con la trasmissione di Piani di azione alle pubbliche amministrazioni competenti — quella dell'attuazione dell'iniziativa. In questa fase Jeremie si propone di assistere le amministrazioni nazionali nella definizione di strumenti pubblici di sostegno allo sviluppo del mercato del capitale di rischio, del micro-credito, delle garanzie e di altri strumenti finanziari capaci di promuovere la crescita delle piccole e medie imprese. Oltre a quest'attività di supporto tecnico vi è, poi, quella di gestione vera e propria delle risorse comunitarie operata attraverso il fondo di investimento (denominato  *Holding Fund* ) la cui gestione potrà essere affidata dall'amministrazione nazionale responsabile ad intermediari finanziari ovvero direttamente al Fei.

(63) La Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa, creata nel 1956, è l'istituzione finanziaria del Consiglio d'Europa. L'area di focalizzazione della Banca è storicamente legata agli interventi nel settore sociale e, in particolare, quelli a favore di rifugiati ed emigrati ed a processi di ricostruzione successivi a disastri naturali: negli anni più recenti, tuttavia, l'ambito di operatività dell'istituzione finanziaria si è andato progressivamente ampliando ed attualmente comprende edilizia abitativa, infrastrutture sociali nei settori dell'istruzione e della salute, interventi nel settore ambientale, in quello urbano, in quello rurale. La sede della Banca è a Parigi.

modalità innovative e, più specificamente, promuovendo forme di *partnership* pubblico-privato e l'investimento in fondi specializzati nel finanziamento di interventi di sviluppo urbano (64).

Il passaggio successivo a quello operativo è stato fornire «copertura normativa» alle iniziative avviate, introducendo una specifica disciplina nel regolamento generale ed in quello di attuazione (65). Viene così precisato che i Fondi strutturali possano finanziare, sia direttamente sia indirettamente, contributi al capitale di fondi specializzati in servizi finanziari di interesse per le piccole e medie imprese — quali fondi di capitale di rischio, fondi di garanzia e fondi per mutui — e fondi per lo sviluppo urbano specializzati nell'investimento in operazioni di partenariato pubblico-privato e altri progetti inclusi in piani integrati di sviluppo sostenibile. Le norme del regolamento di attuazione precisano che l'investimento della Commissione debba essere corredato da un piano d'impresa, che specifichi, tra gli altri, le finalità del fondo, le modalità di investimento e quelle di «uscita» dell'investimento comunitario.

I cambiamenti delineati avranno, poi, delle ricadute organizzative. Per quanto riguarda Jaspers, si prevede un comitato di indirizzo — a composizione tripartita Bei, Bers e Commissione e presieduto da un rappresentante di quest'ultima; l'impegno di sessanta unità di personale — in parte della Bei e della Bers, per il resto della Commissione — che costituiranno l'Unità Jaspers; una sede centrale — localizzata in Lussemburgo, presso gli uffici della

---

(64) Simile a Jeremie per quel che concerne la struttura finanziaria — che si prevede articolata in fondi di investimento con carattere rotativo gestiti da società specializzate — delle tre iniziative Jessica è quella che sconta, allo stato, il ritardo maggiore. È attualmente in avvio la fase di studio delle esperienze di riqualificazione urbana integrata di maggiore interesse a livello europeo, cui seguirà una seconda fase, nella quale si adatteranno alle diverse realtà metropolitane i modelli di maggiore efficienza, e la terza in cui si procederà all'investimento, attraverso l'intermediazione di fondi specializzati in interventi nel settore urbano, delle risorse finanziarie disponibili.

(65) Si v. le norme contenute alla sezione 4 (Ingegneria Finanziaria) del regolamento 1083/2006, ed in particolare all'art. 44. Viene in quella sede data «copertura normativa» alle iniziative avviate negli ultimi mesi poiché si prevede la possibilità che i Fondi strutturali possano essere utilizzati per sostenere strumenti di ingegneria finanziaria per le imprese e fondi di sviluppo urbano, e, quindi, le fattispecie interessate da Jeremie e Jessica. Si prevede, in quella sede, che, laddove la struttura prescelta sia quella dei fondi di partecipazione, e quindi di fondi costituiti per investire in altri fondi (i c.d. «Fondi di fondi», secondo la terminologia tecnica), essa è attuata o attraverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico o, nei casi in cui sia possibile ai sensi della legislazione in materia, attraverso la concessione di una sovvenzione alla Bei, al Fei o ad un'istituzione finanziaria. La disciplina delle modalità attuative di tali iniziative è contenuta agli artt. 43 ss. del regolamento di attuazione in fase di definizione.



Bei, cui spetta la gestione dell'iniziativa — e diverse sedi periferiche, principalmente localizzate in alcune delle capitali dell'Europa orientale. Anche nel caso di Jeremie, il coordinamento tra l'azione della Commissione e quella del gruppo BEI è assicurato da un comitato di indirizzo a composizione mista (tre componenti della Commissione, tre del Fei ed uno della BEI, in veste di osservatore), ed è prevista un'organizzazione articolata su un corpo centrale, presso il Fei, ed uffici regionali nelle capitali dei Paesi che stipuleranno con Jeremie accordi di collaborazione, in modo da assicurare un'interlocuzione più efficace con le amministrazioni nazionali. È previsto, infine, che all'interno della Commissione, si strutturi un'unità organizzativa dedicata precisamente alla tematica dell'ingegneria finanziaria.

#### 4. LE PROSPETTIVE DEL PROSSIMO PERIODO DI PROGRAMMAZIONE.

La politica regionale europea è, dunque, in cambiamento. E se il risultato finale delle negoziazioni degli ultimi anni non può ritenersi della stessa ampiezza di quelli di cui si è fatta menzione in apertura del presente lavoro — se non altro per il suo continuare a muoversi lungo la traccia segnata nel 1988 — rimane che le modifiche introdotte configurano un'evoluzione della disciplina in materia: con una più spiccata caratterizzazione strategica dell'azione della Commissione ed un inserimento pieno della politica di coesione nelle procedure della politica economica comunitaria; il riconoscimento di spazi negoziali maggiori nei rapporti tra le diverse amministrazioni ed accresciute titolarità del livello nazionale e regionale rispetto a quello comunitario; l'avvalimento, da parte della politica di coesione, delle istituzioni finanziarie europee per il perseguimento delle proprie finalità.

Per questi elementi l'impostazione normativa — che si allinea al trend di progressiva rinazionalizzazione della politica regionale avviato nel 1993 — sembra rispondere all'evoluzione dei rapporti tra amministrazioni registrata negli anni più recenti che ha portato anche le regioni, oltre al livello nazionale, a divenire interlocutori pieni della Commissione (66). Se si tratta, dunque, di una

---

(66) In relazione alla progressiva rinazionalizzazione della politica regionale europea, si v. I. BACHE, *The politics of European Union Regional Policy*, Sheffield, 1998; per

normativa che si adatta ad un tessuto istituzionale più plurale, essa va ad una prova difficile. La stessa struttura organizzativa definita dai regolamenti, con un disegno che è al contempo centralista e federalista, apre diverse questioni attuative. E se, per quel che concerne il primo profilo, quello diremmo di ispirazione centralista, sarà necessario verificare nel concreto operare istituzionale, tanto più dopo la debole prova offerta dal «processo di Lisbona» in questi anni, la tenuta della «catena amministrativa» tra i diversi livelli di governo nella trasmissione degli orientamenti strategici, preoccupazioni anche maggiori sono introdotte dall'impostazione decentrata che si è scelta. È infatti noto il ritardo di preparazione di molte delle amministrazioni territoriali interessate; un aspetto solamente acuito dall'ingresso di nuovi Stati membri dopo che la questione dell'assorbimento dei fondi si è già posta con nettezza nel biennio trascorso dall'ultimo allargamento (67). Riconoscere, dunque, ad esse funzioni così estese — che vanno, come visto, dall'adattamento delle indicazioni strategiche comunitarie ai territori, sino alla gestione delle risorse — potrebbe rivelarsi, in prospettiva, una scelta di scarsa efficacia (68).

---

una lettura diversa dei più recenti periodi di programmazione, che sarebbero pur sempre orientati dalla Commissione Europea, si v. il citato volume di J. R. Wozniak Boyle, in cui si argomenta per la continuità dell'agenda della Commissione — «enlarge the size of the fund and increase the fund's concentration on the poorest regions (...) increase its control over national allocations (...) improve coordination of national regional policies and enhanced coordination of the ERDF and other Community policies (...) improve the involvement of subnational actors (...) additionality» (p. 241-243) — e per la sua indipendenza dalle pressioni nazionali. Nell'ottica della studiosa statunitense il variare dei risultati delle singole negoziazioni sarebbe dunque essenzialmente legato ad una scelta dell'amministrazione comunitaria che avrebbe avuto atteggiamenti più o meno aggressivi nel corso dei negoziati adattando la propria tattica strategica negoziale al mutare delle condizioni esterne (ed interne). Le conclusioni della Wozniak Boyle relativamente al periodo di programmazione più recente sono, tuttavia, nel senso di un ruolo di maggiore incisività del ruolo degli Stati membri rispetto a quello della Commissione. Le ragioni di tale modifica rispetto al *pattern* registrato a partire dal 1975 sarebbe legato al recente cambio alla guida dell'amministrazione comunitaria ed alla difficoltà di un'intermediazione di fronte a preferenze degli Stati membri molto più articolate che in precedenza (p. 265 ss.).

(67) Si v., sul tema, il lavoro di A. HORVAT, *Absorption problems in the EU Structural Funds; some aspects regarding administrative absorption capacity in the Czech Republic, Estonia, Hungary, Slovakia and Slovenia*, Ljubljana 2004, il documento può essere consultato sul sito <http://www.sigov.si/zmar/conference/2004/papers/Horvat.pdf>; su un tema contiguo, quello delle prospettive, per i nuovi Stati membri nel prossimo periodo di programmazione, si v. I. McMASTER e J. BACHTLER, *Implementing Structural Funds in the New Member States: Ten Policy Challenges*, European Policies research Centre, Glasgow, ottobre 2005.

(68) Si tratta di un paradosso che poneva in rilievo M. Keating, nel suo scritto *Regionalisation in Central and Eastern Europe*, allorché notava «two rather conflicting tendencies» nella politica regionale europea: da un lato quella di esportare i modelli occidentali di pratica corrente «new public administration, flexibility, decentralisation, part-

Dal punto di vista economico, poi, l'esistenza di disparità mai sinora registrate — sia a livello di Stati, sia a livello di regioni — costituisce *in se* un aspetto di complessità per una politica che si propone la riduzione di tali divari. Tanto più per la chiara distinzione che si avverte negli obiettivi perseguiti nell'ambito dell'esercizio finanziario dei prossimi sette anni: con quelli di Competitività territoriale, ispirati ad una politica industriale innovativa e matura articolata su poli di competitività, e, invece, quelli più esplicitamente redistributivi, legati alla finalità di coesione (69). Una dicotomia che riflette, in larga misura, le due anime che, con qualche fatica negoziale, hanno trovato il modo di convivere nei regolamenti: quella che la Commissione esplicitava nella sua proposta di regolamento, ispirata ad una politica regionale selettiva e concentrata — e quella difesa da numerosi degli Stati membri — molto più attenta, invece, alle ricadute politiche di scelte troppo legate alle istanze della competitività.

In questo quadro di difficoltà, ci sono, però alcuni profili che permettono una valutazione positiva sulle prospettive del periodo di programmazione che si apre.

Il primo di essi è la centralità della politica di coesione nel dibattito europeo (70). Dopo l'allargamento ed alla luce delle difficoltà del processo di Lisbona è oramai questa politica — molto più di quella agricola, oramai fiaccata sul piano della legittimità — il vero collante dell'Unione. E non si tratta di una valutazione di ordine meramente quantitativo legata al peso finanziario delle iniziative in materia di coesione. Come si è ricordato nel testo, è la stessa Commissione ad avere indicato le ragioni per le quali la politica regionale è la più adatta a perseguire l'ambizioso disegno

---

nership», dall'altro quella di assicurarsi che i Fondi strutturali fossero spesi e monitorati con efficacia, elemento che implica «centralisation and top down control»: il testo è contenuto in M. KEATING e J. HUGHES (cur.), *The Regional challenge in Central and Eastern Europe*, Peter Lang, Bruxelles, 2003, p. 51 (si veda, in particolare, p. 57).

(69) Si v., per una prima disamina delle difficoltà e delle differenziazioni che emergono dall'analisi dei Quadri strategici di riferimento nazionali sinora adottati, L. POLVERARI, *La nuova generazione di programmi comunitari*, in *Sud-News*, n. 32, p. 21.

(70) Si v., a testimonianza di questa attenzione, le conclusioni del Consiglio Europeo di Primavera tenuto a Bruxelles il 22 e 23 marzo 2005 in cui, al punto 6, si sosteneva che, per rilanciare senza indugi la strategia di Lisbona e procedere ad un riorientamento delle priorità verso crescita ed occupazione, «l'Unione deve mobilitare maggiormente tutti i mezzi nazionali e comunitari appropriati — compresa la politica di coesione (...). A fianco dei governi tutti gli altri attori interessati — parlamento, autorità regionali e locali, parti sociali, società civile — debbono far propria la strategia e partecipare attivamente alla realizzazione dei suoi obiettivi».

di modernizzazione dell'economia europea: è qui che la «vertebrazione» tra i diversi livelli di governo è più stretta; più ampio è l'ambito degli interessi coinvolti; maggiori sono le possibili ricadute in termini di crescita ed occupazione; più grande la visibilità, e la conseguente capacità di controllo, da parte dei cittadini. Considerata questa centralità della politica regionale nel discorso comunitario è quindi presumibile che su di essa si concentrino, con la continuità necessaria, l'interesse e l'attenzione del sistema politico, da cui potrebbero discendere possibili effetti positivi sul piano dell'attuazione amministrativa.

Vi è, poi, il più stretto legame della politica di coesione con le procedure di governo dell'economia dell'Unione. E non c'è solo il fatto che gli orientamenti strategici della politica regionale debbono essere stabiliti tenuto conto di quelli relativi alla politica economica europea, o che la politica di coesione verrà discussa in occasione del Consiglio di Primavera, o, infine, che le norme del regolamento hanno definito meccanismi flessibili, capaci di modificare i propri obiettivi al mutare delle circostanze di contesto. Vi sono, infatti, anche possibili ricadute a livello interno le cui implicazioni sono, potenzialmente, di grande importanza. L'esistenza di un quadro di programmazione strategica di livello europeo potrà servire (come già in parte accade in alcuni ordinamenti, tra i quali quello italiano) a promuovere una razionalizzazione nell'attività condotta a livello interno fornendo un parametro di riferimento, quanto ad obiettivi e metodi, per le diverse amministrazioni coinvolte. Esso, d'altra parte, potrebbe finire con il configurare un «vincolo europeo» capace di diminuire la politicizzazione nel processo di distribuzione, specialmente ai livelli più bassi dell'amministrazione, e di promuovere, visto il legame con le politiche di Lisbona, un vero e proprio coordinamento delle politiche economiche europee (71).

---

(71) È questo, come noto, il caso italiano in cui è in corso di definizione il Quadro Strategico Nazionale per la politica di coesione 2007-2013, in attuazione di un processo di programmazione che coinvolge amministrazione centrale e regionale sul quale, nel febbraio del 2005, si è registrata l'intesa in sede di Conferenza Unificata. Questa data ha segnato l'avvio di un'attività di programmazione parallela delle amministrazioni nazionali e regionali con il coordinamento del Dipartimento per le politiche di sviluppo e coesione del Ministero dell'economia. Su questa base, nel novembre 2005, è stato redatto, dopo un confronto con le amministrazioni territoriali, il Documento strategico preliminare nazionale (*Continuità, discontinuità, priorità per la politica regionale 2007-2013*) consultabile sul sito <http://www.dps.mef.gov.it/documentazione/QSN/docs/DSPN.pdf>. La seconda fase del processo, funzionale alla realizzazione del Quadro Strate-

Il terzo elemento capace di introdurre esternalità positive nel sistema della coesione e, più in generale, nel quadro amministrativo europeo è legato all'ampliarsi dei momenti di collaborazione tra le diverse istituzioni finanziarie internazionali che operano nell'area. Se, come noto, si tratta di soggetti diversi — per ragioni che appaiono oramai di carattere essenzialmente storico — quanto a missioni, assetti proprietari, ambiti settoriali e geografici di intervento, essi, tuttavia, operando in contesti contigui, sembrano sempre più destinati a coordinare la loro attività. In quest'ottica il passaggio operativo delineato nel regolamento — con il riconoscimento di un ruolo di promozione alla Commissione e l'inserimento più diretto delle istituzioni finanziarie nella politica di coesione — ne potrebbe aprire degli altri. Sino a tempi recenti, infatti, le relazioni tra queste istituzioni finanziarie sono state caratterizzate da una sostanziale episodicità. E questo sia con riferimento ai rapporti «orizzontali» tra le istituzioni — in cui, al di là di incontri formali ed accordi ufficiali, hanno spesso finito con il prevalere logiche di collaborazione opportunistica quando non di aperta concorrenza — sia a quelli, di carattere «verticale» con i rispettivi organismi di governo raramente capaci di indirizzare con continuità l'azione delle istituzioni verso specifici obiettivi. È indubbio che, sotto entrambi i profili, si sono registrati, nel periodo più recente, passaggi positivi. E così, specialmente per quel che concerne le relazioni tra le diverse istituzioni finanziarie internazionali, si è avuto un grande sviluppo di accordi con i quali si definiscono i termini della collaborazione operativa tra le istituzioni in determinate aree geografiche, in specifici settori o, ancora, la funzionalizzazione dell'attività di finanziamento condotta al perseguimento di specifici obiettivi<sup>(72)</sup>. E, d'altra parte, la

---

gico Nazionale è attualmente in fase di conclusione, con l'invio del documento previsto per il mese di Ottobre. Il risultato di tale azione amministrativa congiunta è quello di dare uniformità — sia in termini di durata, sia in termini di contenuti — all'attività di programmazione svolta dai diversi soggetti coinvolti. Si noti che la disamina comparata condotta da J. Bachtler e F. Wislade sull'impostazione dei Quadri di riferimento strategici nei diversi Stati Membri concludeva nel senso che: «(...) the most comprehensive process of strategy development is underway in Italy where the NSRF (National Strategic Reference Framework) will not limit itself to Structural Funds but will include a range of other national government policies»: si veda il citato *From building blocks to Negotiating Boxes: the reform of EU cohesion policy*, p. 50.

(72) Un esempio del primo tipo di accordi è quello per migliorare il coordinamento nelle operazioni di project financing in America Latina ed i Caraibi siglato tra Banca europea per gli investimenti e Banca interamericana di sviluppo il 13 dicembre 2004; per un esempio del secondo tipo si veda l'accordo tra la Bei e la Banca europea

Commissione, in particolare per quel che si riferisce alla sua attività in vista dell'adesione e nei Paesi extraeuropei, ha accresciuto il ricorso alle competenze di tali istituzioni (73). Se, dunque, il periodo più recente vede un accrescersi di questi momenti di interazione, la questione della creazione di un'istituzione finanziaria di sviluppo europea — o almeno di un maggior coordinamento tra quelle esistenti — rimane sull'agenda. E questo, se si vuole, sia per ovviare a duplicazioni e concorrenze che si frappongono alla piena efficacia di un'azione di sostegno alla crescita; sia per fornire contenuto nuovo ad una forma, quella della istituzione finanziaria di sviluppo, che, in un mercato dei capitali come quello europeo, rischia di perdere parte essenziale della propria ragion d'essere; sia, infine, per mettere a disposizione dell'economia europea competenze e risorse finanziarie la cui necessità, si pensi ad aree quali quelle delle promozione di imprese innovative o della *partnership* tra pubblico e privato, è di grande attualità (74).

Il quarto punto, strettamente legato al precedente, è il potenziale incremento delle aree in cui potranno svilupparsi forme di «trapianto legale» tra gli ordinamenti (75). In quest'area, come noto, è stata la Commissione ad aver svolto sino ad oggi il ruolo di promotore di scambi ed esperienze tra i diversi ordinamenti —

---

per la ricostruzione e lo sviluppo per la gestione di un fondo multilaterale per la concessione di crediti ambientali siglato il 21 maggio 2006; infine, la stipula, nel giugno 2006, di un accordo tra le più importanti istituzioni finanziarie internazionali europee (Bei, Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, Nordic Bank, Banca di sviluppo del Consiglio d'Europa) per la diffusione dei «Principi europei dell'ambiente» (*European Principles for the Environment*) all'esterno dell'Unione, costituisce un esempio del terzo tipo di accordo.

(73) Si veda, in questo caso, l'accordo stipulato tra l'amministrazione comunitaria e le principali istituzioni finanziarie internazionali sulla cooperazione nella preparazione all'adesione nei Paesi candidati e quelli potenzialmente candidati.

(74) E che si tratti di un punto da porre in agenda è confermato dal dibattito sulla riforma delle istituzioni finanziarie internazionali di sviluppo che, se ha sinora essenzialmente interessato la Banca mondiale ed il gruppo di enti ad essa collegati, potrebbe presto coinvolgere, vista anche la vocalità sempre maggiore delle organizzazioni non-governative nei loro confronti, anche le istituzioni europee. Per un esempio del tipo di riflessione condotto sul tema si può consultare il c.d. Meltzer Report, con cui la «International Financial Institutions Advisory Commission» istituita dal Congresso statunitense nel 1999 e presieduta dall'economista Allan Meltzer, concludeva, il 9 marzo del 2000, i suoi lavori. Il testo del rapporto, nel quale venivano delineate ipotesi di riforma radicali del sistema delle istituzioni finanziarie internazionali di sviluppo, è rinvenibile sul sito <http://www.house.gov/jec/imf/meltzer.htm>.

(75) Il riferimento è, ovviamente, al lavoro di A. WATSON, *Legal Transplants*, Edinburgh 1974. La letteratura in materia, stimolata dal processo di globalizzazione, è oramai di grande ampiezza: un contributo ricostruttivo dal quale partire può essere costituito da W. TWINNING, *Diffusion of Law: a global perspective*, rinvenibile sul sito <http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/diffusion.pdf>.

basti pensare all'impatto avuto dagli accordi di gemellaggio (i c.d. *twining agreement*) e dai programmi di rafforzamento amministrativo finanziati nell'ambito dei processi di adesione. E se, sul punto, le norme regolamentari continuano a rafforzare questo profilo dell'azione comunitaria, esse affiancano ora alla Commissione le istituzioni finanziarie internazionali europee (76). È un passaggio con importanti risvolti di natura qualitativa. Queste istituzioni, infatti, hanno la caratteristica di operare all'interno dei singoli ordinamenti — sia attraverso la creazione di sedi periferiche, sia in applicazione delle norme in essi vigenti — ed a stretto contatto con le amministrazioni nazionali: di livello statale, regionale e locale. Una vicinanza che potrebbe permettere loro di sviluppare con la necessaria continuità forme di collaborazione istituzionale e di configurarsi come veri e propri *broker* di modelli di intervento pubblico, capaci di favorire processi di imitazione tra le amministrazioni dei diversi Stati membri in aree cruciali per la competitività e la coesione dell'economia europea quali la promozione del capitale di rischio, la definizione di strumenti finanziari per la nascita e la crescita delle piccole e medie imprese, lo sviluppo di tecniche innovative per la realizzazione di interventi di riqualificazione nelle aree metropolitane.

Il quinto elemento positivo, per molti versi il più rilevante per gli effetti che da esso possono derivare sull'organizzazione ed il funzionamento del sistema amministrativo europeo, è, infine, il riconoscimento della centralità della questione della «capacità amministrativa» per la piena efficacia dell'esercizio di redistribuzione delle risorse comunitarie. Una centralità che si rinviene nel disegno regolamentare sin dalla fase di impostazione strategica, e che, come visto, si traduce nella possibilità di finanziare a valere sui fondi strutturali sia programmi specificamente diretti a potenziare l'attività di loro gestione, sia interventi di carattere più ge-

---

(76) Si v., ad esempio, la possibilità, prevista all'art. 45 del regolamento generale, di destinare una parte dei fondi, su iniziativa della Commissione, al finanziamento di «azioni di divulgazione delle informazioni, creazione di reti e sensibilizzazione e *azioni destinate a promuovere la cooperazione e lo scambio di esperienze in tutta la Comunità*» (il corsivo è dell'autore); ovvero il ruolo riconosciuto alla Commissione nella disseminazione di informazioni tra le diverse amministrazioni nazionali relativamente alle irregolarità finanziarie ai sensi dell'art. 33, comma 2, del regolamento di attuazione in fase di approvazione; o, ancora, la possibilità di sviluppare scambi di esperienze in materia di informazione al pubblico sull'utilizzo delle risorse comunitarie prevista all'art. 10 del medesimo testo normativo.

nerale, finalizzati al raggiungimento di una maggiore efficacia dell'azione amministrativa nel suo complesso. Anche in questo caso, sembrano dunque esservi le condizioni affinché il processo europeo aiuti i processi di ammodernamento presenti a livello nazionale, permettendo il superamento di eventuali ostacoli agli itinerari di riforma. Un insieme di elementi che, sostenuti dal ruolo di disseminazione di esperienze attribuito alla Commissione, dovrebbero condurre ad un ulteriore rafforzamento di quel processo di europeizzazione delle amministrazioni nazionali che ha nelle politiche di coesione il suo motore più efficace e che, quando le valutazioni sull'efficacia economica di tali politiche divergono, potrebbe configurarsi come il più importante contributo di queste ultime allo sviluppo dell'Unione (77).

---

(77) Si v. P. GRAZIANO, *Europeizzazione e politiche pubbliche italiane: coesione e lavoro a confronto*, Il Mulino, Bologna 2004; e, per una serie di contributi sul tema, K. FEATHERSTONE e C.M. RADAELLI, *The Politics of Europeanization*, Oxford University Press, Oxford 2003. Sulla capacità innovativa del processo di europeizzazione si v. quanto affermato da H. Grabbe, nel suo contributo (*Europeanization goes East: Power and uncertainty in the EU accession process*) al volume da ultimo citato: «Europeanization has had the effect of empowering modernizers to change specific policies (particularly macroeconomic policies) and also to reform political institutions. This effect has been observed not only in the case of later joiners like Greece, but also in founder-members like France and Italy» (p. 308).





LAURA SOVERINO

## INTEGRAZIONE EUROPEA E ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO: IL CONTRIBUTO ANGLOSASSONE AL REQUISITO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Integrazione europea e circolarità di istituti. — 2. La personalità giuridica. — 2.1. Interpretazione estensiva e restrittiva del requisito della personalità giuridica. — 2.2. La mancanza di personalità giuridica come elemento atto a differenziare le associazioni di organismi di diritto pubblico? — 3. Fonti normative comunitarie e anglosassoni a confronto: le diverse categorie di amministrazioni aggiudicatrici. — 3.1. Enti espressamente elencati dalle *uk regulations*. — 3.2. *Body governed by public law and judicial review*. — 3.3. *Associations*. — 4. Ordinamento anglosassone e gestione di servizi culturali mediante enti privi di personalità giuridica. Possibili influenze sull'ordinamento italiano e sul concetto di organismo di diritto pubblico? — 5. Osservazioni conclusive.

### 1. INTEGRAZIONE EUROPEA E CIRCOLARITÀ DI ISTITUTI.

L'organismo di diritto pubblico<sup>(1)</sup> è individuato, secondo la nozione fornita dal legislatore comunitario, da tre criteri cumula-

---

(1) Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si veda, *ex multis*: V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, I, 13 ss.; F. CARINGELLA, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione: la controversa categoria di organismo di diritto pubblico nel settore degli appalti pubblici*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001; D. CASALNI, *Organismo di diritto pubblico e organizzazione in house*, Napoli, Jovene ed., 2003; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, CLUEB, 2000; E. CHITI, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, nota a Corte di giustizia CE 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Ente autonomo Fiera internazionale di Milano*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 900 ss.; L. CIMELLARO, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*. Commento alla sentenza Cons. Stato 22 agosto 2003, n. 4748, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in questa *Rivista*, I, 2004; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro. it.*, IV, 1998; *Organismi di*

tivi ed introduce una nozione funzionale di amministrazione aggiudicatrice volta a sottoporre alle regole della concorrenza e del mercato, nel settore degli appalti pubblici, non solo lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le loro associazioni, ma anche tutte quelle distinte figure giuridiche e forme organizzative non rientranti negli schemi dell'organizzazione amministrativa classica. Quest'ultime, in conseguenza del dilagare del fenomeno di «smembramento» che ha caratterizzato gli apparati amministrativi degli Stati membri a partire dagli anni ottanta, vengono sempre più utilizzate dalle pubbliche amministrazioni tradizionali per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture, l'esercizio di funzioni pubbliche o l'erogazione di servizi.

Si legge, infatti, nelle direttive comunitarie in materie di appalti che «*per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta a controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico*» (2).

---

*diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.* 1997, 936; *Organismo di diritto pubblico*, in *Atti del Convegno «L'organismo di diritto pubblico e l'atto amministrativo in contrasto con le norme CEE»*, Roma, 29 settembre 2004; *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg. 80 del 1998)*, nota a *Cons. Stato*, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano 2000; *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. dir. publ. com.*, I, 2005; *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in questa *Rivista*, 1999, 733 ss.; *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in questa *Rivista*, 1999; B. MAMELI, *Gli organismi di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2000; *L'organismo di diritto pubblico - profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè Editore, 2003; *Le spa a prevelente capitale pubblico e la categoria comunitaria di organismo di diritto pubblico*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), 1999; G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sulla rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2002; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, in *Dir. amm.*, 2000; L. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. amm.*, I, 2004; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in questa *Rivista*, 1996

(2) La prima definizione di organismo di diritto pubblico compare nella direttiva

La nozione di organismo di diritto pubblico, dunque, supera le categorie nazionali di pubbliche amministrazioni, pur inserendosi, nel solco da esse delineato.

Del resto, come più volte è stato osservato, la sua genesi rispecchia il travaglio seguito dalla dottrina giuspubblicistica degli Stati membri nella ricerca degli indici di pubblicità degli enti (3).

La categoria dell'organismo di diritto pubblico è quindi un portato del fenomeno di integrazione europea che, nei suoi più recenti sviluppi (4), si è manifestata nell'armonizzazione dei si-

---

18 luglio 1989, n. 89/440/CEE *che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*. Il legislatore comunitario, nelle successive direttive in materia di appalti pubblici di lavori (Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*), servizi (Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*), forniture (Direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*) e settori esclusi (Direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*), ha riproposto la formulazione della nozione di organismo di diritto pubblico presente nella direttiva 89/440/CE e tale scelta è stata confermata anche nelle recenti direttive appalti 04/17 (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*) e 04/18 (del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*) che ad esse si sono sostituite.

(3) F. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, 1, 511 secondo il quale l'organismo di diritto pubblico «è proprio il frutto della lunga elaborazione dottrinale che si è avuta negli Stati membri sul tema degli indici rivelatori della pubblicità degli enti [...], i quali sono stati utilizzati di conseguenza per l'individuazione nell'ambito di ciascuno degli ordinamenti degli Stati membri delle amministrazioni aggiudicatrici degli appalti. Di questo lungo travaglio della dottrina giuspubblicistica continentale le direttive comunitarie sono sintesi fedele».

(4) G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, 1514, dove viene osservato che «l'amministrazione europea venne configurata inizialmente come amministrazione di missione [...] e non dotata di compiti di amministrazione diretta». Si veda anche E. CHITTI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, 91 ss., i quali individuano tre fasi del processo di integrazione europea. Una prima fase «coincide con l'adozione del Trattato istitutivo, il quale, [...] prevede un assetto dei rapporti amministrativi tra ordinamento sopranazionale ed ordinamenti interni improntato al principio di separazione o di divisione» così che «mentre l'ordinamento comunitario è responsabile dell'attività normativa, l'esecuzione delle politiche e delle norme sopranazionali è demandata alle amministrazioni degli Stati membri». La seconda fase, invece, si collocherebbe all'inizio degli anni ottanta e sarebbe caratterizzata dalla coamministrazione della funzione comunitaria: «i poteri pubblici sopranazionali assumono veri e propri compiti di gestione, che svolgono talora direttamente e assai più spesso congiuntamente con le amministrazioni nazionali». Infine, la terza fase «consiste in una varietà di attività riconducibili, nel loro insieme, alla nozione anglo-americana di *implementation*: il recepimento della normativa comunitaria da parte degli Stati membri con particolare riferimento alle direttive; l'attuazione del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali e delle amministrazioni sopranazionali, nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento europeo; l'attuazione delle regole comunitarie da parte dei giudici interni».

stemi amministrativi e nell'uniformazione, attraverso la creazione di un *ius commune europaeum*, nel campo dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Lo svilupparsi di una disciplina amministrativa a livello comunitario, necessaria all'Unione e alla Comunità europea per la realizzazione delle proprie politiche e per regolare i rapporti tra istituzioni ed organi comunitari ed i suoi soggetti anche privati, è stata accompagnata da «trapianti di istituti giuridici, [da] una accentuata circolarità dei modelli [e da] fenomeni imitativi tra i vari sistemi amministrativi tali da determinare una consistente convergenza dei diritti amministrativi nell'area europea» (5). Non a caso è stato detto che «il diritto comunitario è principalmente diritto amministrativo» (6). Le relazioni all'interno del diritto europeo, tuttavia, non si svolgono unicamente sul piano verticale dei rapporti tra regole ed istituzioni europee da una parte e regole ed istituzioni nazionali dall'altra, ma si esplicano anche sul piano orizzontale dei rapporti fra ordinamenti nazionali (7) che, a livello di diritto comunitario, trovano composizione.

Il diritto europeo, infatti, sebbene ancora non possa qualificarsi come diritto interno *tout court*, penetra nel diritto nazionale, il quale sia pure in modo a volte disorganizzato ed inorganico, subisce trasformazioni sulla base del contributo al diritto comunitario proveniente dalle tradizioni e categorie giuridiche degli Stati membri. Il diritto europeo si innesta così negli ordinamenti giuridici nazionali con carattere di rivoluzionarietà, ma allo stesso tempo di continuità, richiedendo pertanto ad essi, non una mera opera di recezione, bensì di omologazione alla luce delle diversità delle nozioni e degli istituti (8).

D'altra parte, il processo di integrazione amministrativa europea non prescinde dalle tradizioni nazionali né, tanto meno, ne

---

(5) F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di attuazione e formazione del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, 18.

(6) M.P. CHITI, *Monismo e dualismo in diritto amministrativo: vero o falso?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 315.

(7) L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, il Mulino, 2006, 172 parla a tale proposito «di apertura laterale o "collateralità" degli ordinamenti nazionali», con ciò facendo riferimento ad «una caratteristica permanente e generale, anch'essa non disponibile per gli Stati membri, i quali non possono né erigere barriere giuridiche, né selezionare fra gli altri ordinamenti, secondo criteri discretivi o preferenziali, vigendo per ciascun ordinamento l'identico obbligo e l'identico diritto di apertura».

(8) SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

riduce l'importanza alla formazione di un diritto amministrativo europeo, ma neppure può essere valutato come un mero processo di convergenza delle tradizioni nazionali o di stabilizzazione della loro coesistenza, dal momento che, in realtà, nel diritto europeo, «le tradizioni amministrative degli Stati membri sono chiamate a confrontarsi le une con le altre, così da mantenere un ruolo significativo in tutte quelle strutture regolatorie fondate sulla istituzionalizzazione della cooperazione e della collaborazione amministrativa» (9).

Per lo studio del diritto europeo, pertanto, fondamentale risulta essere un approccio di tipo comparativo, che consideri modalità e tecniche con cui esso è stato recepito nel diritto interno e a quest'ultimo adattato dagli Stati membri.

Tale approccio ha ancora maggior ragione di essere adottato in relazione al diritto della concorrenza, di cui il diritto degli appalti pubblici costituisce una branca, proprio perché in tale settore del diritto comunitario maggiormente si realizza la composizione delle differenze nazionali (10).

Un approccio comparativo, dunque, risulta funzionale anche allo studio dell'organismo di diritto pubblico «che appare un nuovo prodotto dell'ordinamento comunitario ma composto di materiale sintetico, proveniente da diverse posizioni ed impostazioni giuridiche» (11).

Per l'influenza reciproca che, secondo un sistema circolare, sussiste tra ordinamenti interni e diritto comunitario, quindi, lo studio in una prospettiva strettamente comparativa delle caratteristiche degli enti pubblici riconducibili, secondo gli ordinamenti interni, all'organismo di diritto pubblico, può offrire all'interprete del diritto un'occasione importante per chiarire alcune problematiche che emergono nella precisazione della nozione a livello comunitario (12).

---

(9) E. CHITI-C. FRANCHINI, *op. cit.*, 118.

(10) Si vedano in tal senso L. TORCHIA, *op. cit.*, 27 ss. che considera il settore della concorrenza come il campo elettivo di applicazione della equivalenza predeterminata e CHITI-C. FRANCHINI, *op. cit.*, 134 ss. che vedono nella definizione del concetto di amministrazione aggiudicatrice uno degli esempi fondamentali di realizzazione dell'integrazione amministrativa a livello europeo.

(11) V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, I, 15.

(12) E. CHITI-C. FRANCHINI, *op. cit.*, 160, osservano che la stessa Corte di giustizia, essendosi sempre astenuta dal fornire una definizione esaustiva della nozione di orga-

In particolare, l'analisi della tecnica di recepimento delle direttive appalti utilizzata dal Regno Unito, tradizionalmente poco sensibile agli aspetti formali dei fenomeni giuridici e più attento, invece, alla sostanza dei medesimi, consente di chiarire quale possa essere il contributo del diritto inglese e della particolare organizzazione costituzionale di *Whitehall* che lo accompagna, alla precisazione della nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico.

Come si vedrà più avanti, la particolare formulazione della nozione di organismo di diritto pubblico, utilizzata dal legislatore anglosassone, è utile a chiarire, che cosa il legislatore comunitario abbia voluto intendere con il requisito della personalità giuridica.

## 2. LA PERSONALITÀ GIURIDICA DELL'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO.

La personalità giuridica costituisce l'unico dei tre requisiti che definiscono la nozione di organismo di diritto pubblico per il cui studio non è possibile contare su alcuna indicazione giurisprudenziale, dal momento che né i giudici comunitari, né quelli nazionali si sono sinora pronunciati sul punto.

Per chiarire la nozione di personalità giuridica occorre, quindi, in primo luogo, ricercare la *ratio* della previsione e valutare quali possano essere gli effetti giuridici che la norma comunitaria ha inteso conseguire con il suddetto requisito.

La necessità della personalità giuridica per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico sembra potersi spiegare considerando la più ampia categoria di amministrazione aggiudicatrice che, ai sensi delle direttive in materia di appalti (13), comprende lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le associazioni tra questi.

L'esigenza di sottoporre alla disciplina sugli appalti pubblici i soggetti che possono essere considerati parte integrante dei tra-

---

nismo di diritto pubblico, ha aperto la strada alla cointerpretazione della nozione, «avviando attraverso lo strumento dell'art. 234 (*ex art.* 117 [Trattato CE]), un vero e proprio processo interpretativo cui sono chiamati a partecipare giudici nazionali, singoli e amministrazioni interne».

(13) Ai sensi dell'art. 1, lett. *b*) della direttiva comunitaria 92/50 in materia di appalti di servizi sono «amministrazioni aggiudicatrici, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico».

dizionali enti pubblici, ha condotto prima alla ideazione della categoria delle «persone giuridiche di diritto pubblico» e poi «dell'organismo di diritto pubblico».

Quest'ultimo, ha ragione di esistere come categoria autonoma ove assuma i caratteri propri che lo contraddistinguano ed, in tal senso, la personalità giuridica è parsa costituire l'elemento di separazione tra l'organismo di diritto pubblico e le categorie «tradizionali» di amministrazioni aggiudicatrici (14).

Le amministrazioni aggiudicatrici come organizzazioni soggette ad ingerenza pubblica e non aventi carattere industriale o commerciale, si identificano con lo Stato o l'ente pubblico territoriale, ovvero con altri organismi di diritto pubblico. In tal modo riletta, la definizione di amministrazione aggiudicatrice, appare ridimensionata la rilevanza dell'interpretazione del requisito in esame, poiché si afferma come semplice separazione concettuale delle categorie originarie di amministrazioni aggiudicatrici (Stato, enti territoriali e loro associazioni) rispetto a quella, di più recente creazione, che consente l'estensione a nuovi campi di applicazione delle direttive in chiave antielusiva.

Conferme possono trarsi dall'assoluta mancanza di contenzioso relativamente al requisito della personalità giuridica (15), sicché la questione può essere considerata con riferimento alla disciplina che gli ordinamenti giuridici nazionali ricollegano alla personalità giuridica o semplicemente alla soggettività giuridica.

Nell'ordinamento giuridico italiano l'interpretazione del requisito in esame si ricollega alla questione dell'ammissibilità, accanto alle persone fisiche e persone giuridiche, di un'ulteriore categoria di soggetti.

La soggettività giuridica non è nozione unitaria, ma assume significati diversi che non sono necessariamente compresenti in

---

(14) G. MARCHEGIANI, *op. cit.*, 1233 ss., propone di considerare tutte le categorie di amministrazioni aggiudicatrici definite dalle direttive comunitarie come «Stato inteso in senso funzionale», muovendo dalla pretesa difficoltà di definire con precisione l'organismo di diritto pubblico.

(15) Anche se, come sostiene D. CASALINI, *op. cit.*, 223, nota 3, «potrebbe sostenersi che il problema della soggettività dell'organismo di diritto pubblico non abbia sinora trovato una risposta in giurisprudenza poiché gli accertamenti sull'ulteriore requisito dell'influenza pubblica dominante sembrano presupporre una distinta personalità giuridica dell'organismo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice che eroga il finanziamento o ne esercita il controllo. In tal caso, la questione è destinata ad assumere maggiore rilevanza qualora si ritenga sufficiente quale presupposto di un'ipotesi di influenza pubblica la distinta soggettività giuridica non accompagnata da una distinta personalità degli enti interessati».



capo al medesimo ente (16) e il suo significato minimo si risolve nell'imputazione, come titolarità di situazioni giuridiche soggettive, e nella legittimazione, come presupposto per il trasferimento a terzi di tali situazioni giuridiche soggettive (17).

Le numerose disposizioni normative che distinguono, ai fini della titolarità di posizioni giuridiche soggettive, l'organizzazione dalle persone fisiche che la compongono, sembrano condurre alla conclusione che la personalità giuridica non è più condizione necessaria della soggettività di un'organizzazione, essendo questa riconosciuta dall'ordinamento giuridico, in capo ad organizzazioni che della personalità giuridica sono prive.

La possibilità di qualificare le organizzazioni non dotate di personalità giuridica come soggetti di diritto pare inoltre trovare conferma, oltre che nell'art. 2 della Costituzione che tutela «le formazioni sociali» ove si svolge la personalità dell'uomo, anche nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza in materia di società di persone, fondi speciali per la previdenza e l'assistenza, nonché in legislazioni di settore riguardanti le organizzazioni di volontariato, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) e le associazioni di promozione sociale.

Il riconoscimento della personalità giuridica ad enti che ne sono sprovvisti apre alla tripartizione tra le persone fisiche intese come individui, le organizzazioni prive di personalità giuridica e le persone giuridiche.

A prescindere dalla accettabilità o meno della tesi che considera le organizzazioni-soggetti giuridici privi di personalità un *tertium genus* di soggetti di diritto, i confini del concetto di perso-

---

(16) Sulla soggettività giuridica come idoneità ad essere titolari (o imputabilità) di situazioni giuridiche soggettive si veda in generale P. GALLO, voce *Soggetto di diritto*, in *Digesto disc. priv.*, XVIII, Torino 1998, 576 ss.; G. TAMBURINO, *Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati*, in *Giur. Sistemática di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino 1997, 29 ss.; G.L. PELLIZZI, voce *Persone giuridiche: I) diritto civile*, in *Enc. giur.* XXIII, Roma 1993; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano 1969, 243 ss.; P. ZATTI, *Persona e soggettività giuridica*, Padova 1975; A. FALZEA, *Il soggetto nei fenomeni giuridici*, Milano 1939.

(17) G.L. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, cit. 3 e 7. In tale accezione, la legittimazione si distingue dalla capacità di agire che è volontà di trasferire e non solo condizione (presupposto del) trasferimento. A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 9 e 23 qualifica la capacità giuridica e la capacità di agire come «fondamentali manifestazioni della soggettività giuridica» e, successivamente, identifica la capacità giuridica con la soggettività giuridica, in quanto quella «si acquista con il sorgere stesso del soggetto ed al soggetto, per tutta la sua esistenza, si accompagna immutabile».

nalità giuridica sono comunque sfumati a seguito del passaggio dalla definizione oggettiva del codice del commercio del 1982, ove si riconosceva la personalità giuridica a tutte le società (art. 77), a quella soggettiva del codice civile del 1942 che distingue tra enti dotati di personalità giuridica e enti sprovvisti di personalità giuridica.

La distinzione è stata recentemente ravvisata nei caratteri dell'unità e dell'alterità che attengono alla persona giuridica e non anche alle organizzazioni-soggetti giuridici privi di essa, ovvero nella contrapposizione tra i componenti nei rapporti esterni, nella diversa valutazione degli stati soggettivi delle persone fisiche che agiscono per l'ente, infine nella diversa valutazione degli interessi di cui sono titolari l'ente e i propri componenti.

### 2.1. *Interpretazione estensiva e restrittiva del requisito della personalità giuridica.*

La nozione di organismo di diritto pubblico fa ingresso nel diritto italiano con l'art. 2, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, come sostituito dall'art. 2 del D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, che utilizza una formulazione del tutto conforme al dettato letterale utilizzato dalla normativa comunitaria.

Il recepimento della nozione comunitaria di personalità giuridica, nel diritto italiano consente di ricondurre a tale concetto sia la personalità giuridica di diritto pubblico sia la personalità giuridica di diritto privato, dal momento che «in sé la personalità giuridica, in quanto significa un centro autonomo d'imputazione di interessi ed attività, riconosciuto come tale dall'ordinamento giuridico, non è né di diritto pubblico né di diritto privato» (18). Nel nostro ordinamento, infatti, l'attribuzione della personalità giuridica pubblica o privata non rileva sul piano della soggettività dell'ente, che è comunque persona giuridica, bensì ai fini della individuazione della disciplina giuridica applicabile.

Il requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico, invece, fa esclusivo riferimento all'ente, siccome organizzazione distinta da quella dell'amministrazione aggiudicatrice ingerente.

---

(18) G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano 1960, 1240 ss.

Il requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico trasfuso nel diritto italiano, dunque, lascia spazio alla duplice possibilità di attrarre alla nozione di organismo di diritto pubblico solo gli enti che l'ordinamento giuridico nazionale disciplina come persone giuridiche ovvero tutte le organizzazioni dotate di soggettività giuridica. L'adozione dell'una o dell'altra soluzione è suscettibile di produrre, come vedremo, importanti conseguenze in relazione all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti e di incidere sul ruolo delle associazioni quali categoria di amministrazione aggiudicatrice ulteriore rispetto all'organismo di diritto pubblico.

La questione assume pertanto importanza decisiva soprattutto con riferimento alle organizzazioni-soggetti giuridici privi di personalità giuridica, in ragione della eventualità che queste non possano essere ricondotte alle categorie dello Stato, enti pubblici territoriali o associazioni tra questi.

Interpretando l'espressione «personalità giuridica» in senso proprio — come riferibile ai soli enti dotati di personalità giuridica secondo il nostro ordinamento giuridico — rimarrebbero esclusi dal novero degli organismi di diritto pubblico tutte le organizzazioni dotate di soggettività giuridica, ma prive di personalità giuridica. In tal caso, si tratta di delineare i confini entro i quali queste siano di per sé identificabili con la nozione «tradizionale» di amministrazione aggiudicatrice: se sia sufficiente che l'organizzazione sia soggetta all'influenza dominante di questi o se sia anche necessario che abbia carattere non industriale o commerciale.

Dal momento che le direttive comunitarie considerano lo Stato e gli enti pubblici territoriali sottoposti alla disciplina sugli appalti pubblici a prescindere dalla natura industriale e commerciale della loro attività (anche occasionale o temporanea), sembrano doversi considerare Stato o ente pubblico territoriale (dunque amministrazione aggiudicatrice) tutte le organizzazioni-soggetti di diritto sottoposte all'influenza dominante di questi, a prescindere dall'ulteriore accertamento del carattere non industriale o commerciale.

Interpretando invece, il requisito della personalità giuridica come riferibile ad ogni forma di soggettività giuridica, gli enti cui questa è riconosciuta, ma privi di personalità giuridica, sono qua-

lificabili come organismi di diritto pubblico solo se sussiste l'ulteriore condizione del carattere non industriale o commerciale.

La seconda soluzione comporta un'interpretazione estensiva del requisito e determina così una restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, dal momento che impone la verifica dell'ulteriore elemento del carattere non industriale o commerciale in capo a tali organizzazioni. Appare perciò preferibile la prima soluzione che, dando un'interpretazione restrittiva del requisito della personalità giuridica, prescinde dall'accertamento dell'ulteriore carattere non industriale o commerciale delle organizzazioni prive di personalità giuridica, così consentendo di ampliare il novero delle amministrazioni aggiudicatrici.

E quest'ultima sembra anche l'interpretazione scelta da dottrina e giurisprudenza nazionali italiani (19), nonostante, come detto, manchino pronunce specifiche in materia di personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico.

## 2.2. *La mancanza di personalità giuridica come elemento atto a differenziare le associazioni degli organismi di diritto pubblico?*

Come detto, la questione della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico è suscettibile di incidere anche sulla definizione dell'ulteriore categoria di amministrazioni aggiudicatrici costituita dalle «associazioni», categoria di cui né le direttive sostanziali né il giudice comunitario tentano una definizione.

La Corte di giustizia europea ha precisato nella sentenza resa nella causa C-360/96 *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV* (20) che la nozione di «associazione» nelle direttive appalti possiede solo un'accezione residuale rispetto quella di «organismo di diritto pubblico» e che i due termini indicano nozioni differenti e non sovrapponibili, di modo che enti che rientrano in una delle due categorie non possono, al medesimo tempo, essere ricompresi nell'altra. Il carattere residuale della nozione di associazioni, risulterebbe del resto confermato dal dato

---

(19) Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22 agosto 2003, n. 4748; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 2 marzo 2001, n. 1206 ove si legge che «il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni».

(20) Corte di giustizia CE, sentenza 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, causa C-360/96, punto 27.

letterale della loro collocazione nel testo delle direttive comunitarie: esse figurano, infatti, tra le amministrazioni aggiudicatrici dopo «lo Stato, gli enti locali e gli organismi di diritto pubblico».

La dottrina italiana, sulla base di tali osservazioni, ha pertanto tentato di ricostruire il profilo caratteristico di tali entità.

Partendo dalla considerazione che «se le associazioni svolgessero attività nel rispetto dei principi di una normale gestione commerciale, esse verrebbero a confondersi [...] con la categoria delle “imprese pubbliche”, intese nel senso più ristretto previsto dalla direttiva 93/38/CEE», la dottrina italiana conclude nel senso che esse debbano condividere con l'organismo di diritto pubblico il requisito costituito dal fatto di essere «istituite specificamente per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale».

Inoltre, sulla base del fatto che le associazioni sono «per definizione» sottoposte all'influenza dominante, in quanto «formate da altre amministrazioni aggiudicatrici», la dottrina italiana conclude nel senso che le associazioni condividono con l'organismo di diritto pubblico anche il requisito della stretta dipendenza dallo Stato inteso in tutte le sue articolazioni.

La dottrina italiana, dunque, utilizzando un ragionamento «per esclusione», giunge alla conclusione che «il solo criterio utile a distinguere una “associazione” da un “organismo di diritto pubblico” consista in una soggettività di diritto che non assume mai il carattere specifico della personalità giuridica»(21). In altre parole, poiché entrambe le suddette entità hanno in comune il primo e il secondo requisito indicato dalle direttive comunitarie per individuare gli organismi di diritto pubblico, ne deriva che per distinguere le due figure giuridiche, occorre riferirsi al secondo criterio, costituito dalla personalità giuridica. A differenza dell'«organismo di diritto pubblico», l'«associazione» è evidentemente priva di tale elemento costitutivo. Un'organizzazione i cui membri sono amministrazioni aggiudicatrici e sono legati da un rapporto associativo potrà quindi rientrare nella categoria dell'organismo di diritto pubblico o in quella delle associa-

---

(21) D. CASALINI, *op. cit.*, 221 ss.

zioni a seconda che abbia ricevuto o meno il riconoscimento come persona giuridica.

La dottrina italiana sposa così la tesi fornita dall'avvocato generale La Pergola il quale, nelle proprie conclusioni alla causa *BFI Holding* (22), spiega che con la nozione di associazione, il legislatore comunitario ha inteso assoggettare alla disciplina sugli appalti anche quei fenomeni associativi pubblici che danno luogo alla nascita di entità che, seppure non dotate di propria personalità giuridica, rientrano a pieno titolo tra le forme di cooperazione o di organizzazione dei poteri pubblici rilevanti ai fini perseguiti dalla stessa direttiva. Tra essi rientrerebbero, ad esempio, forme associative, quali i consorzi tra enti territoriali o analoghi tipi di raggruppamenti, che, per l'appunto, non rivestiti di personalità giuridica, svolgono comunque compiti di natura pubblicistica e per i quali il legislatore comunitario, ispirandosi ad un criterio prettamente funzionale, ha previsto l'assoggettamento alla disciplina della direttiva.

Questo punto di vista sembra, peraltro, trovare autorevole conferma nella sentenza *Beentjes* (23) in cui la Corte ha riconosciuto, ai fini dell'applicazione della direttiva lavori, che un organismo privo di personalità giuridica propria, ma che per più aspetti dipende dalla pubblica amministrazione, «rientra nella nozione di Stato [...] anche se formalmente non fa parte dello Stato». Va tuttavia osservato che in quella causa la norma comunitaria oggetto d'interpretazione era l'art. 1 della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, concernente gli appalti di lavori pubblici, nella quale tra le «amministrazioni aggiudicatrici» non figuravano ancora le «associazioni», inserite solo successivamente nelle versioni novellate delle direttive «appalti». Probabilmente la Corte allora volle colmare una lacuna normativa includendo tra i soggetti tenuti al rispetto della direttiva anche quegli organismi che, secondo l'espressione adoperata dall'avvocato generale Darmon, sono «posti al di fuori delle [...] classiche strutture amministrative [dello Stato e degli enti pubblici territoriali], ma che senza essere dotati di personalità giuridica

---

(22) Conclusioni dell'avvocato generale La Pergola del 19 febbraio 1998, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, C-360/90, punti 41 e 42.

(23) Corte di giustizia CE, sentenza 20 settembre 1988, *Gebroeders Beentjes Bv contro Stato dei Paesi Bassi*, causa 31/87.

propria, svolgono funzioni normalmente appartenenti allo Stato o a detti enti» (24).

Il legislatore comunitario nel novellare e riformulare la nozione di amministrazione aggiudicatrice ha poi specificatamente previsto, da una parte, la figura delle associazioni e, dall'altra, quella degli organismi di diritto pubblico. In questo modo ha espressamente sottomesso all'ambito di applicazione delle direttive «appalti pubblici» sia gli organismi sprovvisti di una propria personalità giuridica, che costituiscono modelli associativi di vario tipo tra enti pubblici, le cui caratteristiche e natura giuridica sono difficilmente definibili a priori, sia gli organismi di diritto pubblico che, per specifica previsione normativa, devono invece avere una loro personalità giuridica.

L'avvocato La Pergola aggiungeva, tuttavia, che un'entità, per rientrare nella categoria anzidetta delle associazioni, oltre a non avere la personalità giuridica, «deve essere inoltre priva del fine di lucro» (25). Con la menzione della mancanza del fine di lucro, criterio che, tuttavia, non compare nelle direttive comunitarie né, tanto meno, è stato oggetto di pronuncia da parte della Corte, probabilmente l'avvocato generale intende riferirsi alla insussistenza della natura commerciale o industriale degli enti suscettibili di rientrare nella nozione di associazioni.

La dottrina italiana, dunque, si riconosce nel pensiero dell'avvocato La Pergola, il quale sembra concludere nel senso che la categoria delle associazioni concernerebbe tutte quelle forme di cooperazione pubblica, prive di carattere industriale o commerciale, ma che non sono, tuttavia, enti locali o territoriali, né sono riconducibili per altro verso alla nozione di organismo di diritto pubblico poiché non dotate di personalità giuridica.

Tale impostazione, tuttavia, porta a conclusioni coerenti solo ove, alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo precedente, si accolga un'interpretazione restrittiva del requisito della personalità giuridica.

Come, del resto, si vedrà oltre (26) con riferimento all'ordinamento anglosassone, l'applicazione di una tale impostazione ad

---

(24) Conclusioni dell'avvocato generale Darmon del 4 maggio 1988, *Gebroeders Beentjes By contro Stato dei Paesi Bassi*, causa C-31/87, punto 10.

(25) Cit. Conclusioni dell'avvocato generale La Pergola del 19 febbraio 1998, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, C-360/90, punto 41.

(26) Vedi par. 3.2.

un sistema giuridico che, nel recepire la nozione di organismo di diritto pubblico, adotti un'interpretazione estensiva del requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico, le conclusioni in questione non potranno essere orientate ad altrettanta coerenza.

Allo scopo di completare l'argomento, è opportuno precisare due aspetti concernenti l'ambito soggettivo dei possibili partecipanti ad un'associazione. Il primo riguarda il fatto che nessuna delle direttive sostanziali prevede la partecipazione diretta dello Stato al contesto associativo. Si ritiene (27) tuttavia logico supporre che tale omissione non sia intenzionale, bensì, piuttosto, dovuta a ragioni storiche. È cioè probabile che l'attuale dizione, che non menziona la nozione di Stato tra gli associati, costituisca una semplice reminiscenza delle «associazioni di diritto pubblico formate da collettività territoriali», a suo tempo previste dalla ricordata direttiva 71/305/CEE.

Si deve invece ritenere che lo spirito delle attuali direttive in materia di appalti, le quali chiaramente mirano ad una copertura esaustiva di tutti gli aspetti soggettivi riguardanti le «amministrazioni aggiudicatrici», porti a dover includere lo Stato tra le entità partecipanti alle attuali «associazioni». Differentemente, si arriverebbe alla conclusione che le entità che presentano tutte le caratteristiche per essere definite associazioni, ma nella cui compagine figurino lo Stato, non sarebbero sottoposte alle suddette direttive. Nello stesso spirito si deve inoltre ritenere che possa fare parte di tale compagine anche un'altra associazione, pur se le direttive sostanziali prevedono una lacuna al riguardo (28).

Il secondo aspetto concernente le associazioni riguarda il numero minimo dei suoi componenti. Lo stesso termine con il quale sono indicate tali entità potrebbe lasciar intendere che debbano farne parte almeno due associati. Si ritiene tuttavia che un'associazione può essere costituita anche da una sola amministrazione aggiudicatrice (Stato, ente territoriale, organismo di diritto pubblico o associazione). È in questo senso che la dottrina

---

(27) G. MARCHEGIANI, *op. cit.*, 1251.

(28) G. MARCHEGIANI, *op. cit.*, nota 41, osserva che «in un'ottica intesa ad attribuire un significato esaustivo al concetto di "associazione" sembra lecito comprendere nella compagine associativa anche una partecipazione minoritaria di soggetti privati, allorché un'entità di questo tipo svolge un'attività di natura non economica (ad esempio nelle associazioni benefiche)».



ritiene vadano lette le direttive «appalti», allorché indicano che devono considerarsi quali autorità pubbliche le «associazioni costituite da uno o più» di tali enti territoriali o organismi di diritto pubblico.

### 3. FONTI NORMATIVE COMUNITARIE E ANGLOSASSONI A CONFRONTO: LE DIVERSE CATEGORIE DI AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATORIE.

Le prime direttive comunitarie in materia di appalti di servizi (direttiva 71/305/CEE) e forniture (direttiva 77/62/CEE) (29) non furono originariamente recepite nella normativa nazionale del Regno Unito. Al contrario, esse furono materia dei principi guida emessi (30) dal Ministero del Tesoro per i dipartimenti governativi e per i relativi enti pubblici. Questi principi vennero poi passati alle autorità locali dal Ministero dell'Ambiente attraverso delle circolari. È dubbio che questa forma di recepimento amministrativo, svincolato dall'imposizione di obblighi diretti e dalla creazione di diritti individuali costituisse una forma idonea di adeguamento alla normativa comunitaria. Uno dei punti meno soddisfacenti era dato dal fatto che esso evitava di fornire una definizione adeguata nel diritto nazionale di quali fossero gli enti sottoposti alle direttive appalti. Questo problema dovette tuttavia essere affrontato allorché la direttiva 89/665/CE (31) chiarì che il recepimento delle direttive 71/305 e 77/62 in materia di appalti pubblici di lavori e forniture, come modificate (32), dovesse avvenire legislativamente. Ciò si realizzò mediante due *set of regulations* adottate mediante *Statutory Instruments*, ovvero con decreti legislativi ministeriali, ai sensi della sezione 2 dell'*European Communities Act 1972*. In particolare, la direttiva comunitaria 71/305

---

(29) Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*; Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture*.

(30) *Public Purchasing Policy: Consolidated Guidelines* (August 1988); *Guidance Note on Public Sector Purchasing International obligations: Supplies Contracts* (April 1990); *Guidance on the EC Works Directive* (May 3, 1990).

(31) Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*.

(32) La direttiva 71/305/CEE fu modificata dalla direttiva 89/440/CEE, mentre la direttiva 77/62/CEE fu modificata dalla direttiva 88/295/CEE.

in materia di appalti di lavori come modificata dalla direttiva 440/89 (33) è stata recepita dal *Public Works Contract Regulation 1991* (SI 2680/1991) mentre la direttiva 77/62 sugli appalti di forniture, come modificata dalla direttiva 88/295/CEE (34), è stata recepita dalle *Public Supply Contracts Regulations 1991* (SI 1991/2679). Tali *regulations* riproducono il testo delle direttive in modo simile, anche se compaiono alcune variazioni giustificate dalla necessità di adattare il dettato normativo alle peculiari caratteristiche del sistema costituzionale ed amministrativo britannico. La medesima tecnica redazionale è stata seguita dalle *Public Services Contracts Regulations 1993* (SI 1993/3228) mediante le quali la direttiva 92/50 in materia di appalti di servizi è stata trasfusa nell'ordinamento interno.

A seguito dell'entrata in vigore delle direttive 93/36 e 93/37 che coordinano rispettivamente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ed al fine di dare ad esse recepimento all'interno del Regno Unito, le *Public Supply Contracts Regulations 1991* sono state sostituite dalle *Public Supply Contracts Regulations 1995* (SI 1995/201), mentre alla *Public Works Contracts Regulation 1991* sono state apportate alcune modifiche in modo da recepire la direttiva lavori 93/37. Il recepimento delle nuove direttive 04/17 e 04/18, invece, è stato di recente realizzato rispettivamente con il *Utilities Contracts Regulations 2006* (SI 2006/06) e con il *Public Contracts Regulations 2006* (SI 2006/5).

Da un'analisi delle *regulations* britanniche si nota che il legislatore anglosassone, a differenza di quello italiano, ha recepito le direttive in materia di appalti pubblici non sotto un profilo formale, bensì sotto il profilo sostanziale.

Nelle direttive appalti (versione inglese), infatti, si legge che:

*contracting authorities shall mean the State, regional or local authorities, bodies governed by public law, associations formed by one or more of such authorities or bodies governed by public law.*

---

(33) Direttiva 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989 che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

(34) Direttiva 88/295/CEE del Consiglio del 22 marzo 1988 che modifica la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e che abroga talune disposizioni della direttiva 80/767/CEE.

Le direttive individuano dunque 3 distinte categorie di amministrazioni aggiudicatrici:

1) la prima categoria è composta dallo «*State, regional or local authorities*».

2) La seconda categoria è composta dai «*bodies governed by public law*» ovvero dagli organismi di diritto pubblico. Le direttive precisano poi che:

«*body governed by public law means any body:*

— *established for the specific purpose of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and*

— *having legal personality and*

— *financed, for the most part, by the State, or regional or local authorities, or other bodies governed by public law; or subject to management supervision by those bodies; or having an administrative, managerial or supervisory board, more than half of whose members are appointed by the State, regional or local authorities or by other bodies governed by public law*».

3) La terza categoria è invece rappresentata dalle «*associations formed by one or more of such authorities or bodies governed by public law*».

L'approccio utilizzato dalle *Uk regulations*, invece, è simile ma non identico. Le *regulation* britanniche che hanno recepito le direttive comunitarie sui pubblici appalti, infatti, individuano quattro categorie di *contracting authorities*:

1. gli enti pubblici espressamente elencati dalle reg.3 (1) alle lettere dalla a) alla t), per categoria (ad esempio, *local authority e government department*) o per nome (ad esempio, *The Broad Authority*). Si tratta, generalmente, di amministrazioni pubbliche tradizionali suscettibili di rientrare parzialmente nella categoria di *contracting authorities* delineata dalla direttiva comunitaria e costituita dallo Stato e dalle amministrazioni regionali e locali;

2. «*a corporation established, or a group of individuals appointed to act together, for the specific purposes of meeting needs in the general interest, not having an industrial or commercial character, and*

i) *financed wholly or mainly by another contracting authority, or*

ii) *subject to management supervision by another contracting authority, or*

iii) *more than half of the board of directors or members of which, or, in the case of a group of individuals, more than half of these individuals, being appointed by another contracting authority* (reg. 3(1)(u))»;

3. «*associations of or formed by one or more of the above [contracting authorities]*» ovvero un'associazione formata da uno o più degli enti indicati sopra ai punti 1 e 2 (reg. 3(1)(v));

4. le *GPA contracting authorities* ovvero gli enti coperti dal *World Trade Organisation Agreement on Government Procurement (GPA)*, che non siano già ricompresi tra le *contracting authorities* enunciate nella reg. 3(1) alle lettere dalla *a*) alla *t*) [reg. 3(1)(v)]. Essi trovano elencazione nella *Schedule 1* allegata alle *Public Supply Contracts Regulations 1995* e nella *Schedule 3* allegata alle *Public Services Contracts Regulations 1993*.

### 3.1. *Enti espressamente elencati dalle uk regulations.*

Come appena detto, il reg. 3 (1) di ogni serie di *regulations* elenca espressamente una serie di enti e categorie di enti cui le *regulations* stesse si applicano. Seguendo la numerazione comune a tutti e tre i gruppi di *regulations* sugli appalti risultano essere amministrazioni aggiudicatrici:

1. *A Minister of the Crown* [reg. 3 (1) *a*)]. Quest'ultimo viene identificato dal reg. 2(1) come «*the holder of an office in Her Majesty's Government in the United Kingdom*» ovvero come il titolare di un ufficio nel Governo di Sua Maestà nel Regno Unito, incluso il Ministero del Tesoro. La Corona in sé non è nominata, nonostante appaia chiaro che sia quest'ultima la parte contraente in un contratto stipulato a mezzo di un Ministro. È comunque chiaro che il riferimento specifico a ufficiali di Governo, in aggiunta ai dipartimenti governativi che seguono nella lista, sia dovuta all'intenzione di portare nell'arco di azione delle direttive comunitarie anche quegli appalti banditi in nome della Corona, dai suoi ufficiali.

2. *A government department* [reg. 3 (1) *b*)]. Questo non è ulteriormente definito salvo per il fatto che la reg. 2 sancisce che tale nozione include il *Northern Ireland Department* o il capo di tale dipartimento.

3. *The House of Commons* [reg. 3(1)(c)], *the House of Lords*(d), *the Northern Ireland Assembly*(e);

4. *A local authority*. Quest'ultima viene definita dal reg. 3(2):

— relativamente all'Inghilterra e al Galles, come

a) *a county council, a district council, a London borough council, a parish council, a community council, or the Council of the Isles of Scilly;*

b) *the Common Council of the City of London in its capacity as local authority or police authority.*

— relativamente alla Scozia con il significato di *regional, islands or district council or any joint board or joint committee within the meaning of section 235 of the Local Government;*

— relativamente all'Irlanda del Nord con il significato di *a district council within the meaning of the Local Government Act (Northern Ireland) 1972;*

5. *A fire authority* ed in particolare *a fire authority constituted by a combination scheme under the Fire Services Act 1947* [reg. 3(1)i)] e *the Fire Authority for Northern Ireland* [reg. 3(1)j)];

6. *Police authorities;* ed in particolare *a police authority established under section 3 of the Police Act 1964* [reg. 3(1)k)] nonché *the Police Authority for Northern Ireland* [reg. 3(1)l)];

7. Alcuni enti istituiti sotto il *Local Government Act del 1985*. Questi sono: *an authority established under section 10 of the Local Government Act 1985* [reg. 3(1)n)], *a joint authority established by Part IV of that Act* [reg. 3(1)o)], *any body established pursuant to an order under section 67 of that Act* [reg. 3(1)p)];

8. *The Broads Authority* [reg. 3(1)q)];

9. *Any joint board* i cui membri siano *local authorities, fire authorities, police authorities,* o le *authorities* di cui al punto 7 o *Broads Authority* [reg. 3(1)r)];

10. *A National Park authority* istituita con decreto ministeriale (*order*) ai sensi dell'art. 63 dell'*Environment Act 1995* [reg. 3(1)s)];

11. *The Receiver for the Metropolitan Police District* [reg. 3(1)t)].

Si percepisce dunque che il legislatore anglosassone anziché provvedere ad una traduzione letterale delle direttive comunitarie ha preferito sostituire le categorie generali dello «Stato» e degli «enti pubblici», con un elenco di enti suscettibili di rientrare tra gli enti pubblici tradizionali che, ai sensi delle direttive comunitarie, costituiscono parte dello Stato e delle autorità regionali e lo-

cali. Alcuna dottrina (35) ha osservato che le amministrazioni che rientrano in questo elenco rimangono sottoposte alla normativa sugli appalti pubblici, sebbene la loro attività sia totalmente di carattere commerciale: l'esclusione che si applica a certi soggetti commerciali che operano in particolari settori pubblici non trova applicazione con riferimento agli enti sopra elencati. Ciò riflette il tenore medesimo delle direttive le quali si applicano allo Stato e agli enti locali e regionali, a prescindere dalla natura commerciale o industriale della loro attività. Appare comunque molto improbabile che gli enti elencati nella suddetta lista siano interamente commerciali.

### 3.2. Body governed by public law e judicial review.

L'adozione di un elenco chiuso di enti comporta tuttavia che lo scopo delle direttive «appalti» sia raggiunto mediante l'applicazione del concetto di organismo di diritto pubblico. Nel caso del Regno Unito, si tratta di un'operazione di una certa complessità.

Il sistema costituzionale anglosassone vede, infatti, accanto all'amministrazione statale (*the executive*) (36), che risulta costituita da *central e local government*, i quali incarnano lo Stato inteso in senso tradizionale, un repertorio particolarmente numeroso e variegato di «organismi pubblici di frangia» (37), ovvero di «organizzazioni che si collocano al di fuori della sfera del po-

---

(35) S. ARROWSMITH, *The entity coverage of the EC procurement directives and UK regulations: a review in P.P.L.R.*, 2004, 59 ss.

(36) «In realtà non si può parlare di una «singola entità chiamata pubblica amministrazione: esiste invece un numeroso coarcevo di autorità, istituite dalla Corona o con legge dal Parlamento, di cui un centinaio possono ragionevolmente considerarsi autorità centrali e le altre sono enti locali e soprattutto enti pubblici funzionali. Tutte queste autorità esercitano funzioni amministrative in base a poteri conferiti dal Sovrano o dal Parlamento. Ma non esiste nell'ordinamento una singola e comprensiva previsione costituzionale che governi l'azione amministrativa e neppure una previsione generale abilitante che garantisca il potere amministrativo (così il più autorevole costituzionalista inglese contemporaneo Sir IVOR JENNINGS, in *Cabinet Government*, Cambridge, 1959, pp. 90-91). Persino i termini "esecutivo" o "amministrazione" sono extralegali, essendo stati sviluppati ed utilizzati dalla dottrina e dalla prassi ma mai ripresi dalla legge». in S. TROILO, *Il local government britannico*, Padova 1997, p. 14, n. 3.

(37) C.P. GUARINI, *Osservazioni sulla independence delle «autorità indipendenti» nel Regno Unito tra «amministrazione non dipartimentale», governo locale e leadership politica*, in *La Costituzione Britannica - The British Constitution, Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Bari, Giappichelli, 2005.

tere esecutivo ma che sono responsabili per lo svolgimento di funzioni che sono di natura governativa e dipendono finanziariamente dal governo stesso» (38).

La Gran Bretagna presenta, infatti, un numero di «organismi», centrali e locali, pubblici e privati, non direttamente incardinati nella struttura centrale dell'esecutivo (*no departments, no divisions, no branches or directorates of departments*) e neppure elettivi, ma che possono essere ritenuti «articolazioni di un complessivo sistema di governo» (39) — o, come altri preferiscono, della «*machinery of government*» (40) — in quanto investiti, a vario titolo, di un ruolo qualificato nel «*process of government*» (41), che ha comportato per la dottrina anglosassone il sorgere di numerosi problemi classificatori.

L'organizzazione costituzionale anglosassone, infatti, non assicura una chiara corrispondenza tra lo *status* giuridico di un ente e il suo ruolo nello svolgimento di funzioni governative o, più in generale, pubbliche. Nell'esaminare come la normativa nazionale britannica abbia recepito le direttive comunitarie in materia di appalti, dunque, appare importante considerare due aspetti di questo sfasamento tra forma e funzioni giuridiche: in primo luogo, nel Regno Unito non esiste una chiara distinzione tra enti pubblici e privati; in secondo luogo, i poteri pubblici possono essere esercitati da «enti» che sono privi di personalità giuridica.

La confusione tra i concetti di «pubblico» e «privato» è un fenomeno giuridico tipico oltre che della Gran Bretagna e dei Paesi di area anglosassone (es. Stati Uniti), anche di molti Paesi europei (42).

La dottrina britannica, nel tentativo di chiarire i confini tra i due termini, ha concluso che la linea di separazione tra essi è molto sottile e che, talvolta, i due concetti si sovrappongono e

---

(38) A. TORRE, *Dal Board System ai Quangos: le Autorità «indipendenti» in Gran Bretagna*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 1145 ss.

(39) S. CATTANEO, «*Agencies*» e «*Regulation*» nel Regno Unito, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999.

(40) C. HOOD, *Keeping the Centre Small: Explanation of Agency type*, in *Pol. Stud.*, 1978, 30 ss.

(41) C. DESIDERI, *Esplorazioni del governo e degli studiosi britannici nella terra dei quangos*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 191 ss.

(42) Sul punto si veda T. MODEEN e A. ROSAS, *Indirect Public Administration in Fourteen Countries*, Finland, Abo, Abo Akademi Press, 1988; P. BIRKINSHAW, I. HARDEN e N. LEWIS, *Governing by moonlight: the hybrid parts of the State*, London, Unwin Hyman, 1990.

competono tra loro, dipendendo dall'intensità e dal modo in cui si articolano il controllo e il sistema di responsabilità da parte dei poteri pubblici nei confronti dell'attività svolta dai soggetti che ad essi, in qualche modo, risultano legati.

In Gran Bretagna il processo di ibridazione tra pubblico e privato è stato particolarmente semplice a causa dell'ampio grado di libertà costituzionale di cui il Governo britannico gode nello scegliere il tipo di ente cui far svolgere particolari compiti.

Infatti il governo nell'istituire nuovi enti può sia utilizzare strumenti propri del diritto pubblico (leggi ordinarie o Royal Charters), sia allo stesso tempo provvedervi senza formalità particolari allo stesso modo dei cittadini privati e, di conseguenza, istituire Trust o società di persone. Ad esempio l'istituzione di *companies* secondo le norme previste dal *Companies Act* sono viste come un modo alternativo per conferire personalità giuridica a determinati *Non Departmental Public Bodies*. Per possedere la personalità giuridica un ente deve essere, infatti, istituito mediante una procedura — pubblica o privata — che conferisca la capacità giuridica. È tuttavia possibile che alcune funzioni pubbliche siano svolte da enti privi di personalità giuridica. Tali organismi possono essere creati mediante «*a mere answer in the House [of Commons], a memorandum from the minister to himself, a wave of the hand, or whatever else may signify a decision to establish a new body*»(43).

Il fatto che il Governo britannico possa istituire enti pubblici usando meccanismi *extra* giuridici o mutuati dal diritto privato ha inizialmente portato molti a ritenere che la categoria degli «organismi di diritto pubblico» fosse «sconosciuta» nel Regno Unito e che la lista di enti costituenti *bodies governed by public law* contenuta nell'Allegato I alle direttive «appalti» avesse carattere definitivo. Questo approccio tuttavia non risultava condiviso dal Ministero del Tesoro già al tempo della pubblicazione della «Guida alla direttiva forniture 77/62» ed è stato comunque sottoposto a critica. È ormai pacifico in dottrina(44) che lo sviluppo dell'applicazione della *judicial review* come specifico rimedio di di-

---

(43) A. BARKER, *Quangos in Britain*, London, Macmillan, 1982, 7.

(44) I. HARDEN, *Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, 362 ss.; P. CRAIG, *Administrative Law* (5<sup>th</sup> edition), London, Sweet and Maxwell, 2003.



diritto pubblico rende impossibile ritenere che il concetto di «diritto pubblico» non esista nel Regno Unito. Il problema è invece l'individuazione degli enti che possono essere sottoposti mediante tale procedura a sindacato e quelli che ne siano invece esenti. Gli organismi di diritto pubblico, dunque non sarebbero sconosciuti al diritto anglosassone. Il vero problema per la loro individuazione, tuttavia, è dato dal fatto che l'unica cornice concettuale di cui il diritto pubblico anglosassone dispone per individuare gli organismi di diritto pubblico è la sottoposizione o meno a *judicial review*.

In proposito è noto che, seppur l'espressione *judicial review* sia riferibile nei sistemi di *common law* sia alla «*legislation*» sia alla «*administrative action*», l'idea di un sindacato giurisdizionale sulle leggi, abbozzato nel 1610 da Sir Edward Cole nel famoso *Bonham's case*, è rapidamente naufragata nel Regno Unito, con la conseguenza che in tale ordinamento il termine *judicial review* è stato inteso come riferito *tout court* al sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa (45). Di norma, sottoposti alla *judicial review* sono i c.d. *public bodies* ovvero quegli enti per i quali costituzionalmente i Ministri assumono un certo grado di *Parliament accountability*, ovvero di responsabilità verso il Parlamento. Tuttavia, il governo può affidare funzioni pubbliche anche ad enti appartenenti al settore privato e *no-profit*. Sebbene per tali *quasi non-government bodies* i ministri non assumano alcuna forma di responsabilità, la natura pubblica di alcuni di essi è stata stabilita dalle Corti britanniche attraverso la sottoposizione di essi a *judicial review* (46). Tuttavia, nonostante una serie di

---

(45) M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.

(46) Nella dottrina tradizionale, il fondamento del potere giudiziario di *judicial review* è dato dalla «intenzione del legislatore», cosicché, ove l'amministrazione agisce *ultra vires*, le Corti hanno competenza ad annullare l'atto amministrativo. In termini generali in W. WADE-C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 7<sup>a</sup> ed., 1994, gli autori hanno descritto la dottrina dell'*ultra vires* come «*the central principle of administrative law*» senza il quale l'intervento dei giudici resterebbe privo di fondamenti certi. Tuttavia in P. CRAIG, *Ultra Vires and the Foundation of Judicial Review*, in C. FORSYTH (cur.), *Judicial review & The Constitution*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2000, l'autore ritiene che la dottrina dell'*ultra vires* sarebbe in realtà artificiale in quanto incapace di spiegare, ad esempio, il motivo per cui, in alcuni casi, vengano sottoposti al sindacato giurisdizionale enti che non derivano il loro potere dalla legge. Ne consegue che il fondamento del potere di *review* non sarebbe da rinvenire nei costrutti legislativi, ovvero nella c.d. «intenzione del legislatore», bensì sarebbe da trovare, in forma autonoma, nel *common law*. Sul punto vedi anche O. PFERSMANN-G.C. FERONI, *La «Co-*

pronunce giurisprudenziali, permane un certo alone di incertezza circa la possibilità di sottoporre a sindacato giurisdizionale amministrativo un cospicuo numero di enti. Pertanto, bisogna concludere che il criterio della sottoposizione a *judicial review* se è vero che può essere di aiuto nella individuazione di quelli che sono gli organismi di diritto pubblico ai sensi delle *regulations*, è vero anche che può fornire un ausilio solo parziale, visto che, comunque, manca un criterio ben definito in base al quale i *quasi non-government bodies* sono sottoposti al sindacato dei giudici. L'ordinamento anglosassone, di conseguenza, nell'individuare il campo soggettivo di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti deve sempre tenere in considerazione i criteri forniti dalla direttive comunitarie per individuare i c.d. organismi di diritto pubblico.

Va però osservato che le *regulations*, nel recepire il concetto di organismo di diritto pubblico, riprendono solo parzialmente la lettera delle direttive comunitarie: la normativa nazionale britannica infatti non riproduce l'elemento della *legal personality* che compare nelle direttive comunitarie a caratterizzare l'organismo di diritto pubblico, ma include tra le amministrazioni aggiudicatrici sia le «*corporation established*» sia i «*group of individuals appointed to act together*» con questo consentendo di attrarre tra le amministrazioni aggiudicatrici che non rientrano tra le *contracting authorities* elencate nominativamente o per categoria, sia gli enti dotati di personalità giuridica, sia gli enti sprovvisti di tale requisito. Il termine «*corporation*» infatti, di cui sinonimo può essere l'espressione «*corporate body*», indica una «*entity that has legal personality*»<sup>(47)</sup> laddove, invece, l'espressione «*group of individuals*» suggerisce l'idea di un soggetto giuridico composto da persone fisiche (*individuals*) privo di una propria personalità giuridica.

Tale sistema di recepimento appare del tutto appropriato al sistema costituzionale anglosassone nel quale anche gli enti privi

---

stituzione contingente»: a proposito del dibattito sul *judicial review*, in *La Costituzione Britannica - The British Constitution, Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003*, Bari, Giappichelli, 2005.

(47) E.A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law* (5<sup>th</sup> edition), 2003, Oxford University Press, Oxford, voce «*corporation*».

di personalità giuridica svolgono funzioni pubbliche<sup>(48)</sup> e sono, pertanto, sottoposte a *judicial review*.

La tecnica redazionale utilizzata dalle *regulations* britanniche riduce pertanto, l'importanza della personalità giuridica quale requisito necessario, ai sensi delle direttive comunitarie, per l'esistenza di un *body governed by public law*. Il diritto anglosassone mostra così di adottare un'interpretazione estensiva del requisito comunitario della personalità giuridica, intendendolo come riferibile ad ogni forma di soggettività giuridica. Utilizzando questo approccio, tuttavia, il diritto nazionale del Regno Unito restringe il campo di applicazione della normativa in materia di appalti: infatti, gli enti dotati di soggettività giuridica ma sprovvisti di personalità giuridica in senso proprio, non possono essere ricondotti alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici dello «Stato» o degli «enti pubblici territoriali» per il solo fatto di esercitare funzioni pubbliche proprie di questi ultimi, e quindi indipendentemente dalla natura commerciale o industriale dell'attività esercitata, ma possono rientrare nell'ambito soggettivo di applicazione delle direttive comunitarie solo quali organismi di diritto pubblico, unicamente, quindi, ove venga accertata in capo ad essi la sussistenza dell'ulteriore requisito del carattere non industriale o commerciale dell'attività svolta.

L'utilizzazione di un'interpretazione estensiva del requisito comunitario della personalità giuridica viene confermato anche dalla reg. 3(6) di ogni *set of regulations* in materia di appalti, la quale sancisce che:

*where an entity [...] does not have the capacity to enter into a contract, the contracting authority in relation to that entity is a person whose function it is to enter into contracts for that entity*

ovvero,

«allorché un ente non ha la capacità di essere parte in un contratto, l'amministrazione aggiudicatrice in relazione a quel contratto è il soggetto la cui funzione è essere parte nei contratti per quell'ente».

---

(48) Si pensi, per esempio, ai *trusts* che, pur non avendo la personalità giuridica sono spesso utilizzate come forma di partenariato pubblico-privato (*Public Private Partnership* o *PPP*) per la gestione ed erogazione di servizi pubblici. Sul punto si veda AA.VV., *Knight's Guide to Best Value and Public Procurement*, University of Birmingham, 1999.

In altre parole, l'applicazione sostanziale della normativa comunitaria in materia di appalti non dipenderà dalle caratteristiche dell'ente contraente, ma da quelle dell'ente che istituisce la procedura. Il contratto tuttavia dovrà essere concluso da un ente dotato di personalità giuridica in senso stretto.

La disposizione della reg.(3)(6), in sostanza, agisce come correttivo alla adozione di una nozione estensiva di personalità giuridica.

Una delle conseguenze della mancanza del requisito della personalità giuridica in capo ad un soggetto giuridico, infatti, è l'incapacità del soggetto stesso di essere parte in un contratto e, quindi, di essere tratto in giudizio per la violazione delle direttive comunitarie. La reg. 3(6), invece, consente di individuare il soggetto giuridico nei confronti del quale il concorrente in una procedura di aggiudicazione che ritenesse leso il proprio interesse, può far valere la violazione delle direttive comunitarie: questo sarà o l'amministrazione aggiudicatrice che è parte nel contratto ovvero, nel caso in cui la procedura di aggiudicazione non fosse ancora stata completata, quella che sarebbe divenuta l'amministrazione aggiudicatrice per quel contratto (49).

### 3.3. Associations.

Ai sensi delle *regulations* [reg. 3(1)v)] in materia di appalti di lavori, servizi, forniture, la terza categoria di enti cui le medesime si applicano sono le *associations* formate da una o più delle *contracting authorities* elencate nominativamente o per categoria dalle reg. 3(1)(a-t e v) ovvero da organismi di diritto pubblico rientranti nella nozione di cui alla reg. 3(1)(u). La normativa nazionale britannica recepisce così in materia di associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e/o organismi di diritto pubblico la corrispondente norma contenuta nelle direttive «appalti».

Occorre quindi valutare se la ricostruzione effettuata dalla dottrina italiana come pure dall'avvocato La Pergola, secondo i quali l'unico tratto distintivo tra organismo di diritto pubblico ed associazione sarebbe la mancanza in capo alla seconda, del requisito della personalità giuridica — essendo invece comuni ad en-

---

(49) Sul punto S. ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: a Review*, cit., 85.

trambe le suddette entità il requisito dell'influenza pubblica dominante nonché quello del carattere non industriale o commerciale — sia compatibile con l'ordinamento anglosassone.

La dottrina anglosassone osserva infatti che il pensiero sostenuto dall'avvocato generale La Pergola nel menzionato caso *BFI Holding* «*would certainly accord with the aim of the directive in catching those purchasers that are not made subject to commercial pressures*» e «*if that is the case, the concept of an association should be interpreted in the same way limited in the UK regulations*» (50).

La ricostruzione suddetta, tuttavia, poggia, come visto, sull'adozione di una nozione restrittiva del concetto di personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico.

Come visto nel paragrafo precedente, invece, la formula utilizzata dalle *regulations* per recepire la nozione di organismo di diritto pubblico consente di attrarre in tale categoria indistintamente sia le persone giuridiche sia gli enti dotati di soggettività giuridica ma sprovvisti di personalità giuridica.

La possibilità di un *overlap* tra i concetti di «organismo di diritto pubblico» e «associazione di organismi di diritto pubblico» viene, pertanto, considerata dalla dottrina anglosassone la quale osserva che «*under the UK regulations, the provision in reg. 3(1)(u), implementing the directives*» *definition of bodies governed by public law to groups of individuals acting together could be read as covering associations without legal personality where these meet the other conditions (relating to dependency and meeting needs in general interests, etc)*» (51). In sostanza, la dottrina anglosassone osserva che la ricostruzione dell'associazione come ente la cui unica differenza rispetto all'organismo di diritto pubblico è l'essere privo di personalità giuridica, unito al fatto che le *regulations* britanniche, nel recepire il diritto comunitario in materia di appalti, adottino una nozione di organismo di diritto pubblico idonea ad attrarre tutti gli enti dotati di soggettività giuridica, sembra consentire che tutti gli organismi associativi privi della personalità giuridica ma dotati di soggettività giuridica possano essere

---

(50) Sul punto S. ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: a Review*, cit., 83.

(51) Così S. ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: a Review*, cit., 83.

attratti indistintamente nell'una o nell'altra categoria dell'organismo di diritto pubblico o dell'associazione. Essa conclude, tuttavia, che «*a more coherent approach is to regard these bodies as being covered by the provision of associations only*» (52). In altre parole la dottrina anglosassone conclude che un approccio maggiormente coerente con le direttive comunitarie, suggerisce di considerare gli organismi privi di personalità giuridica come rientranti nel concetto di associazione «*if that concept is any way broader than the definition in reg. 3(1)(u) (for example, in that the dependency conditions need not to be met for an entity to be a regulated association)*» (53). L'inclusione degli organismi privi di personalità giuridica nel concetto di «associazioni» si avrebbe, dunque, fornendo di quest'ultima categoria un'interpretazione estensiva che prescindendo dalla necessità che la dipendenza dai pubblici poteri si manifesti nelle forme indicate per gli organismi di diritto pubblico. E del resto viene detto che «*as for the other dependency conditions, they are probably not applicable, but the fact that the entity is "formed by" at least one contracting authority can itself be seen as a type of dependency*». La dottrina anglosassone dunque, individua, l'elemento distintivo tra organismo di diritto pubblico ed associazioni nel fatto che quest'ultimo è legato ai pubblici poteri da una forma di dipendenza più attenuata rispetto a quella richiesta per l'organismo di diritto pubblico.

In altre parole, si conclude che, nel caso del diritto anglosassone, il criterio discrezionale tra la nozione di organismo di diritto pubblico e quella di *association* deve ricercarsi in altro che nella personalità giuridica ovvero nel requisito della dipendenza dai pubblici poteri, il quale, ha carattere forte nel caso degli organismi di diritto pubblico e più debole nel caso delle associazioni. Negli organismi di diritto pubblico, infatti, il requisito della dipendenza deriva dal fatto che l'ente sia finanziato «*wholly or mainly*» cioè totalmente o maggioritariamente da un'altra *contracting authority* ovvero che sia sottoposto alla *management supervision* ovvero all'*appointment* dei suoi membri da parte di quest'ultima; nel caso delle associazioni, invece, la dipendenza è sod-

---

(52) Ancora una volta S. ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: a Review*, cit., 83.

(53) Sul punto S. ARROWSMITH, *The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: a Review*, cit., nota 45.

disfatta dalla semplice partecipazione di una *contracting authority* all'associazione. Ciò consente di attrarre alla categoria delle *associations* anche quegli organismi misti composti in maggioranza da enti privati (es. società prevalentemente private), nonché quegli enti dotati di personalità giuridica che tuttavia non ricadono nel concetto di organismo di diritto pubblico perché privi di un legame di dipendenza con i pubblici poteri qualificabile come «forte», nel senso sopra esplicitato.

La categoria delle associazioni, diversamente da quella degli organismi di diritto pubblico, coprirebbe dunque anche quei soggetti giuridici, che indipendentemente dalla titolarità o meno della personalità giuridica, sono istituiti per soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, ma non soddisfano il requisito della dipendenza dai pubblici poteri secondo le modalità previste per gli organismi di diritto pubblico.

L'ordinamento britannico, dunque, poco sensibile, in materia di appalti, alla questione della personalità giuridica dell'ente si pone in linea con il legislatore comunitario che, come visto in precedenza (54), menziona la personalità giuridica, quale requisito atto a definire la nozione di organismo di diritto pubblico, unicamente per effettuare una separazione concettuale tra quest'ultimo e le categorie originarie di amministrazioni aggiudicatrici (Stato, enti territoriali e loro associazioni) e sposta il baricentro per una distinzione tra organismi di diritto pubblico ed associazioni sul minore o maggiore grado di dipendenza dai pubblici poteri.

A parere di chi scrive, tuttavia, una tale conclusione sul carattere distintivo tra organismo di diritto pubblico e associazione potrebbe essere abbandonata in favore di una soluzione conforme a quella fornita dall'avvocato La Pergola ed adottata pure dalla dottrina italiana, semplicemente ponendo attenzione alla lettera delle *regulations* britanniche.

Queste ultime considerano, come visto, *contracting authorities*, «*a corporation established or a group of individuals acting together*» allorché queste soddisfino gli ulteriori requisiti della natura non industriale o commerciale e della dipendenza dai pubblici poteri.

---

(54) Vedi par. 3.2.

Il concetto di *corporation* suggerisce un ente avente *corporate status* ovvero un soggetto che ha personalità giuridica e rileva come entità a sé, indipendentemente dai soggetti che la compongono, mentre il concetto di «*group of individuals*», evoca l'idea di un'unione di persone fisiche (*individuals*), quindi di un soggetto giuridico che, non avendo la personalità giuridica, non è del tutto distinto rispetto alle persone fisiche che lo compongono. Il concetto di «*associations of one or more of the above [contracting authorities]*», invece, si differenzerebbe dal *group of individuals* per il fatto di riferirsi ad un'unione di enti (che possono indistintamente essere *corporations* a loro volta o *group of individuals*) sprovvista della personalità giuridica.

Dando una lettura della norma aderente al testo letterale delle *regulations* britanniche, dunque, si riesce ad evitare una qualsiasi sovrapposizione di concetti in quanto le associazioni di enti privi di personalità giuridica ricadrebbero nella categoria delle *contracting authorities* come *associations* laddove, invece, quelli dotati di personalità giuridica vi ricadrebbero come *corporations*. Le associazioni di persone partecipate da enti pubblici che, pur prive della personalità giuridica, agiscono per il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e che sono sottoposti all'influenza dei pubblici poteri, invece, rientrerebbero nell'ambito soggettivo di applicazione delle *regulations* britanniche in materia di appalti come *group of individuals*.

Si tratta di una ricostruzione che consente di attrarre alla normativa in materia di appalti alcune particolari modalità organizzative — quali i *boards* o i *trusts* — utilizzate dall'ordinamento inglese per la gestione e la fornitura di servizi pubblici.

Tale impostazione, recuperando il ruolo che nella distinzione tra organismi di diritto pubblico e loro *associations* è riconosciuto alla personalità giuridica, consente quindi non solo il superamento della sovrapposizione, individuata dalla dottrina anglosassone, tra le due categorie, ma riporta la disciplina in materia di organismo di diritto pubblico contenuta nelle *regulations* anglosassoni, in linea con quanto detto dalla dottrina comunitaria e italiana (55).

---

(55) Si vedano le citate conclusioni dell'avvocato generale La Pergola del 19 feb-



Da ultimo, va precisato che, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, le medesime osservazioni sopra effettuate in relazione alla capacità di essere parte in un contratto di quegli organismi di diritto pubblico sprovvisti della personalità giuridica in senso stretto valgono per le associazioni di enti prive della personalità giuridica. Rispetto ad esse, dunque si applicherà la reg.3(6) ai fini di individuare l'ente responsabile per il rispetto degli obblighi derivanti dal contratto di appalto, che potrebbe essere convenuto in giudizio per violazione delle norme comunitarie.

4. ORDINAMENTO ANGLOSASSONE E GESTIONE DI SERVIZI CULTURALI MEDIANTE ENTI PRIVI DI PERSONALITÀ GIURIDICA. POSSIBILI INFLUENZE SULL'ORDINAMENTO ITALIANO E SUL CONCETTO DI ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO?

In virtù della menzionata influenza reciproca tra ordinamento nazionale e comunitario, l'utilizzazione del metodo comparativo per lo studio della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, consente di trarre dalle formule utilizzate dai legislatori nazionali per dare attuazione a tale normativa, conferme e chiarimenti circa il significato da attribuire ai requisiti costitutivi dell'organismo di diritto pubblico e, più in generale, circa l'estensione del campo soggettivo di applicazione della normativa comunitaria.

La tecnica di recepimento utilizzata dal legislatore anglosassone, in particolare, consente di chiarire il significato del requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico ed i rapporti tra quest'ultimo e l'ulteriore categoria di amministrazioni aggiudicatrici costituita dalle associazioni.

Le *regulations* anglosassoni, infatti, adottano una formulazione della nozione di organismo di diritto pubblico che non fa menzione specifica del requisito della *legal personality*, ma che è idonea ad attrarre sia enti dotati di personalità giuridica (*corporations*), sia soggetti giuridici privi di tale requisito (*groups of individuals*).

Questo elemento può costituire un ulteriore indizio, utile a rafforzare la posizione di quella dottrina che, in assenza di qual-

---

braio 1998, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden contro BFI Holding BV*, C-360/90, punti 41 e 42 e quanto detto *infra* al Cap. II, par. 3.2.

siasi indicazione da parte della giurisprudenza comunitaria, ritiene che il requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico si risolva in ogni forma di soggettività giuridica riconosciuta negli ordinamenti degli Stati membri.

Tuttavia, da un confronto tra l'ordinamento italiano e anglosassone si deduce che la determinazione del requisito della personalità giuridica è questione che fino ad ora è stata lasciata agli ordinamenti nazionali. Infatti, mentre le *regulations* ai fini della sussistenza dell'organismo di diritto pubblico, ritengono irrilevante la titolarità in capo ad un ente della *legal personality*, spostando così l'indagine sui requisiti del carattere non industriale o commerciale e dell'influenza pubblica, il secondo adotta un'interpretazione della personalità giuridica che impedisce di ricondurre all'organismo di diritto pubblico i soggetti giuridici privi di tale requisito.

Da tale diversità nel recepimento della normativa comunitaria deriva, però, anche la possibilità di un diverso ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di appalti negli Stati membri.

La questione della personalità giuridica, infatti, incide anche sulla definizione del rapporto tra organismo di diritto pubblico e associazioni di amministrazioni aggiudicatrici le quali, come visto (56) sembrerebbero avere la funzione di attrarre alle procedure dell'evidenza pubblica i fenomeni associativi pubblici, privi della personalità giuridica.

Stante tale funzione della categoria delle associazioni di amministrazioni aggiudicatrici o di organismi di diritto pubblico e la lettera della normativa nazionale, per l'ordinamento italiano il rapporto tra organismo di diritto pubblico e associazione si articola nel senso che quest'ultima presenta tutti i requisiti dell'organismo di diritto pubblico ad eccezione della personalità giuridica, cosicché le associazioni di enti, pubbliche o private, che sono riconosciute come persone giuridiche, rimangono attratte alla categoria dell'organismo di diritto pubblico. Più articolata e complessa è, invece, la relazione tra tali due categorie di amministrazioni aggiudicatrici secondo l'ordinamento anglosassone. Seguendo un'interpretazione aderente al dettato letterale della

---

(56) Vedi *supra* par. 2.2.

normativa, infatti, risulta che mentre le associazioni di enti rimangono sottoposte alle norme dell'evidenza pubblica come associazioni di amministrazioni aggiudicatrici allorché prive della personalità giuridica, alla categoria dell'organismo di diritto pubblico possono essere attratti sia le associazioni di enti che abbiano *corporate status*, sia le unioni di individui ovvero gli enti collettivi di diritto civile che, indipendentemente dal possedere carattere associativo o meno, sono privi della personalità giuridica.

Differentemente, invece, per l'ordinamento italiano, degli enti privi della personalità giuridica, solo gli enti collettivi di diritto pubblico (associazioni di enti) rimangono sottoposti alle procedure dell'evidenza pubblica; gli enti collettivi di diritto privato, invece, rimangono ad esse sottratte.

La conferma proveniente dal diritto anglosassone che a livello comunitario il requisito della personalità giuridica debba essere inteso come mera soggettività giuridica lascia dunque potenzialmente aperta la strada a che nell'ordinamento nazionale italiano venga riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico anche a soggetti giuridici privi della personalità. Ciò, tuttavia, imporrebbe un coordinamento con la categoria delle associazioni di amministrazioni aggiudicatrici o di organismi di diritto pubblico. A livello di ordinamento nazionale italiano, dunque, la categoria dell'organismo di diritto pubblico verrebbe così ad attrarre sia le persone giuridiche sia i meri soggetti giuridici sprovvisti della personalità giuridica che neppure possono qualificarsi come associazioni di amministrazioni aggiudicatrici o di organismi di diritto pubblico, poiché le amministrazioni aggiudicatrici che li compongono sono legate da un rapporto che non è di tipo associativo o che, pur essendo di tipo associativo, non ha natura pubblica.

Adottando una tale impostazione a livello di ordinamento nazionale italiano, dunque, conseguenze si potrebbero produrre in particolare in relazione agli enti di diritto privato, associazioni e fondazioni che, in base a recenti norme, possono essere «costituite o partecipate» da enti locali, per la gestione di servizi culturali e del tempo libero (57).

---

(57) Il riferimento, qui, non è ai modelli di diritto speciale, costituiti con atti aventi forza e valore di legge, che operano in campo culturale tramite configurazioni organizzative in parte simili — e comunque mai eguali — a quella di partecipazione. La

La prima comparsa nell'ordinamento italiano di associazioni e fondazioni di diritto privato quali possibili modalità di gestione dei servizi culturali si fa risalire al decreto legislativo 20 ottobre 368/1998 il quale, nell'istituire il Ministero per i beni e le attività culturali, all'art. 10 dispone che «il ministero ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale [...] può costituire e partecipare», oltre che a società, anche ad associazioni e fondazioni. La capacità di costituire o partecipare ad associazioni e fondazioni per la gestione dei servizi culturali e del tempo libero, è stata successivamente estesa anche agli enti locali, dal comma 4 dell'art. 113-*bis*, inserito nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali dall'art. 35 della legge finanziaria del 2002. Nonostante l'art. 113-*bis* sia stato di recente dichiarato incostituzionale dalla sentenza 272/04 perché violativo dei principi della concorrenza, la possibilità per gli enti pubblici di costituire o partecipare ad associazioni e fondazioni è fatta salva dall'art. 115 del Codice dei beni culturali, che nel disporre che le attività di valorizzazione dei beni culturali ad iniziativa pubblica possono essere gestite anche in forma indiretta «tramite affidamento diretto (58) a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali costituite o partecipate», riprende l'abrogata disposizione di cui al citato art. 113-*bis* Tuel.

La norme che consentono agli enti locali di costituire o partecipare ad associazioni e fondazioni vengono normalmente lette nel senso che l'ente può non solo costituire da sé ma anche partecipare con altri a costituire, aderendo al sottostante negozio, una associazione od una fondazione.

Tali disposizioni relative alla possibilità degli enti locali di costituire o partecipare alla costituzione degli enti di cui al libro I

---

partecipazione ad essi di enti pubblici, infatti, è da tempo ammessa. Si pensi, ad esempio, alle fondazioni ex bancarie a sostegno di arte e cultura per una trattazione delle quali si rimanda a G. ENDRICI, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 1/2001 in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/1/endrici.htm>.

(58) Perché l'affidamento diretto sia legittimo e qualificabile come affidamento *in house* è tuttavia necessario che siano rispettati i requisiti dell'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo nei confronti dell'ente destinatario analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e della realizzazione da parte di tale soggetto giuridico della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano.

del codice civile, tuttavia, necessitano di essere coordinate con l'attuale contenuto normativo del concetto di persona giuridica.

Come noto, la personalità giuridica viene acquisita a seguito dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture e tenuto sotto la diretta sorveglianza del prefetto, secondo il procedimento amministrativo, ora semplificato, contenuto nel d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 («Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto»). È opinione comune, invece, che della soggettività giuridica l'ente sia provvisto già antecedentemente all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche e pure in assenza della medesima, almeno per quanto riguarda le associazioni.

La concezione delle associazioni non riconosciute come mera «pluralità di soggetti in comunione di diritti» risale ormai a tempi lontani in cui veniva riconosciuto che «solo la forza normativa dello Stato può creare nuove unità giuridiche, nuove grandezze del mondo giuridico» (59). A seguito di una lunga vicenda dottrinale, giurisprudenziale (60) e legislativa (61), le associazioni non riconosciute, salvo che per i profili della responsabilità patrimoniale, sono ormai state parificate a quelle fornite di riconoscimento, cosicché il riconoscimento di un'associazione come persona giuridica sembra «sia oramai spoglio di peculiari contenuti normativi e non abbia che un limitato valore classificatorio, aggiungendo ben poco in termini di disciplina» (62). La residua differenza sussistente tra associazioni riconosciute e associazioni non riconosciute sta unicamente nel fatto che mentre per le prime sus-

---

(59) F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, con note di F. FERRARA JR., Torino, Utet, 1958.

(60) F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1976; ID., *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 1996, 88 ss. e, ivi, riferimenti giurisprudenziali.

(61) Il regime degli acquisti delle associazioni riconosciute e non è stato equiparato con l'abrogazione dapprima dell'art. 17 c.c. (da parte dell'art. 13 della legge 15 marzo 1997, n. 127) e successivamente degli artt. 600 e 786 c.c. (mediante le integrazioni e gli emendamenti apportati al citato art. 14 della legge n. 127/1997 ad opera dell'art. 1 della legge 22 giugno 2000, n. 192).

(62) M. VITA DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 83 ss. Che la disciplina prevista per gli enti dotati di riconoscimento si estenda anche a quelli che ne sono privi è ammesso anche da FUSARO, *La riforma del diritto delle associazioni*, in *Giur. it.*, 2000, 2427.

siste il regime della irresponsabilità degli amministratori per le obbligazioni assunte, le seconde rimangono sottoposte ai principi di diritto comune che prevedono che coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione rimangono responsabili per le obbligazioni da essa assunte, con il proprio patrimonio.

Ora, sebbene la possibilità di un ente pubblico di farsi socio di associazioni riconosciute sia stata da tempo risolta in senso positivo (63), alcuni autori escludono tale possibilità con riferimento alle associazioni non riconosciute «per una questione di responsabilità certamente non sussumibile da un ente pubblico» (64). È pur vero, tuttavia, che le differenze circa la responsabilità degli amministratori tra associazioni riconosciute e non riconosciute, tuttavia, trova attenuazione nella legge n. 383/2000 che dispone per tutte le associazioni di promozione sociale, indipendentemente dal riconoscimento, la responsabilità sussidiaria degli amministratori (art. 6, comma 2). L'ente riconosciuto che rientri nella previsione della legge, dunque, si vede privato dell'unico privilegio acquisito chiedendo il riconoscimento.

Essendosi create, dunque, nell'ordinamento disarmonie per cui l'attribuzione della personalità giuridica non assolve più il fine di contrapporre gli enti-soggetti di diritto a forme di comunione prive di soggettività, ma semmai quello di costituire un «sistema di tempestiva comunicazione globale», atto a «tutelare le esigenze di informazione dei terzi che abbiano a che fare con l'ente, e con la comunità in generale» (65), rimane da domandarsi per quale motivo la partecipazione di un ente pubblico per la gestione di servizi culturali non possa esplicitarsi anche con riferimento ad una associazione non riconosciuta. Tanto più che le medesime esigenze di pubblicità assolte dal registro delle persone giuridiche sono, nel caso delle associazioni non riconosciute, spesso assolte dall'iscrizione in appositi registri che le leggi speciali richiedono per godere di particolari benefici, quali

---

(63) R. FERRARA, *Brevi note sul potere degli enti pubblici di costituire associazioni di diritto privato*, in *Foro it.*, 1980, III, 189 ss.

(64) G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 3/2000 in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2000/3/franchi.htm>.

(65) M. VITA DE GIORGI, *La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, cit.

sgravi fiscali e possibilità di stipulare convenzioni con il settore pubblico.

Le osservazioni riportate, dunque, consentono un'apertura nel senso di vedere un ente locale affidare la gestione di un proprio servizio culturale aderendo come socio ad un'associazione non riconosciuta e mantenendo compiti di gestione con riferimento al suddetto servizio.

Ridimensionato il concetto di personalità giuridica a mera soggettività giuridica, ben potrebbe essere dunque che in tale situazione l'associazione non riconosciuta, soddisfacendo un interesse di carattere non industriale o commerciale quale il servizio culturale, si presti a rientrare nella categoria degli organismi di diritto pubblico, a seconda che il controllo gestionale esercitato dall'ente locale su di essa sia sufficientemente pregnante da giustificarne una tale qualificazione.

Le norme che consentono la possibilità per gli enti locali di costituire o partecipare ad associazioni e fondazioni, tuttavia, impongono di effettuare alcune osservazioni anche in merito a quella modalità gestionale dei servizi culturali conosciuta come fondazione di partecipazione, che in tali disposizioni troverebbe riconoscimento esplicito.

Seconda alcuna dottrina, la fondazione di partecipazione, senza essere né associazione né fondazione combina l'elemento tipico dell'una, ovvero l'aggregazione di più persone per la soddisfazione di uno scopo comune *interno* ai loro interessi, con quello dell'altra ovvero la destinazione di un patrimonio alla soddisfazione della volontà *esterna* del fondatore (66), così configurando un *tertium genus* di ente collettivo, tra quelli di cui al libro I del codice civile.

In altre parole, «se l'elemento che caratterizza l'associazione è dato dall'aggregazione di più persone per la soddisfazione di uno scopo comune *interno* ai loro interessi, mentre quello che caratterizza la fondazione consiste viceversa nella destinazione di un patrimonio alla soddisfazione della volontà *esterna* del fondatore, ecco che la fondazione di partecipazione ammetterebbe di

---

(66) E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze 1998, 63-64, ove viene posta in luce l'idoneità delle fondazioni di partecipazione di realizzare «un'equilibrata sintesi dell'elemento personale, proprio delle associazioni, e dell'elemento patrimoniale, tipicamente presente nelle fondazioni».

associare più fondatori per la gestione di un patrimonio che rimane loro collettivamente proprio (nella loro disponibilità) e, suo tramite, altresì soddisfare uno scopo di pubblica utilità che non è più ad essi esterno, in quanto cristallizzato nella volontà del fondatore, bensì continuamente aggiornabile in relazione a ciò che concretamente richiede la valorizzazione del patrimonio secondo la volontà dell'organo che lo amministra»; ferma restando invece «la finalità non lucrativa e dunque la sua incapacità di distribuire utili», salvo l'eventuale lucro oggettivo (67).

Il fondamento giuridico della fondazione di partecipazione viene rinvenuto nell'*ex* art. 12 c.c. ora abrogato e recepito dall'art. 1 del d.p.r. n. 361/2000, il quale, contemplando la possibilità che la personalità giuridica venga riconosciuta, oltre che alle associazioni e fondazioni anche alle «altre istituzioni di carattere privato», ritiene ammissibile l'individuazione di un terzo ed ulteriore modello di ente collettivo, accanto ai due modelli tipici dell'associazione e della fondazione. Dall'art. 12 c.c. deriva pure — e ciò rileva ai nostri fini — che anche tale terzo modello di ente collettivo di diritto privato, la fondazione di partecipazione, appunto, possa operare senza avere ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica. Tale elemento sembra confermato anche dal dato letterale del diritto positivo che impone espressamente la costituzione o la partecipazione in «fondazioni aventi la personalità giuridica di diritto privato», solo con riferimento al Ministero dei beni culturali, e non anche per gli enti locali (68). Sussisterebbe, quindi, la possibilità che un ente locale affidi la gestione delle attività culturali e del tempo libero di sua competenza, quindi di attività di interesse generale e di tipo non commerciale, ad un ente collettivo privato non riconosciuto, mantenendo la possibilità, in base a quelle che sono le disposizioni statutarie, di inserirsi nella gestione del medesimo anche con un contributo minimo in termini di capitali investiti. Il fatto che la fondazione di partecipazione coniughi l'elemento personale dell'associazione con quello patrimoniale proprio delle fondazioni, consente ai fondatori, pubblici e privati, che conferiscono il patrimonio, di ammini-

---

(67) Si tratta della definizione di fondazioni di partecipazione fornita da G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, cit.

(68) Art. 1, d.m. 27 novembre 2001, n. 491.



strarlo con le prerogative dei componenti dell'associazione. Il requisito dell'influenza dominante che rileva ai fini della individuazione dell'organismo di diritto pubblico, potrebbe così essere soddisfatto ove l'ente pubblico esercitasse sulla fondazione un controllo dominante di tipo gestionale ovvero strutturale (quest'ultima ipotesi sussisterebbe, ovviamente, se il numero degli amministratori fosse, per più della metà, designato dall'ente locale). Tuttavia vi è anche la possibilità di configurare un'influenza pubblica dominante di tipo finanziario. È stato, infatti, osservato che, sebbene il modello di fondazione di partecipazione consente all'ente pubblico di partecipare con un apporto patrimoniale minimo, è pur vero che il patrimonio conferito deve risultare sufficientemente adeguato a consentire di trarne una rendita finanziaria idonea a conseguire lo scopo fondazionale. Si è quindi ipotizzato che nel caso in cui l'apporto patrimoniale dei fondatori pubblici o privati non fosse sufficiente a pagare la gestione dei servizi culturali, alcune spese fisse (personale, utenze e manutenzione), resterebbero a carico dell'ente locale: il patrimonio fondazionale verrebbe così ad essere costituito in parte preponderante da trasferimenti correnti di carattere pubblico<sup>(69)</sup>, così integrando il requisito dell'influenza pubblica dominante di tipo finanziario.

Se la ricostruzione delle fondazioni di partecipazione nel senso prospettato fosse valida, un'interpretazione in senso restrittivo del requisito della personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico porterebbe ad intrappolare nelle maglie delle procedure dell'evidenza pubblica solo le fondazioni che abbiano ottenuto il riconoscimento come persone giuridiche. Le fondazioni di partecipazione prive della personalità giuridica, non potendosi ric collegare alla categoria delle associazioni di amministrazioni aggiudicatrici poiché il vincolo che lega gli enti che le compongono non può qualificarsi come pienamente associativo, sottrarrebbero così un'area dell'attività degli enti locali alla normativa in materia di appalti.

I detrattori della tesi che configura la fondazione di partecipazione come una nuova distinta tipologia di persona collettiva

---

(69) G. FRANCHI SCARSELLI, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 1/2002 in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2002/1/franchi.htm#nota1>.

non commerciale, tuttavia, ritengono che essa non abbia ancora ricevuto consacrazione né nell'ordinamento privato, né nell'ordinamento pubblico. Argomenti utilizzati in questo senso sono stati sia il fatto che l'abrogazione dell'art. 12 c.c. e il trasferimento dell'espressione «altre persone giuridiche private» in una fonte secondaria (il d.p.r. n. 361/2000), rende più flebile la sua capacità di innovare l'ordinamento, sia il fatto che anche il Consiglio di Stato abbia, con un recente parere (70), sostenuto che «il modello può essere solo quello dell'associazione o della fondazione» e che, di conseguenza, l'espressione di cui all'art. 12 vada riferita alla possibilità di riconoscimento dei comitati. In altre parole, secondo tale impostazione, la fondazione di partecipazione altro non sarebbe che un tipo evolutivo di fondazione tipica cui gli enti locali possono «partecipare» in qualità di fondatori» (71).

Tuttavia, conseguenze importanti in relazione allo studio che fino a qui è stato condotto si producono anche aderendo a tale ipotesi che rifiuta che, anche a seguito delle recenti riforme, il modello della fondazione di partecipazione abbia fatto ingresso nel nostro ordinamento come *tertium genus* di ente collettivo, tra quelli indicati dal libro I del codice civile.

Va infatti osservato che in merito al modello fondazionale tipico, non si è ancora esaurito il dibattito circa la possibilità di

---

(70) Cons. Stato, Comm. spec., parere 20 dicembre 2000, n. 288/2000, in *Cons. Stato*, 2001, n. 2, I, 490 ove viene ammesso che «i fondatori ben possono essere una pluralità di soggetti» e che, tuttavia, gli eventuali apporti successivi «non possono mai comportare una modifica dei soggetti fondatori». A ciò osta, infatti, la lettera del codice laddove tutela la volontà dei fondatori originari nonché «la natura stessa della fondazione che, una volta divenuta "patrimonio" riconosciuto, si distacca dall'elemento personalistico che ne ha determinato nascita e che, rispetto ad essa, diviene un fatto storico immutabile di cui è solo possibile una diversa modulazione gestoria». Sebbene i giudici di Palazzo Spada ammettano che «i fondatori ben possono [...] prevedere che ingenti apporti patrimoniali o di lavoro o di volontariato successivi alla nascita dell'ente attribuiscono a coloro che li forniscono taluni poteri, nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, anche ai fini del rinnovo degli organi di amministrazione [...]», ciò trova limite nell'ipotesi di «dare vita ad enti diversi, nei quali l'elemento personalistico e quello patrimoniale confluiscono in un *genus* diverso sia dall'associazione che dalla fondazione[...]» così componendo una prospettiva per la quale «sarebbe necessario un intervento del Legislatore che disciplinasse i vari risvolti della nuova tipologia sotto i diversi profili della modificabilità degli scopi della fondazione, dei diritti degli associati, delle responsabilità degli amministratori nei loro confronti, della vigilanza dell'autorità governativa e della partecipazione ad essi di enti e amministrazioni pubbliche conseguendosi, com'è agevole intuire, l'inserzione nel nostro ordinamento di entità presenti in altri ordinamenti ma del tutto estranei allo stato alla nostra tradizione giuridica».

(71) G. FRANCHI SCARSELLI, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, cit.

costituire fondazioni prive di personalità giuridica, dette anche fondazioni fiduciarie (72).

Nel caso della costituzione di una fondazione tipica da parte dell'ente locale, realizzandosi al momento del conferimento un distacco tra la volontà del fondatore e quella degli amministratori, l'ente locale-fondatore, una volta effettuato il conferimento patrimoniale, dovrebbe rinunciare alla gestione dell'attività culturale affidata alla fondazione medesima.

Pur lasciando i dovuti approfondimenti sul punto alla dottrina civilistica, vale la pena di ricordare che sebbene alcuni autori ritengono la tipologia delle fondazioni fiduciarie incompatibile ad un sistema di diritto amministrativo (73), la ricostruzione offerta da GALGANO secondo cui «la fondazione autonoma e la fondazione non riconosciuta non sono [...] figure tra loro strutturalmente diverse», ma si differenziano per il fatto che «la fondazione non autonoma non ha una propria organizzazione ma si avvale dell'organizzazione di un ente preesistente», non appare

---

(72) Sul punto si osservi che la dottrina prevalente ritiene che, mentre le associazioni possono essere soggetti di diritti anche senza avere la personalità giuridica, per le fondazioni l'acquisto della personalità giuridica, conferita con il riconoscimento, coincide con lo stesso essere soggetti di diritto, dal momento che non sono ammissibili fondazioni non riconosciute quali autonomi centri di imputazione e di situazioni giuridiche soggettive. In questo senso si veda, fra gli altri, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano 1957, 308; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano 1990, 324; D. BARRILLARO, *Lasciti per enti da fondare ed art. 600 c.c.*, in *Studi per Del Giudice*, Milano 1953, 48; U. ROMAGNOLI, *Natura giuridica dei fondi di previdenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, I, 864; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1955, 66. Secondo F. GRECO, *le fondazioni non riconosciute*, Milano 1980, 4 e R. RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli 1971, 44 ss., la scelta del legislatore di non disciplinare, e con ciò non ammettere, le fondazioni non riconosciute, deriverebbe dal «ripudio» per i vincoli unilaterali sui beni, istituiti con carattere di perpetuità ed al di fuori di ogni forma di controllo. Altra dottrina, invece, ritiene ammissibile la figura della fondazione di fatto o della fondazione non riconosciuta, ricorrendo allo schema della fondazione fiduciaria (in questo senso si veda F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna-Roma 1969) e, soprattutto, facendo leva sulle disposizioni di cui agli artt. 39-42 c.c., relative ai comitati. In questi ultimi, infatti, si ritiene ravvisabile la disciplina della fondazione non riconosciuta, con la peculiarità rappresentata dal fatto che, mentre la costituzione della fondazione si caratterizza normalmente in virtù di un unico atto unilaterale del fondatore, il comitato viene costituito per pubblica sottoscrizione. F. GALGANO, *op. cit.*, 398 e G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano 1997, 127 ss. e Cass. 23 giugno 1994, n. 6032, in *Riv. not.*, 1995, 922, concludono di conseguenza che, una volta ottenuto il riconoscimento, la fondazione — la cui costituzione è preceduta dall'attività di un collegio promotore, e cioè il comitato — potrà mantenere i diritti acquistati e le obbligazioni assunte prima di tale momento, con ciò dovendosi necessariamente negare quel valore costitutivo al riconoscimento. Ad analoghe conclusioni perviene R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 32 ss. ravvisando nella soggettività l' idoneità di essere titolari di diritti e di doveri.

(73) G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, cit.

del tutto incompatibile con la previsione della capacità di un ente pubblico di «partecipare» ad una fondazione. Tale previsione normativa, come visto, viene di norma interpretata nel senso che l'ente pubblico possa concorrere con altri a costituire, aderendo al sottostante negozio, ad una fondazione tipica. La norma, quindi, si presta ad essere interpretata nel senso di autorizzare gli enti locali ad aderire a fondazioni già costituite non solo nella meno impegnativa qualità di soggetti che si vincolano, sulla base di un atto convenzionale, a partecipare alle sue attività, affidandogli, per un tempo determinato, la gestione di propri servizi, ma anche assumendo la veste formale di fondatori. Secondo certa dottrina, una tale diversa lettura comporterebbe la necessità di valutare la legittimità di modifiche, volte a variare la compagine del o dei soggetti originari ad altri disponibili in un secondo tempo, le quali, benché ammesse nella prassi, vengono rifiutate dal Consiglio di Stato. Tuttavia, con un leggero azzardo, è possibile leggere la disposizione nel senso, ulteriormente diverso, di consentire la costituzione di una fondazione fiduciaria ovvero priva di personalità giuridica per la gestione di servizi culturali.

La fondazione fiduciaria non implicherebbe l'istituzione di una nuova persona giuridica, ma si risolverebbe in «una disposizione modale mediante la quale il fondatore trasferisce beni ad un soggetto preesistente, di regola una persona giuridica, con l'onere di impiegarli per il perseguimento di un determinato scopo». Tale disposizione modale sarebbe comunque caratterizzata «da un onere destinato a gravare in perpetuo sulla proprietà, in qualsiasi mani essa passi». I beni conferiti per l'adempimento dell'onere morale, dunque non entrerebbero nella proprietà dell'ente in favore del quale è stato disposto il conferimento, ma formerebbero il patrimonio di un ulteriore soggetto di diritto del quale l'ente è solo organo amministrativo.

Nel campo della gestione dei servizi culturali, dunque, la norma che consente che gli enti pubblici possono partecipare a fondazioni di diritto privato può essere letta nel senso che l'ente locale subentra in una fondazione già costituita in qualità di fondatore non della medesima, bensì di un nuovo soggetto giuridico. Tale lettura, dunque, risolverebbe il problema della legittimità di modifiche successive all'elenco originario dei soggetti fondatori. Tali modifiche non si renderebbero, infatti, necessarie, poiché il conferimento effettuato nei confronti della fondazione già esi-

stente diventerebbe un vero e proprio atto di fondazione con il quale viene formato un nuovo soggetto di diritto, la fondazione di partecipazione-fondazione fiduciaria, appunto, della quale la fondazione ad essa preesistente costituisce solo l'organo amministrativo. La possibilità di fondazioni senza personalità giuridica per la gestione dei servizi culturali, del resto, sembra trovare ammissione nel fatto che l'ordinamento prevede solo per il Ministero per i beni e le attività culturali, di costituire fondazioni aventi personalità giuridica di diritto privato ovvero di parteciparvi (74).

La fondazione senza personalità giuridica, inoltre, è compatibile con la sottoposizione ad un vincolo perpetuo del patrimonio conferito. Conferme in questo senso si troverebbero nella disciplina da applicarsi al conferimento effettuato dall'ente pubblico nel caso di estinzione della fondazione «partecipata». Il dettato normativo, infatti, prescrive solo per il Ministero dei beni culturali di partecipare al patrimonio fondazionale «mediante il conferimento — in uso e non in proprietà — dei beni culturali che ha in consegna», i quali, in caso di estinzione della fondazione sono destinati a rientrare nella disponibilità ministeriale (75). Gli altri enti pubblici, così come i fondatori privati, possono partecipare alle fondazioni conferendo beni culturali ovvero risorse finanziarie la cui sorte, in caso di estinzione della fondazione stessa, è rimessa ad apposite previsioni statutarie, in mancanza delle quali è ritenuto applicabile il codice civile. La norma di riferimento, in particolare, sarebbe l'art. 31 c.c. che prevede che l'autorità governativa possa disporre la loro devoluzione ad altri enti che hanno fini analoghi.

Proprio il riferimento all'art. 31 che alcuna dottrina (76) ritiene essere l'articolo nel quale il modello della fondazione fiduciaria trova indirettamente riconoscimento, consente di affiancare le fondazioni di partecipazione al *charitable trust* di tipo anglosassone che costituisce una variante del più generale modello del *trust*. Quest'ultimo presuppone «il trasferimento di beni o diritti dal disponente al *trustee*, accompagnato da un accordo — contemporaneo o successivo — affinché essi siano gestiti ed amministrati tra le parti, in funzione della loro attribuzione finale ai beneficiari o del perseguimento di uno scopo determinato. I beni e i

(74) Art. 1, d.m. 27 novembre 2001, n. 491.

(75) Art. 2, comma 1 e 3, d.m. 27 novembre 2001, cit.

(76) Si veda F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 79.

diritti escono così dal patrimonio del disponente per entrare in quello del *trustee*, costituendo, però, un patrimonio separato da quello personale di quest'ultimo. Il *charitable trust* derogherebbe al criterio generale per cui il *trust* debba avere uno o più beneficiari identificati o identificabili e non possa essere istituito, in linea di principio, per il perseguimento di finalità patriottiche o filantropiche o di pubblica utilità, poiché, in tal caso, mancherebbe un soggetto legittimato a pretendere l'esecuzione del *trust*. Inoltre, a differenza del *trust* ordinario che è sottoposto a limiti di durata ed è nullo se manca la certezza dello scopo, il *charitable trust* è valido anche se lo scopo è imperfettamente inespresso e non è soggetto a limiti di durata, potendo potenzialmente durare in eterno (77). Nel *charitable trust* è, infatti, sufficiente «*a general charitable intention*» perché esso sopravviva. Di conseguenza, se la destinazione di un *trust* è originariamente o diviene successivamente impossibile, si applica il canone interpretativo del *cy-pres* in base al quale, il giudice ha il potere di devolvere i beni ad uno scopo che sia quanto più è possibile vicino alla volontà originaria del costituente, modificandone in tal senso l'atto costitutivo.

Quest'ultimo elemento, così come le finalità perseguite dal *charitable trust*, mostrano analogie con la figura della fondazione partecipata da enti locali difficili da ignorarsi e tali da non far ritenere inverosimile che il legislatore italiano, introducendo una figura di fondazione aperta alla partecipazione degli enti pubblici abbia voluto introdurre una modalità gestionale dei servizi culturali analoga a quella diffusa in Gran Bretagna. Se così fosse, la circostanza che la maggior parte dei *charitable trust* sia sprovvisto della personalità giuridica deve ulteriormente portare a riflettere circa il fatto che la fondazione di partecipazione possa costituire, sul modello anglosassone, una fondazione atipica, in quanto priva del riconoscimento della personalità giuridica, e sulla possibilità ed i modi di una sua sottoposizione alle norme dell'evienza pubblica.

---

(77) Per un'analisi del *trust* ordinario e della sua sottospecie particolare rappresentata dal *charitable trust* si veda C. CARDINALE, *Il trust e l'ordinamento italiano* in A. MIRANDA (a cura di), *La tutela privatistica dei beni ambientali e culturali tra prescrizione e cooperazione. Modello inglese e prospettive italiane*, Cedam, Padova 2004, 60 ss.; A. TRAINITO, *La natura giuridica del National Trust. Il charitable trust* in A. MIRANDA (a cura di), *La tutela privatistica dei beni ambientali e culturali tra prescrizione e cooperazione. Modello inglese e prospettive italiane*, Cedam, Padova 2004, 71 ss.

## 5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Alla luce delle osservazioni sin qui esposte è quindi legittimo ritenere che, al di là della effettiva possibilità di riscontrare nella fondazione di partecipazione una forma di fondazione fiduciaria od un *tertium genus* di ente collettivo di diritto privato, forme per la gestione di servizi culturali simili a quelle già diffuse da tempo in altri Stati europei trovino ben presto riconoscimento anche in Italia.

Di conseguenza, lo scambio di istituti e figure giuridiche che si manifesta come parte dell'integrazione amministrativa a livello europeo, unito al fenomeno nazionale della perdita di importanza del riconoscimento della personalità giuridica come modo di acquisizione della soggettività giuridica, potrebbe, in un futuro non troppo lontano, portare anche l'ordinamento italiano ad affidare, sul modello del *charitable trust* anglosassone, la gestione dei propri servizi culturali a soggetti giuridici non riconosciuti che tuttavia neppure possono inquadrarsi *prima facie* tra i fenomeni associativi pubblici. Se questa sarà, come si crede, la futura evoluzione, è pertanto necessario adottare una nozione di personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico di tipo estensivo, al fine di evitare la creazione di zone d'ombra nell'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici, che consentano agli enti pubblici di sottrarsi alle regole della concorrenza affidando la gestione della propria attività ad enti che, in quanto privi della personalità giuridica, non possono essere ricondotti alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, ma neppure possono essere fatti rientrare tra le associazioni di enti/amministrazioni aggiudicatrici perché presentano un vincolo associativo non di tipo pubblico, bensì prevalentemente privato.

Questa conclusione permette anche un'osservazione di tipo sistematico.

Si può, infatti, osservare che la ricostruzione del concetto di personalità giuridica dell'organismo di diritto pubblico nei termini sopra esposti e la conseguente maggiore precisazione del ruolo e del concetto di associazione di amministrazioni aggiudicatrici/organismi di diritto pubblico porta a ridimensionare l'affermazione della dottrina secondo cui le classificazioni di enti interne agli ordinamenti nazionali sono irrilevanti per il diritto comunitario. L'affermazione può essere vera, infatti, solo con riferimento al-

---

l'organismo di diritto pubblico nel senso che, accolta un'interpretazione estensiva del concetto di personalità giuridica, esso si presta ad attrarre gli enti che presentano i requisiti dell'essere istituiti per il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e di essere dipendenti dai pubblici poteri, indipendentemente dal fatto che essi siano, secondo le categorie interne del diritto nazionale, enti di diritto pubblico o privato e collettivi o meno. Per il diritto comunitario, tuttavia, l'irrilevanza delle classificazioni interne non si riscontra con riferimento alla categoria delle associazioni di amministrazioni aggiudicatrici/organismo di diritto pubblico che invece si riferiscono solo agli enti collettivi pubblici — ad esempio, le associazioni, i consorzi e le federazioni di enti — e non anche, invece agli enti collettivi di diritto privato cui gli enti pubblici possono, come visto, prendere parte.





## SENTENZE DEI GIUDICI COMUNITARI

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Seconda Sezione, sentenza 13 gennaio 2005, in causa C-117/03; *Società italiana Dragaggi Spa e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Regione Autonoma del Friuli-Venezia Giulia*.

**Siti di importanza comunitaria - Formazione degli elenchi - Poteri della Commissione.**

**Siti di importanza comunitaria - Misure specifiche di protezione - Proposta statale di inserimento di un sito nell'elenco da approvare da parte della Commissione - Effetti.**

*Nel procedere all'approvazione dell'elenco dei siti di importanza comunitaria ai sensi della direttiva CEE n. 42 del 1992, la Commissione non è di per sé obbligata a inserirvi tutti i siti proposti dagli Stati membri.*

*L'applicazione di specifiche misure di salvaguardia per un sito di importanza comunitaria richiede che il sito in questione sia inserito nell'elenco dei siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione.*

*Gli Stati membri sono tuttavia tenuti ad adottare adeguati provvedimenti di salvaguardia dei valori naturalistici presenti nei siti che essi abbiano incluso nell'elenco proposto alla Commissione.*

(*Omissis*). — 1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 4, n. 5, 6, n. 3, e 21 della direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (GU L 206, pag. 7; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone in particolare la Società Italiana Dragaggi SpA (in prosieguo: la «Dragaggi») al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed alla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, in merito all'annullamento, disposto dall'amministrazione aggiudicatrice, di una gara d'appalto relativa a lavori di dragaggio e di scarico di sedimenti in una cassa di colmata nel porto di Monfalcone.

### CONTESTO NORMATIVO

#### *Normativa comunitaria*

3. A mente del sesto «considerando» della direttiva, «per assicurare il ripristino o il mantenimento degli *habitat* naturali e delle specie di interesse comunitario in uno stato di conservazione soddisfacente, occorre designare zone speciali di conservazione per realizzare una rete ecologica europea coerente secondo uno scadenziario definito».

4. Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva, «[è] costituita una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione, denominata Natura 2000. Questa rete, formata dai siti in cui si trovano tipi di *habitat* naturali elencati nell'allegato I e *habitat* delle specie di cui all'allegato II, deve garantire il mantenimento ovvero, all'occorrenza, il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, dei tipi di *habitat* naturali e degli *habitat* delle specie interessati nella loro area di ripartizione naturale».

5. L'art. 4 della direttiva è così formulato:

«1. In base ai criteri di cui all'allegato III (fase 1) e alle informazioni scientifiche pertinenti, ogni Stato membro propone un elenco di siti, indicante quali tipi di *habitat* naturali di cui all'allegato I e quali specie locali di cui all'allegato II si riscontrano in detti siti. (...)

L'elenco viene trasmesso alla Commissione entro il triennio successivo alla notifica della presente direttiva, contemporaneamente alle informazioni su ogni sito. (...)

2. In base ai criteri di cui all'allegato III (fase 2) e nell'ambito di ognuna delle cinque regioni biogeografiche di cui all'art. 1, lett. c), punto iii), e dell'insieme del territorio di cui all'articolo 2, paragrafo 1, la Commissione elabora, d'accordo con ognuno degli Stati membri, un progetto di elenco dei siti di importanza comunitaria, sulla base degli elenchi degli Stati membri, in cui sono evidenziati i siti in cui si riscontrano uno o più tipi di *habitat* naturali prioritari o una o più specie prioritarie.

Gli Stati membri i cui siti con tipi di *habitat* naturali e specie prioritari rappresentano oltre il 5% del territorio nazionale, possono, d'accordo con la Commissione, chiedere che i criteri elencati nell'allegato III (fase 2) siano applicati in maniera più flessibile per la selezione dell'insieme dei siti di importanza comunitaria nel loro territorio.

L'elenco dei siti selezionati come siti di importanza comunitaria in cui sono evidenziati i siti in cui si riscontrano uno o più tipi di *habitat* naturali prioritari o una o più specie prioritarie è fissato dalla Commissione secondo la procedura di cui all'articolo 21.

3. L'elenco menzionato al paragrafo 2 è elaborato entro un termine di sei anni dopo la notifica della presente direttiva.

4. Quando un sito di importanza comunitaria è stato scelto a norma della procedura di cui al paragrafo 2, lo Stato membro interessato designa tale sito come zona speciale di conservazione il più rapidamente possibile e entro un termine massimo di sei anni (...).

5. Non appena un sito è iscritto nell'elenco di cui al paragrafo 2, comma 3, esso è soggetto alle disposizioni dell'art. 6, paragrafi 2, 3 e 4».

6. A norma dell'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva, «[t]utti i siti individuati dagli Stati membri nella fase 1, che ospitano tipi di *habitat* naturali e/o specie prioritari, sono considerati siti di importanza comunitaria».

7. L'art. 6 della direttiva dispone quanto segue:

«(...)

2. Gli Stati membri adottano le opportune misure per evitare nelle zone speciali di conservazione il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate,

nella misura in cui tale perturbazione potrebbe avere conseguenze significative per quanto riguarda gli obiettivi della presente direttiva.

3. Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell'incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica.

4. Qualora, nonostante conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate.

Qualora il sito in causa sia un sito in cui si trovano un tipo di *habitat* naturale e/o una specie prioritari, possono essere adottate soltanto considerazioni connesse con la salute dell'uomo e la sicurezza pubblica o relative a conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente ovvero, previo parere della Commissione, altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico».

8. L'art. 21 della direttiva dispone che le misure progettate vengano adottate secondo una procedura di comitato.

9. Ai sensi dell'art. 23 della direttiva, la trasposizione di quest'ultima negli ordinamenti nazionali deve essere realizzata dagli Stati membri nel termine di due anni dalla notifica della direttiva stessa. Tale notifica ha avuto luogo il 10 giugno 1992.

#### *Normativa nazionale*

10. La direttiva è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano mediante il decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, intitolato «Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche» (*GURI* n. 248, supplemento ordinario n. 219/L del 23 ottobre 1997; in prosieguo: il «decreto n. 357/97»).

11. In particolare, l'art. 4 del decreto n. 357/97 ricollega le misure di conservazione dei siti alla predisposizione, da parte della Commissione, dell'elenco dei siti di importanza comunitaria.

#### CAUSA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

12. Il 14 maggio 2001 la Dragaggi ha ottenuto l'aggiudicazione di un appalto relativo a lavori di dragaggio e di scarico di sedimenti in una cassa di colmata nel porto di Monfalcone.

13. Quattro mesi più tardi, l'amministrazione aggiudicatrice ha annullato l'intera procedura di gara per il fatto che la cassa di colmata destinata a racco-

gliere i materiali di scavo risultanti dai detti lavori era qualificata come sito di interesse comunitario, obbligatoriamente assoggettato a valutazione di incidenza in forza della pertinente normativa nazionale. Orbene, secondo l'autorità competente, tale valutazione non avrebbe potuto avere un esito positivo.

14. La Dragaggi ha contestato, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, la legittimità della decisione di annullamento dell'aggiudicazione. Essa ha sostenuto, in particolare, che il procedimento per la classificazione fra i siti di importanza comunitaria del sito «Foce del Timavo», dove si trova la cassa di colmata interessata dai progetti di dragaggio, non era ancora concluso. Infatti, pur avendo le autorità italiane proposto alla Commissione un elenco dei siti, tra i quali quello della foce del Timavo, la detta istituzione non avrebbe ancora adottato l'elenco comunitario, in conformità dell'art. 4, n. 2, comma 3, della direttiva. Pertanto, l'obbligo di procedere ad una valutazione preventiva dei progetti aventi un'incidenza significativa sul sito non sarebbe stato ancora applicabile.

15. Nella sua sentenza, il detto giudice ha respinto l'argomento relativo all'inapplicabilità al progetto in questione della procedura di valutazione dell'incidenza. Secondo il Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, nel caso in cui uno Stato membro abbia, come nel caso di specie, individuato un sito che ospita un *habitat* prioritario e lo abbia inserito nell'elenco proposto alla Commissione, tale sito deve essere considerato di importanza comunitaria, ai sensi dell'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva. Esso sarebbe dunque assoggettato, a norma dell'art. 4, n. 5, della direttiva, alle misure di salvaguardia contemplate dall'art. 6, nn. 2-4, della medesima, ed in particolare alla valutazione di incidenza prevista al n. 3.

16. Secondo il detto giudice, tale interpretazione è l'unica idonea a dare un significato logico alla direttiva, la quale, mirando a tutelare *habitat* o specie in pericolo di scomparsa e di estinzione, deve poter essere direttamente applicabile, quanto meno a titolo di misura di salvaguardia. Inoltre, gli atti che propongono la classificazione della foce del Timavo tra i siti prioritari, e segnatamente il decreto del Ministro dell'Ambiente del 3 aprile 2000, non sarebbero stati impugnati.

17. Ritenendo che una valutazione di incidenza fosse necessaria, il Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia ha accolto le altre censure della Dragaggi relative alla mancata consultazione dei soggetti interessati dalla realizzazione del progetto, per il fatto che prima di procedere all'annullamento degli atti di gara non erano state prese in considerazione soluzioni alternative a quelle definite nel progetto stesso, e che l'autorità competente non aveva esaminato la possibilità di esprimere una valutazione positiva accompagnata da condizioni.

18. La Dragaggi ha interposto appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia dinanzi al Consiglio di Stato. In particolare, essa ha riproposto dinanzi a tale giudice la tesi secondo cui l'art. 4, n. 5, della direttiva impone l'applicazione delle misure di salvaguardia di cui all'art. 6 della direttiva medesima soltanto a partire dall'elaborazione dell'elenco comunitario. Tale tesi sarebbe confermata dall'art. 4 del decreto n. 357/1997, il quale dispone che le misure di salvaguardia debbono essere adottate nei tre mesi successivi all'inclusione del sito nell'elenco definito dalla Commissione.

19. Il Consiglio di Stato rileva come l'interpretazione dell'art. 4, n. 5, della direttiva, adottata dal Tribunale amministrativo regionale del Friuli-Venezia Giulia, non possa considerarsi manifestamente infondata, posto che l'iscrizione dei siti di importanza comunitaria ospitanti *habitat* prioritari pare essere un atto di natura meramente dichiarativa, il quale non richiede l'esercizio di alcun potere discrezionale da parte dell'organo comunitario.

20. Sulla scorta di tali premesse, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«[S]e l'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 21 maggio 1992, n. 92/43/CEE debba interpretarsi nel senso che le misure di cui all'art. 6 ed in particolare quella di cui all'art. 6 comma 3 della stessa direttiva siano obbligatorie per gli Stati membri solo dopo la definitiva approvazione in sede comunitaria dell'elenco dei siti ai sensi dell'art. 21, o se, diversamente, al di là dell'individuazione del momento di ordinaria decorrenza delle misure di conservazione, occorra distinguere fra iscrizioni dichiarative e costitutive (incluso fra le prime quelle relative a siti prioritari), ed al fine di salvaguardare l'effetto utile della direttiva mirante alla conservazione degli *habitat*, nel solo caso di individuazione da parte di uno Stato membro di un sito di importanza comunitaria ospitante tipi di *habitat* naturali o specie prioritari, non debba ritenersi che sussista un obbligo di sottoposizione a valutazione di piani e progetti significativamente incidenti sul sito, anche prima della formazione da parte della Commissione del progetto di elenco dei siti o della adozione definitiva di detto elenco ai sensi dell'art. 21 della direttiva ed in sostanza a partire dalla formulazione dell'elenco nazionale».

#### SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

21. Occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 4, n. 5, della direttiva, il regime di tutela delle zone speciali di conservazione da essa previsto all'art. 6, nn. 2-4, si applica ad un sito non appena quest'ultimo sia stato iscritto, in conformità dell'art. 4, n. 2, comma 3, della direttiva stessa, nell'elenco dei siti selezionati quali siti di importanza comunitaria, così come adottato dalla Commissione secondo la procedura di cui all'art. 21 del detto testo normativo.

22. Il fatto che, ai sensi dell'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva, tutti i siti ospitanti tipi di *habitat* naturali e/o specie prioritari, individuati dagli Stati membri nell'ambito della fase 1 del medesimo allegato, siano considerati come siti di importanza comunitaria, non è tale da rendere applicabile, per quanto riguarda questi ultimi, il regime di tutela previsto dall'art. 6, nn. 2-4, della direttiva prima che essi figurino, conformemente all'art. 4, n. 2, comma 3, di quest'ultima, nell'elenco dei siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione.

23. Non può trovare accoglimento la contraria tesi prospettata dal giudice del rinvio, secondo cui, qualora uno Stato membro abbia — come nella fattispecie oggetto della causa principale — individuato un sito che ospita un *habitat* prioritario e lo abbia incluso nell'elenco proposto alla Commissione a norma dell'art. 4, n. 1, della direttiva, tale sito dovrebbe considerarsi — alla luce dell'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva stessa — come sito di importanza

comunitaria e sarebbe dunque assoggettato, a norma dell'art. 4, n. 5, della direttiva, alle misure di salvaguardia previste dall'art. 6, nn. 2-4, della medesima.

24. Infatti, da un lato, tale tesi contrasta con il tenore letterale dell'art. 4, n. 5, della direttiva, il quale ricollega espressamente l'applicazione delle dette misure di salvaguardia al fatto che il sito in questione sia inserito, a norma dell'art. 4, n. 2, comma 3, della direttiva, nell'elenco dei siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione. D'altro lato, la tesi suddetta presuppone che, quando uno Stato membro abbia individuato un sito ospitante tipi di *habitat* naturali o specie prioritari e lo abbia incluso nell'elenco proposto alla Commissione a norma dell'art. 4, n. 1, della direttiva, la Commissione sia obbligata ad iscriverlo nell'elenco dei siti di importanza comunitaria che essa adotta in base alla procedura prevista dall'art. 21 della direttiva stessa e di cui si fa menzione all'art. 4, n. 2, comma 3, della medesima. Se così fosse, la Commissione — allorché elabora in accordo con ciascuno Stato membro un progetto di elenco dei siti di importanza comunitaria, ai sensi dell'art. 4, n. 2, comma 1, della direttiva — si vedrebbe preclusa la possibilità di non includere in tale progetto qualunque sito proposto da uno Stato membro quale sito ospitante tipi di *habitat* naturali o specie prioritari, anche nel caso in cui essa reputasse che in un determinato sito non si trovino — malgrado il diverso parere dello Stato membro interessato — tipi di *habitat* naturali e/o specie prioritari ai sensi dell'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva. Orbene, una situazione del genere sarebbe in contrasto, in particolare, con l'art. 4, n. 2, comma 1, della direttiva, letto in combinato disposto con l'allegato III, fase 2, punto 1, della direttiva stessa.

25. Risulta dunque da quanto sopra esposto che l'art. 4, n. 5, della direttiva deve essere interpretato nel senso che le misure di salvaguardia da questa previste all'art. 6, nn. 2-4, si impongono soltanto in relazione ai siti che siano iscritti, in conformità dell'art. 4, n. 2, comma 3, della direttiva stessa, nell'elenco di quelli selezionati come siti di importanza comunitaria, adottato dalla Commissione secondo la procedura prevista dall'art. 21 del detto testo normativo.

26. Ciò tuttavia non significa che gli Stati membri non siano tenuti a tutelare i siti sin dal momento in cui, a norma dell'art. 4, n. 1, della direttiva, li propongono nell'elenco nazionale trasmesso alla Commissione in quanto atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria.

27. Infatti, in mancanza di una tutela adeguata di tali siti sin da tale momento, la realizzazione degli obiettivi di conservazione degli *habitat* naturali nonché della fauna e della flora selvatiche, quali indicati in particolare al sesto «considerando» ed all'art. 3, n. 1, della direttiva, rischierebbe di essere compromessa. Una tale situazione sarebbe tanto più grave per il fatto che riguarderebbe tipi di *habitat* naturali prioritari o specie prioritarie, i quali, a motivo delle minacce gravanti su di essi, sarebbero destinati a beneficiare, secondo quanto auspicato dal quinto «considerando» della direttiva, di una rapida attuazione di misure dirette alla loro conservazione.

28. Nella fattispecie occorre ricordare che negli elenchi nazionali di siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria debbono figurare siti aventi, a livello nazionale, un interesse ecologico pertinente con riguardo all'obiettivo della conservazione degli *habitat* naturali nonché della fauna e della flora selvatiche contemplato dalla direttiva (v. sentenza 7 novembre 2000, causa C-371/98, First Corporate Shipping, Racc. pag. I-9235, punto 22).

29. Risulta pertanto che, per quanto riguarda i siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, compresi negli elenchi nazionali trasmessi alla Commissione, tra i quali possono figurare in particolare siti ospitanti tipi di *habitat* naturali prioritari o specie prioritarie, gli Stati membri sono tenuti, in forza della direttiva, ad adottare misure di salvaguardia idonee a salvaguardare il detto interesse ecologico.

30. Occorre dunque risolvere la questione pregiudiziale proposta dichiarando quanto segue:

— l'art. 4, n. 5, della direttiva deve essere interpretato nel senso che le misure di salvaguardia da essa previste all'art. 6, nn. 2-4, si impongono soltanto in relazione ai siti che siano iscritti, in conformità dell'art. 4, n. 2, comma 3, della direttiva stessa, nell'elenco di quelli selezionati come siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione secondo la procedura prevista dall'art. 21 del detto testo normativo;

— per quanto riguarda i siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, compresi negli elenchi nazionali trasmessi alla Commissione, e segnatamente i siti ospitanti tipi di *habitat* naturali prioritari o specie prioritarie, gli Stati membri sono tenuti, in forza della direttiva, ad adottare misure di salvaguardia idonee, con riguardo all'obiettivo di conservazione contemplato da quest'ultima, a salvaguardare il pertinente interesse ecologico rivestito dai detti siti a livello nazionale. (*Omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Seconda Sezione, sentenza 24 novembre 2005, in causa C-331/04; *ATI EAC Srl e Viaggi Di Maio Snc e altri c. Provincia di Venezia, Comune di Venezia e altri*.

**Appalti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Determinazione dei criteri di qualificazione o di selezione delle imprese - Potere integrativo della Commissione di gara - Sussistenza - Limiti.**

*Nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, il bando può legittimamente demandare alla Commissione di gara il potere di integrare i criteri di qualificazione o di selezione delle imprese: la Commissione, tuttavia, non può modificare i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, non può introdurre elementi di valutazione che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione e non può attribuire rilevanza a fattori che potrebbero avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.*

(*Omissis*). — 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 36 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e 34 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia,



degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*GU* L 199, pag. 84).

2. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra l'ATI EAC Srl e Viaggi Di Maio Snc, l'EAC Srl e la Viaggi Di Maio Snc, da un lato, e l'ACTV Venezia SpA (in prosieguo: l'«ACTV»), la Provincia di Venezia e il Comune di Venezia, dall'altro, in merito all'aggiudicazione di un appalto di servizi pubblici di trasporto di persone.

#### CONTESTO NORMATIVO

3. L'art. 36 della direttiva 92/50, intitolato «Criteri di aggiudicazione per gli appalti», così dispone:

«1. (...) I criteri sui quali l'amministrazione si fonda per l'aggiudicazione degli appalti sono:

a) qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, vari criteri relativi all'appalto quali ad esempio qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, assistenza tecnica e servizio post vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione, prezzo;

b) (...).

2. Qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

4. L'art. 34 della direttiva 93/38 dispone quanto segue:

«1. (...) I criteri sui quali gli enti aggiudicatori si fondano per assegnare gli appalti sono:

a) l'offerta economicamente più vantaggiosa, il che comprende diversi elementi di valutazione variabili secondo l'appalto di cui trattasi: per esempio, il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo; oppure

b) (...).

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lett. a), gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

#### CONTROVERSIA PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

5. Il 6 aprile 2002 l'ACTV ha fatto pubblicare nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un bando relativo ad un appalto pubblico di trasporto di persone, comprendente tre lotti. La controversia principale riguarda il lotto n. 1, relativo al servizio urbano della città di Mestre per il periodo compreso tra il 16 giugno 2002 e il 31 dicembre 2003.

6. In tale bando di gara, alla voce «Criteri di aggiudicazione», era indicato che l'ACTV aveva deciso di aggiudicare l'appalto al concorrente che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

7. Le ricorrenti nella causa principale hanno chiesto di partecipare al procedimento di aggiudicazione. Con lettera 7 maggio 2002 l'ACTV le ha invitate a presentare offerte per il lotto n. 1. Il disciplinare di gara, allegato a tale invito, prevedeva i quattro criteri di aggiudicazione seguenti, in base ai quali doveva essere determinata l'offerta economicamente più vantaggiosa:

«1) Prezzo al chilometro per i servizi indicati negli allegati A, B e C del capitolato:

— max 60 punti attribuiti mediante la relazione (...);

2) prezzo al chilometro per servizi aggiuntivi a quelli degli allegati A, B e C del capitolato:

— max 10 punti attribuiti mediante la relazione (...);

3) modalità organizzative e strutture di supporto utilizzate per l'esecuzione del servizio, desumibili dal documento di cui al punto 3.10 n. 6 del presente disciplinare:

— max 25 punti, attribuiti da ACTV a suo insindacabile giudizio;

4) possesso di certificazione di qualità (...): 5 punti».

8. Per quanto riguarda il terzo di questi quattro criteri di aggiudicazione dell'appalto, il disciplinare di gara prevedeva, al punto 3.10 n. 6, che l'offerta dovesse contenere una relazione descrittiva dell'organizzazione e delle strutture logistiche e di supporto che sarebbero state utilizzate nella gestione dei servizi oggetto del contratto in caso di aggiudicazione; la detta relazione avrebbe dovuto contenere obbligatoriamente almeno le seguenti indicazioni:

— «depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della Provincia di Venezia (...);

— modalità di controllo del servizio erogato e n. di addetti al controllo del servizio stesso;

— n. conducenti di linea e tipo patente posseduta;

— n. sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della Provincia di Venezia (...);

— n. addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida».

9. In seguito, il 29 maggio 2002, ossia dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e prima dell'apertura delle buste, al momento in cui essa disponeva già di una lista che indicava i nomi delle imprese che avevano presentato offerte per il lotto oggetto della causa principale, la commissione aggiudicatrice, nel verbale n. 1, ha ponderato i 25 punti che potevano essere attribuiti per il detto terzo criterio, suddividendoli tra cinque sottocriteri corrispondenti a ciascuna delle indicazioni che dovevano essere menzionate nella relazione allegata all'offerta presentata dai concorrenti. I punti che potevano essere attribuiti per ciascuno di tali sottocriteri sono stati ripartiti nel modo seguente: 8, 7 e 6 punti, rispettivamente, per il primo, il secondo e il terzo sottocriterio e 2 punti ciascuno per il quarto e il quinto sottocriterio.

10. Il 30 maggio 2002, dopo aver escluso una delle tre offerte presentate, la commissione aggiudicatrice ha effettuato la valutazione di quelle provenienti dalle ricorrenti nella causa principale e dall'ATI La Linea SpA-CSSA (in prosieguo: l'«ATI La Linea»). Quest'ultima si è aggiudicata l'appalto con 86,53 punti, mentre le ricorrenti nella causa principale hanno ottenuto 83,50 punti.

11. Ritenendo che l'ATI La Linea fosse riuscita ad aggiudicarsi l'appalto soltanto grazie alla ripartizione a posteriori del numero di punti che potevano essere attribuiti per il terzo criterio, le ricorrenti nella causa principale hanno impugnato le misure e le decisioni adottate dalla commissione aggiudicatrice dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale sulla base, tra l'altro, di censure vertenti su una violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50.

12. Il Tribunale Amministrativo Regionale ha respinto il ricorso così proposto affermando, in particolare, che i criteri di aggiudicazione e gli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto oggetto della causa principale erano indicati nel disciplinare di gara.

13. Le ricorrenti nella causa principale si sono appellate contro tale decisione dinanzi al Consiglio di Stato, il quale ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia legittimo interpretare tali disposizioni [l'art. 36 della direttiva 92/50 e l'art. 34 della direttiva 93/38] come contenenti norme elastiche che permettono alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'oneri, consentendo poi, alla Commissione di gara, l'eventuale specificazione e/o integrazione di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale specificazione e/o integrazione avvenga prima della apertura dei plichi contenenti le offerte e non risulti innovativa dei criteri predeterminati dal bando o se, invece, detta norma debba essere interpretata come norma rigida, che impone alla stazione appaltante di determinare analiticamente i criteri di aggiudicazione nel bando o nel capitolato d'oneri, e comunque prima della prequalificazione o dell'invito, ed esclude che la Commissione di gara possa in qualsiasi modo intervenire specificando e/o integrando i predetti criteri, o costruendo sotto-voci o sub-punteggi, in quanto ogni indicazione dei criteri di aggiudicazione, per ragioni di trasparenza, deve essere contenuta nel bando o nel capitolato d'oneri.

Se sia legittimo, in definitiva, alla luce del diritto comunitario, l'orientamento interpretativo tradizionale maturato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato volto ad ammettere l'intervento integrativo dei criteri, da parte della Commissione di gara prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte.

2) Se sia legittimo, alla luce di tale norma interpretata elasticamente alla luce dell'avverbio "possibilmente", per la stazione appaltante emanare un disciplinare di gara che in relazione ad un criterio di aggiudicazione (nella specie modalità organizzative e di supporto) preveda l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, con riferimento [ad] una serie complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione risultando in tal senso, in parte, indeterminato o se comunque la norma imponga una tassatività di massima nella formulazione dei criteri non compatibile con la mancata graduazione degli stessi nel bando e se, in caso di legittimità della previsione, per effetto della ritenuta elasticità della norma e della non obbligatorietà della graduazione di tutti gli elementi, a fronte di essa, in mancanza di un espresso conferimento di poteri alla Commissione da parte del bando, possa ammettersi l'intervento integrativo-specificativo della Commissione (risoltosi semplicemente nell'attribuire rilevanza autonoma e peso relativo ad ogni singolo elemento che il bando voleva valutare attribuendo complessivamente massimo 25 punti) o se, invece, debba farsi applicazione letterale del disciplinare di gara, attribuendo il

punteggio con valutazione unitaria dei vari e complessi elementi considerati dalla *lex specialis*.

3) Se comunque sia legittimo alla luce di tale disposizione riconoscere in via generale alla Commissione di gara che deve valutare le offerte, indipendentemente dalle modalità di formulazione del bando, nel procedimento di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, ma solo a fronte della complessità degli elementi da valutare, un potere di autolimitare, in via generale, la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando, e se tale potere della Commissione possa essere esercitato costruendo sotto-voci, sub-punteggi, o semplicemente dettando criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando o dal capitolato d'oneri naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste».

#### SULLA DOMANDA DI RIAPERTURA DELLA FASE ORALE

14. Con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 19 settembre 2005, l'ACTV ha chiesto alla Corte di ordinare la riapertura della fase orale, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura.

15. A sostegno della sua domanda, l'ACTV ha fatto valere essenzialmente che, nelle sue conclusioni, l'avvocato generale non aveva risolto le questioni principali sollevate dal giudice del rinvio. Per tale ragione e al fine di una buona comprensione delle questioni pregiudiziali alla luce della specificità della controversia principale, essa chiedeva di poter presentare nuove osservazioni.

16. A questo proposito si deve ricordare che la Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale, ovvero su domanda delle parti, ordinare la riapertura della fase orale, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura, qualora ritenga di non avere sufficienti chiarimenti o che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti (v. ordinanza 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar*, Racc. pag. I-665, punto 18, e sentenza 30 marzo 2004, causa C-147/02, *Alabaster*, Racc. pag. I-3101, punto 35).

17. Nella fattispecie, la Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene di disporre di tutti gli elementi necessari per risolvere le questioni sollevate e che tali elementi siano stati dibattuti dinanzi ad essa. Di conseguenza, la domanda di riapertura della fase orale dev'essere respinta.

#### SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

18. In via preliminare occorre rilevare, come ha fatto il giudice del rinvio, che con la decisione oggetto della causa principale la commissione aggiudicatrice ha semplicemente determinato il modo in cui i 25 punti previsti per il terzo criterio di aggiudicazione dovessero essere ripartiti tra i cinque sottocriteri già definiti nel disciplinare di gara.

19. Alla luce di ciò, le questioni pregiudiziali devono essere intese come vertenti, sostanzialmente, sulla questione se gli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 debbano essere interpretati nel senso che il diritto comunitario osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effet-

tuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara.

20. Occorre anzitutto rilevare, come ha osservato giustamente il governo austriaco, che le disposizioni degli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 non possono essere applicate contemporaneamente alla stessa fattispecie. Tuttavia, le disposizioni oggetto delle questioni pregiudiziali sono formulate in maniera sostanzialmente identica e devono essere interpretate allo stesso modo (v. sentenza 17 settembre 2002, causa C-13/99, *Concordia Bus Finland*, Racc. pag. I-7213, punto 91). Di conseguenza, la Corte può fornire una risposta utile alla questione quale riformulata, senza dover necessariamente pronunciarsi su quale di queste due direttive sia applicabile nella causa principale.

21. Occorre poi ricordare che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e devono rispettare, in particolare, i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (v., in tal senso, sentenza *Concordia Bus Finland*, citata, punto 64).

22. Nel contesto della causa in esame si deve rilevare, in particolare, che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (v. sentenza *Concordia Bus Finland*, citata, punto 81) e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate (v. sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction*, Racc. pag. I-7725, punto 34).

23. Occorre inoltre ricordare che, conformemente agli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38, tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata (v. sentenza *Concordia Bus Finland*, citata, punto 62).

24. Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte (v., in tal senso, sentenze 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Commissione/Belgio*, Racc. pag. I-2043, punto 88, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, Racc. pag. I-11617, punto 98).

25. Infine, spetta al giudice nazionale valutare, alla luce di tali norme e principi, se nella causa principale la commissione aggiudicatrice abbia violato il diritto comunitario prevedendo una ponderazione dei vari subelementi del terzo criterio di aggiudicazione dell'appalto.

26. A tale proposito occorre in primo luogo verificare se, tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti della causa principale, la decisione che prevede tale ponderazione modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.

27. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

28. In secondo luogo, occorre valutare se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.

29. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

30. In terzo luogo, occorre verificare se la commissione aggiudicatrice abbia adottato la decisione che prevede una ponderazione tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

31. Se così fosse, la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

32. Pertanto, occorre risolvere le questioni pregiudiziali dichiarando che gli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 devono essere interpretati nel senso che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

— non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;

— non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;

— non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti. (*Omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Terza Sezione, sentenza 23 febbraio 2006, in causa C-346/03; *Giuseppe Atzeni e a. c. Regione autonoma della Sardegna*.

**Aiuti di Stato - Settore agricolo - Decisione della Commissione - Illegalità degli aiuti concessi - Contestazione della legittimità della decisione davanti ai giudici nazionali - Decorrenza del termine del legittimato ad impugnare la decisione della Commissione - Rinvio pregiudiziale - Irricevibilità.**

**Aiuti di Stato - Settore agricolo - Decisione della Commissione - Illegalità degli aiuti concessi - Contestazione della legittimità della decisione davanti ai giudici nazionali - Rinvio pregiudiziale - Ricevibilità - Fattispecie.**

*Le esigenze di certezza del diritto, e più in particolare quelle che derivano dal principio dell'autorità di cosa giudicata, inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione adottata in forza dell'art. 93 del Trattato, che avrebbe potuto impugnare tale decisione e che ha lasciato de-*

*correre il termine imperativo all'uopo prescritto dall'art. 173, quinto comma, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230, quinto comma, CE), possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione. Ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinanzi al giudice nazionale, opporsi all'esecuzione della decisione eccependo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini di ricorso.*

*Qualora una persona fisica o giuridica abbia lasciato decorrere il termine per impugnare una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato, e successivamente abbia proposto ricorso per l'annullamento di detta decisione avanti ai giudici nazionali, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile allorché la decisione contestata, diretta allo Stato membro, verte su regimi di aiuti concessi a categorie di persone definite in maniera generale e non a beneficiari espressamente identificati. Nel caso di specie, tale decisione non è stata notificata dallo Stato membro né ai ricorrenti né ad alcun altro beneficiario degli aiuti controversi.*

(*Omissis*). — 1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sulla validità della decisione della Commissione 16 aprile 1997, 97/612/CE, relativa ad aiuti concessi dalla Regione Sardegna (Italia) nel settore agricolo (*GU* L 248, pag. 27; in prosieguo: la «decisione contestata»).

2. Queste domande sono state presentate nell'ambito di due controversie che vedono, da una parte, il sig. Atzeni e a. (in prosieguo: «Atzeni e a.») e, dall'altra, i sigg. Scalas e Lilliu (in prosieguo: «Scalas e Lilliu») contrapposti alla Regione autonoma della Sardegna (in prosieguo: la «Regione») in ordine al rimborso, richiesto da quest'ultima, di aiuti già versati agli interessati e all'interruzione del versamento di aiuti supplementari.

#### IL CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE E GLI AIUTI CONCESSI

3. L'art. 5 della legge regionale 13 dicembre 1988, n. 44 (in prosieguo: la «legge n. 44/88»), aveva istituito un regime di aiuti a favore di aziende agricole la cui situazione finanziaria fosse stata pregiudicata da circostanze avverse, sotto forma di mutui a tasso agevolato al fine di consentire a tali aziende di ricostituire la loro liquidità. Tali mutui dovevano essere impiegati per consolidare le passività a breve termine delle aziende interessate ed erano di una durata massima di quindici anni.

4. La Giunta regionale determinava le modalità pratiche di concessione di tali aiuti e, in particolare, le circostanze avverse che giustificavano l'intervento della Regione, i settori di intervento, l'importo dell'aiuto rispetto all'indebitamento dell'azienda e la durata del mutuo.

5. A partire dal 1988, la Giunta regionale ha deciso a quattro riprese, in applicazione dell'art. 5 della legge n. 44/88, di concedere aiuti sotto forma di mutui a tasso agevolato (in prosieguo, collettivamente, le «quattro misure di aiuto»).

6. Il 30 dicembre 1988, una prima misura di aiuto è stata adottata a favore dei prodotti agricoli coltivati in serra. La circostanza avversa che giustificava

l'intervento della Regione è stata costituita dal tracollo dei prezzi di tali prodotti. L'unica condizione fissata per l'attribuzione dell'aiuto era legata all'indebitamento a breve termine dell'azienda. Quest'ultimo doveva superare il 75% del valore della produzione lorda dell'azienda durante l'anno considerato.

7. Il 27 giugno 1990, una seconda misura di aiuto ha interessato le aziende silvicole proprietarie di piantagioni che non potevano ancora formare oggetto di un taglio redditizio. L'aiuto era diretto a sanare e/o a consolidare i debiti di tali aziende, scaduti prima del 30 giugno 1990, risultanti da investimenti, dalla gestione degli impianti, dagli scoperti bancari nonché dal pagamento delle retribuzioni, dai canoni di locazione e dalle somme dovute ai fornitori. L'indebitamento a breve termine doveva essere pari o superiore al 75% della produzione lorda dell'azienda interessata durante l'anno considerato. La durata del mutuo era fissata in tredici anni e comprendeva un periodo di preammortamento di tre anni.

8. Il 20 novembre 1990, una terza misura di aiuto ha riguardato gli allevatori di conigli che, in conseguenza di un'epizootia che aveva imperversato nella regione nella primavera del 1990, avevano perduto almeno il 20% dei loro capi. I mutui a tasso agevolato della durata di quindici anni, di cui tre anni di preammortamento, potevano coprire due annualità o quattro semestri di prestiti a lungo termine già contratti, più un importo equivalente al fabbisogno finanziario delle aziende interessate durante un anno.

9. La quarta misura di aiuto, decisa il 26 giugno 1992, ha riguardato tutte le aziende agricole indebitate per le condizioni del mercato sempre più sfavorevoli e per le difficoltà conseguenti ad avversità climatiche. L'indebitamento a breve termine di tali aziende doveva essere almeno pari al 51% della loro produzione lorda del 1991. La durata del prestito accordato era di quindici anni, comprendenti un periodo di preammortamento di tre anni. L'indebitamento teneva conto dei prestiti di durata inferiore a dodici mesi in corso nel 1991, anche se erano stati rimborsati in seguito, e delle rate dei finanziamenti pluriennali scadute o pagate nel 1991, oppure scadute negli anni precedenti e non pagate.

10. L'aiuto ottenuto in applicazione di questa quarta misura poteva essere utilizzato per coprire i mutui di gestione a tasso agevolato, i debiti risultanti dai prestiti a medio termine, ad esclusione di quelli contratti per l'acquisto di macchinari agricoli, e le rate di mutui pluriennali a tasso agevolato concessi dalla Regione in seguito a calamità naturali.

#### IL PROCEDIMENTO DINANZI ALLA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

11. Con lettera 1° settembre 1992, la Repubblica italiana ha notificato alla Commissione, ai sensi dell'art. 93, n. 3, del Trattato CE (divenuto art. 88, n. 3, CE), la legge regionale 27 agosto 1992, n. 17 (in prosieguo: la «legge n. 17/92»).

12. L'art. 12 della legge n. 17/92 ha modificato l'art. 5 della legge n. 44/88, la quale non era stata notificata alla Commissione.

13. Con lettera 1° agosto 1994, tale istituzione ha comunicato alla Repubblica italiana la sua decisione di avviare il procedimento di cui all'art. 93, n. 2, del Trattato nei confronti dell'art. 5 della legge n. 44/88 e delle quattro misure di aiuto.



14. Il governo italiano ha presentato osservazioni con lettere 30 gennaio, 25 agosto e 1° dicembre 1995.

15. La Commissione ha adottato la decisione contestata il 16 aprile 1997.

#### LA DECISIONE CONTESTATA

16. All'art. 1 della decisione contestata, la Commissione ha considerato che gli aiuti concessi dalla Regione, in applicazione dell'art. 5 della legge n. 44/88 e delle quattro misure di aiuto, erano illegali in quanto non erano stati notificati alla Commissione in fase di progetto ed erano incompatibili con il mercato comune con riferimento alle disposizioni dell'art. 92, nn. 1-3, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87, nn. 1-3, CE).

17. All'art. 2 della decisione contestata, la Commissione ha specificato che la Repubblica italiana era tenuta ad abolire i detti aiuti entro il termine di due mesi dalla data di notifica di tale decisione e ad adottare le misure necessarie al fine di recuperare gli importi già versati entro il termine di sei mesi dalla stessa data.

#### LE CAUSE PRINCIPALI E LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

18. A seguito dell'emanazione della decisione contestata, il Consiglio regionale ha abrogato l'art. 5 della legge n. 44/88 e ha adottato, il 18 dicembre 1997, i decreti di revoca degli aiuti già accordati (in prosieguo: i «decreti del dicembre 1997»).

#### *Causa C-346/03*

19. Con atto 23 gennaio 2002, Atzeni e a., proprietari di aziende agricole, hanno adito il Tribunale di Cagliari al fine di far dichiarare, in via principale, che i decreti del dicembre 1997 non erano applicabili e di costringere la Regione a versare loro gli importi degli aiuti che rimanevano da pagare a titolo delle quattro misure di aiuto.

20. In subordine, Atzeni e a. hanno chiesto che fosse accertata la violazione da parte della Regione della normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato e di diversi principi, in particolare quelli di trasparenza e di buona amministrazione. Essi hanno altresì chiesto la condanna della Regione a risarcire il danno che essa avrebbe causato loro, da una parte, omettendo di informarli dell'avvio del procedimento di cui all'art. 93, n. 2, del Trattato nonché dell'emanazione della decisione contestata e, dall'altra, comunicando loro i decreti del mese di dicembre 1997 solo il 16 novembre 2001.

21. Il giudice del rinvio ha ritenuto necessario interpellare la Corte sulla legittimità della decisione contestata, che costituisce il fondamento dei decreti del dicembre 1997. Di conseguenza il Tribunale di Cagliari ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«[Se la validità della decisione contestata sia inficiata] alla luce dei seguenti vizi:

a) incompetenza della Commissione ad emettere la decisione [contestata] per violazione del combinato disposto degli artt. [38, 40 e 43 del Trattato CE

(divenuti, in seguito a modifica, artt. 32 CE, 34 CE e 37 CE), 39, 41, 42 e 46 del Trattato CE (divenuti artt. 33 CE, 35 CE, 36 CE e 38 CE)];

b) violazione delle norme che disciplinano il procedimento ai sensi dell'art. [93, n. 1, del Trattato];

c) violazione delle norme che disciplinano il procedimento ai sensi dell'art. [93, nn. 2 e 3, del Trattato];

d) difetto di motivazione della decisione ai sensi del combinato disposto degli artt. [190 del Trattato CE (divenuto art. 253 CE), 93, n. 3, e 92, n. 1, del Trattato];

e) violazione e falsa applicazione del Reg. n. 797/85 del Consiglio, relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agrarie;

f) violazione ed inosservanza delle "prassi previste per gli aiuti alle aziende agricole in difficoltà" e degli "orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà"».

### *Causa C-529/03*

22. Con atto del 31 luglio 2002, Scalas e Lilliu, agenti in qualità di mandatarî di 389 persone, hanno adito il Tribunale di Cagliari al fine, in via principale, di far dichiarare l'insussistenza di un obbligo di rimborso degli aiuti concessi dalla Regione in applicazione delle quattro misure di aiuto o, in subordine, di veder condannare quest'ultima a risarcire il danno subito dagli agricoltori interessati.

23. Il Tribunale di Cagliari ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di esaminare la legittimità della decisione contestata con riferimento ai sei punti sollevati nella causa C-346/03 e ricordati al punto 21 della presente sentenza, nonché a tre questioni pregiudiziali che possono essere così formulate:

1) Se la decisione contestata violi il principio di tutela del legittimo affidamento alla luce del tempo trascorso tra le quattro fasi successive, e cioè la pubblicazione della legge n. 44/88, nel 1988, l'avvio del procedimento di infrazione, nel 1994, l'adozione della decisione contestata, nel 1997, e la notifica della richiesta di rimborso agli agricoltori, nel novembre 2001.

2) Se la decisione contestata sia insufficientemente motivata nella parte in cui vi si afferma che gli aiuti controversi sono «atti a falsare la concorrenza e ad alterare gli scambi intracomunitari» senza esaminare la forma concreta di ciascuno degli aiuti attribuiti, né tener conto del fatto che le condizioni economiche e sociali della Sardegna impediscono che le produzioni agricole locali possano perturbare o minacciare di perturbare la concorrenza negli Stati membri, né inoltre prendere in esame la grave situazione locale in materia di disoccupazione, né infine indicare una valida ragione per l'esclusione degli aiuti destinati ad ovviare alla conseguenze derivate da calamità naturali o altri eventi eccezionali.

3) Se la decisione contestata presenti altresì una carenza di motivazione nella parte in cui gli aiuti concessi vi sono qualificati come «aiuti al funzionamento», vertenti su debiti a breve termine, senza tener conto del fatto che essi mirano a una nuova programmazione a lungo termine di debiti già esistenti e non onorati a causa di difficoltà conseguite a fattori esterni all'azienda, come eccezionali avversità atmosferiche.

24. Con ordinanza 6 maggio 2004, le cause C-346/03 e C-529/03 sono state riunite ai fini della fase orale e della sentenza.

#### SULLA DOMANDA DI RIAPERTURA DELLA FASE ORALE

25. Con lettera 19 settembre 2005, Atzeni e a. come pure Scalas e Lilliu hanno chiesto alla Corte di ordinare, in applicazione dell'art. 61 del regolamento di procedura, la riapertura della fase orale. Essi hanno motivato la loro domanda facendo valere la complessità della controversia nella causa principale nonché il loro disaccordo nei confronti delle conclusioni dell'avvocato generale.

26. A questo proposito, si deve ricordare che la Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale, ovvero su domanda delle parti, riaprire la fase orale del procedimento, qualora ritenga di non avere sufficienti chiarimenti o che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti (v. sentenze 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 42, e 14 dicembre 2004, causa C-210/03, Swedish Match, Racc. pag. I-11893, punto 25).

27. Nella fattispecie, Atzeni e a. come pure Scalas e Lilliu non hanno fatto valere alcun motivo che giustifichi la riapertura della fase orale e la Corte, sentito l'avvocato generale, considera che essa dispone di tutti gli elementi necessari per risolvere le questioni proposte. Di conseguenza, occorre respingere tale domanda di riapertura della fase orale.

#### SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

##### *Osservazioni preliminari*

28. Con le sue questioni, riportate ai punti 21 e 23 della presente sentenza, il Tribunale di Cagliari interpella la Corte, in sostanza, sulla validità della decisione contestata con riguardo ai seguenti punti, che corrispondono a quelli sollevati nelle dette questioni:

— il fondamento normativo della decisione contestata e i suoi riflessi sulla competenza della Commissione ad adottare tale decisione [C-346/03, lett. a)];

— la mancata applicazione dell'art. 93, n. 1, del Trattato, relativo agli aiuti esistenti [C-346/03, lett. b)];

— la durata eccessiva del procedimento, che arreca pregiudizio alla regolarità di quest'ultimo e al legittimo affidamento dei beneficiari degli aiuti [C-346/03, lett. c), e C-529/03, prima questione];

— l'insufficiente motivazione ed errori di valutazione per quanto riguarda la compatibilità delle quattro misure di aiuto con il mercato comune [C-346/03, lett. d), e) e f), nonché C-529/03, questioni seconda e terza].

29. Inoltre, il Tribunale di Cagliari si pone la questione della ricevibilità delle questioni pregiudiziali. Viste le osservazioni del giudice del rinvio e quelle presentate da Scalas e Lilliu nonché dalla Commissione al riguardo, occorre esaminare anzitutto tale aspetto.

*Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali*

30. La questione della ricevibilità delle questioni pregiudiziali si trova posta nella misura in cui Atzeni e a. hanno già proposto, il 25 gennaio 2002, un ricorso di annullamento della decisione contestata dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee. Con ordinanza 29 maggio 2002, causa T-21/02, Atzeni e a./Commissione (non pubblicata nella Raccolta), il Tribunale ha dichiarato il ricorso irricevibile a causa del suo carattere tardivo, senza tuttavia pronunciarsi sul secondo motivo di irricevibilità sollevato dalla Commissione, motivo vertente sulla mancanza di legittimazione ad agire dei ricorrenti dinanzi al Tribunale. Orbene, se questi ultimi avessero avuto tale legittimazione, ma avessero semplicemente ommesso di proporre il loro ricorso entro i termini prescritti, le presenti domande di pronuncia pregiudiziale, relative alla validità della decisione contestata, sarebbero irricevibili dinanzi alla Corte.

31. Infatti, si deve ricordare che le esigenze di certezza del diritto, e più in particolare quelle che derivano dal principio dell'autorità di cosa giudicata, inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione adottata in forza dell'art. 93 del Trattato, che avrebbe potuto impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine imperativo all'uopo prescritto dall'art. 173, comma 5, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230, comma 5, CE), possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione. Ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinanzi al giudice nazionale, opporsi all'esecuzione della decisione eccependo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini di ricorso (v. sentenza 9 marzo 1994, causa C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Racc. pag. I-833, punti 17 e 18).

32. Si deve rilevare che nella causa all'origine della citata sentenza TWD Textilwerke Deggendorf la decisione della Commissione diretta allo Stato membro interessato menzionava espressamente il beneficiario dell'aiuto individuale controverso e tale Stato aveva comunicato a tale beneficiario la detta decisione precisandogli che esso poteva proporre un ricorso di annullamento nei confronti di quest'ultima.

33. Nelle controversie *a quibus*, invece, la decisione contestata, diretta alla Repubblica italiana, verte su regimi di aiuti destinati a categorie di persone definite in maniera generale e non a beneficiari espressamente identificati. Per giunta, tale decisione non è stata notificata da tale Stato membro ad Atzeni e a. né ad alcun altro beneficiario degli aiuti controversi.

34. Così, contrariamente alle circostanze all'origine della citata sentenza TWD Textilwerke Deggendorf, non era manifesto che un ricorso di annullamento nei confronti della decisione contestata proposto dai beneficiari delle quattro misure di aiuto sarebbe stato ricevibile. Le domande di pronuncia pregiudiziale sono pertanto da considerare ricevibili.

Per quanto riguarda il fondamento normativo della decisione contestata e i suoi riflessi sulla competenza della Commissione ad adottare tale decisione.

## Osservazioni presentate alla Corte

35. Scalas e Lilliu sostengono che le norme in materia di concorrenza, in particolare quelle stabilite agli artt. 92 e 93 del Trattato, non sono applicabili al settore agricolo. Facendo riferimento all'art. 42 del Trattato, essi fanno valere che tali norme sono applicabili solo nella misura determinata dal Consiglio dell'Unione europea. Orbene, il regolamento del Consiglio 4 aprile 1962, n. 26, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli (*GU* 1962, n. 30, pag. 993), adottato sul fondamento dell'art. 42 del Trattato CEE (divenuto art. 42 del Trattato CE), prevederebbe solo un'applicazione molto limitata delle disposizioni del Trattato sugli aiuti di Stato nel settore agricolo. Ne risulterebbe che la Commissione non era competente ad avviare il procedimento di cui all'art. 93, n. 2, del Trattato né ad adottare la decisione contestata, diretta all'abolizione degli aiuti concessi.

36. La Commissione sostiene che l'insieme delle norme del Trattato sugli aiuti di Stato contenute negli artt. 92 e 93 del Trattato si applica alle quattro misure di aiuto:

— gli aiuti agli allevatori di conigli sarebbero soggetti a tali norme in forza del regolamento (CEE) del Consiglio 28 giugno 1968, n. 827, relativo all'organizzazione comune dei mercati per taluni prodotti elencati nell'allegato II del Trattato (*GU* L 151, pag. 16);

— gli aiuti alle aziende silvicole rientrerebbero direttamente nell'ambito di applicazione di tali norme;

— gli aiuti alla produzione in serra e gli aiuti alle aziende agricole indebitate dovrebbero rispettare le dette norme vuoi perché essi si riferiscono a prodotti disciplinati da un'organizzazione comune dei mercati e sarebbero soggetti a queste stesse norme in forza del regolamento che istituisce tale organizzazione, vuoi perché essi rientrerebbero nell'ambito di applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio 12 marzo 1985, n. 797, relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agrarie (*GU* L 93, pag. 1), o di quello che lo ha sostituito, e cioè il regolamento (CEE) del Consiglio 15 luglio 1991, n. 2328 (*GU* L 218, pag. 1).

## Risposta della Corte

37. Dalle disposizioni dell'art. 42 del Trattato risulta che le norme in materia di concorrenza sono applicabili alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli, quali definiti all'art. 38 del Trattato, solo nella misura determinata dal Consiglio

38. Quest'ultimo ha adottato vari regolamenti.

39. Innanzi tutto, il regolamento n. 26 prevede un'applicazione delle disposizioni del Trattato sugli aiuti di Stato nel settore agricolo limitata a quelle contenute all'art. 93, nn. 1 e 3, prima frase, del Trattato. Ne deriva che, nel caso di prodotti rientranti nell'ambito di applicazione di tale regolamento, la Commissione non dispone del potere di avviare il procedimento di cui al n. 2 dello

stesso articolo. Essa è unicamente legittimata a presentare le sue osservazioni e non ad opporsi alla concessione degli aiuti controversi.

40. Inoltre, quando i regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati sono stati adottati, il che è avvenuto per la maggior parte dei prodotti agricoli ai sensi dell'art. 38 del Trattato, tali regolamenti hanno previsto che tutte le norme del Trattato sugli aiuti di Stato figuranti agli artt. 92, 93 e 94 del Trattato CE (divenuto art. 89 CE) erano applicabili salvo alcuni limiti eventuali. Di conseguenza, solo i prodotti agricoli non soggetti ad un'organizzazione comune dei mercati rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sugli aiuti di Stato la cui applicazione è limitata dal regolamento n. 26.

41. Infine, sono stati adottati diversi altri regolamenti, in particolare il regolamento n. 797/85, contenente disposizioni relative alla concessione di aiuti di Stato dalle quali risulta che le misure di aiuto che si scostano dalla norme previste nel detto regolamento possono tuttavia essere permesse a condizione che esse siano adottate in conformità degli artt. 92-94 del Trattato.

42. È importante, di conseguenza, determinare se i prodotti interessati dalle quattro misure di aiuto siano prodotti agricoli ai sensi dell'art. 38 del Trattato e, in questa ipotesi, in che misura siano soggetti alle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato.

43. Innanzi tutto, la misura di aiuto alle aziende silvicole riguarda un settore, quello delle foreste, che non è menzionato nell'elenco dei prodotti agricoli di cui all'allegato II del Trattato e non verte quindi su un prodotto agricolo ai sensi dell'art. 38 del Trattato. Gli aiuti alle aziende silvicole non formano quindi oggetto di un regime specifico e sono, di conseguenza, pienamente soggetti alle disposizioni degli artt. 92 e 93 del Trattato.

44. In secondo luogo, la misura di aiuto nei confronti degli allevatori di conigli riguarda un prodotto agricolo che ha formato oggetto di un'organizzazione comune di mercato istituita dal regolamento n. 827/68. L'art. 5 di tale regolamento prevede che gli artt. 92 e 93 del Trattato sono applicabili alla produzione e al commercio di tale prodotto, senza limitazioni.

45. Infine, le altre due misure d'aiuto riguardano, da una parte, la produzione in serra nonché, dall'altra, le aziende agricole indebitate e possono pertanto interessare una grande varietà di prodotti agricoli.

46. Non è stato sostenuto che tali misure riguardassero prodotti agricoli non soggetti ad un'organizzazione comune di mercato e, di conseguenza, rientranti nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato la cui applicazione è stata limitata dal regolamento n. 26.

47. Per quanto riguarda più in particolare gli aiuti alle aziende agricole indebitate, essi non riguardano prodotti specifici e costituiscono invece aiuti generici a tali aziende. A questo titolo, essi potrebbero entrare, in particolare, nell'ambito di applicazione del regolamento n. 797/85, il cui art. 31 rinvia, in ogni caso, alle disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato.

48. Di conseguenza, esaminando le quattro misure di aiuto alla luce degli artt. 92 e 93 del Trattato, la Commissione non ha basato la decisione contestata su un fondamento normativo erraneo e non era incompetente ad adottare tale decisione.

*Per quanto riguarda la mancata applicazione dell'art. 93, n. 1, del Trattato, relativo agli aiuti esistenti*

Osservazioni presentate alla Corte

49. Scalas e Lilliu sostengono che le quattro misure di aiuto si basano non soltanto sulla legge n. 44/88, ma anche su una legge anteriore, del 1928, che è citata nella legge n. 44/88. Di conseguenza, la Commissione non avrebbe dovuto esaminare tali misure basandosi sulle disposizioni dell'art. 93, n. 3, del Trattato, relative agli aiuti nuovi, ma su quelle dell'art. 93, n. 1, del Trattato, applicabili ai regimi di aiuto esistenti. In forza di queste ultime, gli aiuti rientranti nelle quattro misure controverse nelle cause principali avrebbero potuto essere legittimamente versati sino all'adozione da parte della Commissione della decisione contestata e non dovrebbero quindi dar luogo a rimborso.

50. La Commissione sostiene che tale argomento è infondato.

Risposta della Corte

51. Devono essere considerate come aiuti nuovi le misure adottate dopo l'entrata in vigore del Trattato e dirette ad istituire o modificare aiuti, fermo restando che le modifiche possono riguardare aiuti esistenti o progetti iniziali notificati alla Commissione (v., in questo senso, sentenza 17 giugno 1999, causa C-295/97, Piaggio, Racc. pag. I-3735, punto 48).

52. Di conseguenza, la semplice menzione, nella legge n. 44/88, di una legge del 1928 non basta in alcun modo a dimostrare che le quattro misure d'aiuto siano fondate su tale legge del 1928 e costituiscano aiuti esistenti, dato che la detta legge è stata modificata e integrata successivamente.

53. Risulta, nella fattispecie, dalle informazioni presentate alla Corte che le quattro misure d'aiuto sono direttamente fondate sull'art. 5 della legge n. 44/88, che permette la concessione di mutui a tasso agevolato destinati a ricostituire la liquidità delle aziende agricole la cui situazione ha subito un pregiudizio per effetto di circostanze avverse.

54. Ne consegue che gli aiuti controversi nelle cause principali costituiscono aiuti nuovi e non aiuti esistenti e che la Commissione non ha commesso errori non fondandosi sulle disposizioni dell'art. 93, n. 1, del Trattato.

*Per quanto riguarda la pretesa durata eccessiva del procedimento recante pregiudizio alla regolarità di quest'ultimo e al principio di tutela del legittimo affidamento*

Osservazioni presentate alla Corte

55. Scalas e Lilliu sostengono che la Commissione ha dato prova di una lentezza eccessiva nell'esame degli aiuti controversi nelle cause principali. La Commissione avrebbe dovuto procedere senza indugio a tale esame, non appena ricevuta comunicazione della legge n. 44/88 con lettera 1° settembre 1992. Essi ritengono così che tale istituzione avrebbe dovuto dare un parere sulle quattro misure d'aiuto entro i due mesi dalla data di ricezione della detta lettera e in-

giungere alla Repubblica italiana di sospendere immediatamente il versamento degli aiuti.

56. Invece, la Commissione avrebbe innanzi tutto lasciato trascorrere un periodo di due anni prima di avviare, nel 1994, un procedimento di indagine formale, poi un periodo di tre anni prima di adottare, nel 1997, la decisione contestata. Così sarebbero trascorsi oltre nove anni tra l'istituzione del regime di aiuti nel 1988, da una parte, e l'adozione di tale decisione, dall'altra, nonché oltre tredici anni tra la data di tale istituzione e la notifica, nel novembre 2001, dei decreti del mese di dicembre 1997 agli interessati. Scalas e Lilliu sostengono che tali ritardi hanno leso il principio della tutela del legittimo affidamento.

57. La Commissione ritiene infondate le censure di tardività formulate nei suoi confronti e fa valere che il governo italiano è responsabile di vari ritardi. Quest'ultimo, in due occasioni, avrebbe risposto alle domande della Commissione dopo cinque e dopo sei mesi.

#### Risposta della Corte

58. Quanto ad una pretesa irregolarità procedurale causata da ritardi eccessivi della Commissione nell'esame delle quattro misure d'aiuto, occorre constatare, in primo luogo, che vari ritardi sono imputabili al governo italiano.

59. Così, proprio questo governo ha omesso di notificare alla Commissione la legge n. 44/88 prima della sua adozione e ha lasciato trascorrere un periodo di quasi quattro anni prima di informare la Commissione dell'adozione di tale legge.

60. Risulta altresì dai fascicoli presentati dinanzi alla Corte che la Commissione non era in grado di pronunciarsi sulla validità del regime di aiuti previsto dalla detta legge esaminando unicamente il testo di quest'ultima. Tale istituzione ha avuto bisogno di altre informazioni di cui ha sollecitato la comunicazione da parte del governo italiano. Orbene, quest'ultimo ha tardato più volte, talora per parecchi mesi, a rispondere alle domande della Commissione.

61. In secondo luogo, anche se la procedura di esame, da parte della Commissione, della legge n. 44/88 e delle quattro misure di aiuto sembra essere stata relativamente lunga, si deve ricordare che sino all'adozione del regolamento del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato (GU L 83, pag. 1), la Commissione non era soggetta a termini specifici. In mancanza di norme al riguardo, la Commissione doveva tuttavia preoccuparsi di non ritardare indefinitamente l'esercizio dei suoi poteri al fine di rispettare l'esigenza fondamentale della certezza del diritto (v. sentenza 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione, Racc. pag. I-7869, punto 140).

62. A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale nel suo esame dei periodi trascorsi, ai paragrafi 160-167 delle sue conclusioni, l'esame dello svolgimento del procedimento non ha rilevato un ritardo tale da violare quest'obbligo fondamentale. In particolare, una prima tappa di due anni, dal 1992 al 1994, si è rivelata necessaria per raccogliere i fatti pertinenti, dato che il governo italiano non ha spontaneamente notificato la legge n. 44/88 e le quattro misure di aiuto. Una seconda tappa, che si è iniziata nel 1994, è proseguita sino all'adozione, nel 1997, della decisione contestata. Nel corso di questa seconda



tappa, la Commissione ha ritenuto utile chiedere chiarimenti al detto governo, a più riprese, a seguito in particolare della modifica della normativa italiana nel corso dell'ultimo trimestre del 1995.

63. Quanto ad una pretesa violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, è importante ricordare la giurisprudenza costante della Corte in materia di aiuti.

64. Tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata (v. sentenza 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, Racc. pag. I-1591, punto 25).

65. Quando un aiuto è stato versato senza previa notifica alla Commissione ed è pertanto illegittimo in forza dell'art. 93, n. 3, del Trattato, il beneficiario dell'aiuto non può riporre, a quel punto, alcun legittimo affidamento nella regolarità della concessione dello stesso (v. sentenze *Alcan Deutschland*, cit., punti 30 e 31, nonché 11 novembre 2004, cause riunite C-183/02 P e C-187/02 P, *Demesa e Territorio Histórico de Álava/Commissione*, Racc. pag. I-10609, punto 45).

66. Di conseguenza, nella misura in cui la legge n. 44/88 non era stata debitamente notificata alla Commissione, gli agricoltori sardi interessati non potevano fare alcun affidamento sulla legittimità degli aiuti loro concessi e l'asserita lentezza del procedimento non ha potuto far sorgere un siffatto affidamento.

67. Ne consegue che nessun ritardo eccessivo tale da costituire un'irregolarità procedurale o da violare il principio di tutela del legittimo affidamento è stato dimostrato.

*Per quanto riguarda la pretesa insufficienza di motivazione e l'asserito errore di valutazione quanto alla compatibilità degli aiuti con il mercato comune*

Osservazioni preliminari

68. Il giudice del rinvio chiede alla Corte di verificare la validità della decisione contestata con riguardo, in primo luogo, all'obbligo di motivazione e, in secondo luogo, alla valutazione della compatibilità degli aiuti controversi nelle cause principali con il mercato comune. Per quanto riguarda il secondo punto, il detto giudice cerca di stabilire se la Commissione abbia operato tale valutazione rispettando in particolare le disposizioni dell'art. 92, nn. 2, lett. *b*), e 3, lett. *a*), del Trattato tenuto conto, da un lato, della prassi della Commissione in questo settore al momento dell'avvio del procedimento (in prosieguo, conformemente all'espressione utilizzata nella decisione contestata: la «prassi speciale della Commissione per gli aiuti alle imprese agricole in difficoltà») e, dall'altro, degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà (GU 1994, C 368, pag. 12; in prosieguo: gli «orientamenti»). Il giudice del rinvio pone altresì la questione della violazione, da parte della decisione contestata, del regolamento n. 797/85.

## Osservazioni presentate alla Corte

69. Scalas e Lilliu sostengono che la decisione contestata è insufficientemente motivata nella misura in cui essa non comporta la menzione del modo in cui gli aiuti controversi nella causa principale hanno pregiudicato o hanno minacciato di pregiudicare la concorrenza. In particolare, l'analisi degli effetti della detta decisione sulla concorrenza sarebbe incompleta poiché non conterrebbe alcuna descrizione del mercato.

70. La decisione contestata sarebbe altresì insufficientemente motivata per quanto riguarda l'incidenza sugli scambi. Scalas e Lilliu sottolineano al riguardo che, tenuto conto della situazione economica e sociale della Sardegna, è escluso che gli scambi possano essere pregiudicati dai detti aiuti.

71. Scalas e Lilliu sostengono che, in ogni caso, i detti aiuti sono compatibili con l'art. 92, nn. 2, lett. *b*), e 3, lett. *a*) e *c*), del Trattato. La Commissione avrebbe anche applicato in maniera non corretta i criteri derivanti dalla prassi speciale della Commissione per gli aiuti alle aziende agricole in difficoltà nonché dagli orientamenti, i quali non avrebbero, in ogni caso, effetto vincolante. D'altro canto, la Commissione farebbe un'applicazione erronea delle direttive del Consiglio 17 aprile 1972, 72/159/CEE, relativa all'ammodernamento delle aziende agricole (GU L 96, pag. 1), e 28 aprile 1975, 75/268/CEE, sull'agricoltura di montagna e di talune zone svantaggiate (GU L 128, pag. 1), nonché del regolamento n. 797/85.

72. La Commissione sostiene che la decisione contestata soddisfa pienamente le esigenze richieste in materia di motivazione. Quanto alla compatibilità degli aiuti di cui trattasi nelle cause principali con il mercato comune, essa precisa che i criteri che permetterebbero agli aiuti controversi di rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 92, nn. 2, lett. *b*), e 3, del Trattato non sono soddisfatti.

## Risposta della Corte

73. Per quanto riguarda l'obbligo di motivazione, imposto dall'art. 190 del Trattato, quest'ultima dev'essere adeguata alla natura dell'atto in questione e deve far apparire in forma chiara e inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo. In funzione delle circostanze del caso, la motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto l'accertamento se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'art. 190 del Trattato va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia (v., in particolare, sentenza 19 settembre 2002, causa C-113/00, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-7601, punti 47 e 48).

74. Così, nel caso di aiuti non notificati alla Commissione allo stato di progetto, quest'ultima è tenuta quanto meno a menzionare, nella motivazione della sua decisione, le circostanze nelle quali tali aiuti sono stati concessi, ove esse permettano di dimostrare che i detti aiuti sono atti a incidere sul commercio intracomunitario, ma essa non è tenuta a dimostrare l'effetto reale di aiuti già

concessi. Se così fosse, infatti, questo requisito finirebbe col favorire gli Stati membri che versano aiuti in violazione dell'obbligo di notifica di cui all'art. 93, n. 3, del Trattato, a detrimento di quelli che notificano il progetto di aiuti (citata sentenza Spagna/Commissione, punto 54).

75. Nella fattispecie, risulta dalla decisione contestata che la Commissione ha precisato in che modo gli aiuti concessi hanno procurato un vantaggio ai loro beneficiari. La Commissione ricorda altresì che, in materia di prodotti agricoli, ogni aiuto a favore della produzione nazionale può incidere sugli scambi tra Stati membri. Di conseguenza, essa ha precisato i motivi per i quali a suo parere gli aiuti concessi falsavano la concorrenza e potevano incidere sugli scambi tra i detti Stati. Poiché la legge n. 44/88 e le quattro misure d'aiuto non erano state notificate, essa non era tenuta a fornire una descrizione del mercato né ad illustrare in dettaglio le correnti di scambio tra Stati membri relative ai prodotti interessati.

76. D'altro canto, la Commissione ha esposto in dettaglio, nelle parti IV e V della decisione contestata, le ragioni per le quali, alla luce delle informazioni fornite dalle autorità italiane, le condizioni richieste per l'applicazione delle deroghe previste all'art. 92, nn. 2 e 3, del Trattato non erano soddisfatte.

77. Ne consegue che la censura connessa ad un'insufficienza di motivazione dev'essere respinta.

78. Per quanto riguarda la compatibilità degli aiuti con il mercato comune, essa va verificata alla luce dell'art. 92, nn. 2, lett. b), e 3, lett. a) e c), del Trattato.

79. L'art. 92, n. 2, lett. b), del Trattato prevede che gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali sono compatibili con il mercato comune. Trattandosi di una deroga al principio generale dell'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, tale disposizione deve formare oggetto di un'interpretazione restrittiva. La Corte ha così dichiarato che possono essere compensati, ai sensi di tale disposizione, solo gli svantaggi causati direttamente da calamità naturali o da altri eventi eccezionali. Ne consegue che deve esistere un legame diretto tra i danni causati dall'evento eccezionale e l'aiuto di Stato e che è necessaria una valutazione il più possibile precisa dei danni subiti dai produttori interessati (sentenza 11 novembre 2004, causa C-73/03, Spagna/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punto 37).

80. Nella fattispecie, nessun legame è stato dimostrato tra le quattro misure d'aiuto e una calamità naturale o un evento eccezionale. La Repubblica italiana ha asserito che taluni aiuti miravano a rimediare alle difficoltà connesse a una crisi del mercato interessato e a tassi di interesse elevati, ma, come rilevato dalla Commissione nella decisione contestata, tali fenomeni sono l'espressione delle forze di mercato a cui ogni imprenditore deve far fronte.

81. Quanto ai problemi climatici fatti valere dalla Repubblica italiana, come la siccità, essi sono menzionati solo in maniera generale. Non è stata dimostrata alcuna gravità particolare rispetto ai fenomeni climatici abituali né è stata fornita alcuna stima delle pretese perdite subite dagli agricoltori a seguito di tali fenomeni.

82. Per quanto riguarda l'aiuto concesso agli allevatori di conigli, dalle caratteristiche stesse dell'aiuto risulta che quest'ultimo non era riservato agli alle-

vatori che avevano perduto tutti i loro capi, ma era accordato a partire da una perdita pari al 20% di essi. Per giunta, la Repubblica italiana non ha in nessun modo dimostrato l'esistenza di una corrispondenza tra l'aiuto concesso e le perdite subite.

83. Ne consegue che non è stato dimostrato alcun errore di valutazione nell'applicazione, da parte della Commissione, dell'art. 92, n. 2, lett. *b*), del Trattato.

84. Per quanto riguarda la valutazione della validità degli aiuti con riferimento alle disposizioni dell'art. 92, n. 3, lett. *a*) e *c*), del Trattato, relative agli aiuti destinati a favorire o ad agevolare lo sviluppo economico di talune regioni o di talune attività, occorre ricordare che la Commissione dispone, per l'applicazione di tali disposizioni, di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale che devono essere effettuate in un contesto comunitario e che la Corte, nell'effettuare il sindacato di legittimità sull'esercizio di tale libertà, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell'autorità competente, ma deve limitarsi a stabilire se quest'ultima valutazione non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere (v. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-456/00, Francia/Commissione, Racc. pag. I-11949, punto 41).

85. A questo proposito, come risulta della decisione contestata, le quattro misure di aiuto sono state esaminate alla luce dei criteri riportati nella prassi speciale della Commissione per gli aiuti alle aziende agricole in difficoltà. La Commissione ha altresì precisato in tale decisione che gli orientamenti non erano ancora entrati in vigore e non erano applicabili. Essa asserisce tuttavia che, in ogni caso, le condizioni previste in tali orientamenti non erano rispettate.

86. Basandosi sui criteri figuranti nella prassi speciale della Commissione per gli aiuti alle aziende agricole in difficoltà, i quali non sono contestati dalla Repubblica italiana, la Commissione non ha commesso alcun errore di diritto. Si trattava di criteri comunemente applicati da quest'ultima alla data dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 92, n. 2, del Trattato.

87. In forza di tali criteri, gli aiuti controversi nelle cause principali dovevano soddisfare tre condizioni, ossia contribuire al finanziamento di investimenti già realizzati, non superare i tassi generalmente ammessi dalla Commissione e vuoi essere conseguenti ad adattamenti dei tassi per tener conto della variazione del tasso del danaro, vuoi riguardare aziende agricole che presentassero garanzie sufficienti di riassetto economico.

88. Come risulta dalla decisione contestata e dalle osservazioni presentate alla Corte, le quattro misure di aiuto non soddisfano tali condizioni. Da un lato, il fatto di aver realizzato investimenti non era una condizione per la concessione di aiuti. Dall'altro, anche se, in taluni casi particolari, gli agricoltori beneficiari degli aiuti avevano realizzato investimenti, non è stato dimostrato che fossero soddisfatte le altre due condizioni richieste. Di conseguenza, non risulta che la Commissione abbia commesso un errore manifesto di valutazione o uno sviamento di potere considerando, al termine della sua analisi, che le quattro misure di aiuto costituivano aiuti al funzionamento che non potevano migliorare in maniera duratura le condizioni del settore e della regione interessati.

89. Per quanto riguarda gli orientamenti, Scalas e Lilliu sostengono che essi prescrivono di osservare una flessibilità nella valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato comune nel caso di regioni assistite come la Sardegna e che la Commissione avrebbe dovuto concludere per la compatibilità della quattro misure di aiuto con il detto mercato.

90. Risulta tuttavia dai fascicoli dinanzi alla Corte che, anche supponendo che gli orientamenti potessero essere applicati, Scalas e Lilliu non dimostrano, con le loro osservazioni generiche, che le condizioni fissate in tali orientamenti fossero soddisfatte.

91. Infine, per quanto riguarda la pretesa applicazione erronea del regolamento n. 797/85 nonché delle direttive 72/159 e 75/268, basta constatare che l'esame della compatibilità delle quattro misure di aiuto con il mercato comune non è per nulla fondato su tali atti. La decisione contestata rinvia semplicemente alla direttiva 75/268 e al regolamento n. 797/85 al fine di chiarire la nozione di «zona svantaggiata». La direttiva 72/159 non è per nulla menzionata nella detta decisione.

92. Ne consegue che non è stato dimostrato alcun errore di valutazione nell'applicazione dell'art. 92, n. 3, lett. a) e c), del Trattato.

93. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere le questioni proposte nel senso che dall'esame della decisione contestata non è emerso alcun motivo tale da inficiare la validità di tale decisione. (*Omissis*).

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Quarta Sezione ampliata, sentenza 6 aprile 2006, nella causa C-309/03; *Menel Camos Grau c. Commissione delle Comunità europee*.

**Comunità europea - Danni conseguenti ad atti comunitari non impugnati - Domanda di risarcimento del danno da parte di soggetto legittimato all'impugnazione - Irricevibilità.**

**Comunità europea - Danni conseguenti ad atti comunitari non impugnati - Domanda di risarcimento del danno da parte di soggetto non legittimato all'impugnazione - Ricevibilità.**

*Quando esiste uno stretto collegamento tra una domanda di risarcimento danni e una domanda di annullamento, l'irricevibilità della domanda di annullamento implica di conseguenza quella della domanda di risarcimento. Infatti, tale principio giurisprudenziale mira espressamente ad evitare che un dipendente che non abbia impugnato tempestivamente una decisione che gli arreca pregiudizio aggiri tale preclusione presentando un ricorso per responsabilità fondato sull'asserita illegittimità di tale decisione.*

*Lo stesso ragionamento non può valere quando l'irricevibilità della domanda di annullamento derivi non dal suo carattere tardivo, ma dalla natura dell'atto impugnato che, anche se non permette all'interessato di ottenerne l'annullamento, può però cagionargli un danno risarcibile. Infatti, i singoli che, per le condizioni di ri-*

*cevitabilità di cui all'art. 230, quarto comma, CE, non possono impugnare direttamente alcuni atti o provvedimenti comunitari, hanno tuttavia la possibilità di contestare un comportamento privo di carattere decisionale, che perciò non può formare oggetto di un ricorso di annullamento, presentando un ricorso per responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 235 CE e 288, secondo comma, CE, qualora un simile comportamento sia di natura tale da far sorgere la responsabilità della Comunità.*

(*Omissis*). — CONTESTO NORMATIVO DELLA CONTROVERSIA. — 1. L'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), istituito con la decisione della Commissione 28 aprile 1999, 1999/352/CE, CECA, Euratom (GU L 136, pag. 20), ha il compito, in particolare, di svolgere indagini amministrative interne dirette a ricercare i fatti gravi, connessi con l'esercizio di attività professionali, che possano costituire un inadempimento degli obblighi dei funzionari e degli agenti delle Comunità, perseguibili in sede disciplinare e, eventualmente, penale.

2. Il regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 25 maggio 1999, n. 1073, relativo alle indagini svolte dall'OLAF (GU L 136, pag. 1), prevede che le indagini che riguardano le istituzioni, gli organi e gli organismi delle Comunità siano svolte nel rispetto delle norme dei Trattati e dello Statuto del personale delle Comunità europee (art. 4, n. 1, comma 2). L'art. 6 precisa le modalità di esecuzione delle indagini, che sono effettuate sotto l'autorità del direttore dell'OLAF da agenti dell'OLAF, i quali sono tenuti a comportarsi in conformità, in particolare, del detto Statuto.

3. L'art. 9 del regolamento n. 1073/1999 prevede che, al termine di un'indagine, l'OLAF rediga sotto l'autorità del suo direttore una relazione recante, in particolare, le conclusioni dell'indagine, incluse le raccomandazioni del direttore sui provvedimenti da prendere. In conformità del paragrafo 4 di tale disposizione, la relazione redatta in seguito a un'indagine interna ed i documenti ad essa pertinenti sono trasmessi all'istituzione, all'organo o all'organismo interessato, che adotta, se del caso, le iniziative disciplinari e giudiziarie imposte dai risultati dell'indagine.

4. Ai sensi dell'art. 14 dello stesso regolamento, qualsiasi funzionario o agente delle Comunità europee può presentare al direttore dell'OLAF un reclamo contro un atto che gli arrechi pregiudizio, compiuto dall'OLAF nell'ambito di un'indagine interna, secondo le modalità previste dall'art. 90, n. 2, dello Statuto del personale delle Comunità europee.

5. La decisione della Commissione 2 giugno 1999, 1999/396/CE, CECA, Euratom, riguardante le condizioni e le modalità delle indagini interne in materia di lotta contro le frodi, la corruzione e ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari della Comunità (GU L 149, pag. 57), prevede, all'art. 4, comma 1, che, qualora si manifesti la possibilità di coinvolgimento personale di un membro, di un funzionario o di un agente della Commissione, l'interessato venga prontamente informato, se ciò non rischia di pregiudicare l'indagine. Tale disposizione precisa che non si può trarre alcuna conclusione, al termine dell'indagine, riguardante personalmente l'interessato senza aver dato modo a quest'ultimo di esprimersi su tutti i fatti che lo concernono.

## FATTI ALL'ORIGINE DELLA CONTROVERSIA

6. Il sig. Camós Grau, funzionario della Commissione di grado A3, ha partecipato, dal 1992 al 1997, mentre era in servizio presso la direzione competente per l'America latina della direzione generale (DG) incaricata delle relazioni economiche estere, alla direzione dell'Istituto per le relazioni Europa-America latina (in prosieguo: l'«IRELA»), fondato nel 1984.

7. Dopo che numerose relazioni, in particolare della DG «Controllo finanziario» della Commissione, nel 1997, e della Corte dei conti, nel 1998, avevano rilevato irregolarità di bilancio e contabili presso l'IRELA, il direttore dell'OLAF ha deciso, il 4 luglio 2000, di avviare un'indagine nei confronti di tale istituto e successivamente, il 29 gennaio 2001, di ampliare l'indagine iniziale ed avviare altresì un'indagine interna riguardante tre dipendenti della Commissione, tra cui il ricorrente.

8. In conformità dell'art. 4 della decisione 1999/396, il direttore dell'OLAF ha informato il sig. Camós Grau, il 30 gennaio 2001, dell'avvio di tale indagine e della possibilità che egli fosse coinvolto nelle irregolarità constatate. Gli ha altresì indicato i nomi degli agenti dell'OLAF incaricati dell'indagine.

9. Il sig. Camós Grau, assistito dal suo legale, è stato sentito il 22 febbraio 2001 da tre dei quattro agenti incaricati dell'OLAF.

10. Con lettere in data 22 febbraio 2002, inviate rispettivamente al direttore dell'OLAF ed al comitato di sorveglianza dell'OLAF, il sig. Camós Grau ha attirato l'attenzione sul ruolo della DG «Controllo finanziario» nei confronti dell'IRELA ed ha espresso le sue preoccupazioni riguardo a uno degli investigatori, il sig. P., per il fatto che questi non poteva disporre dell'obiettività richiesta nel condurre le indagini, avendo svolto una parte della sua carriera presso i servizi della detta direzione generale. Il 22 marzo 2002 il direttore dell'OLAF gli ha inviato una risposta interlocutoria.

11. Il legale del sig. Camós Grau ha precisato, in una lettera del 15 aprile 2002 indirizzata al direttore dell'OLAF, i sospetti del suo cliente riguardanti il possibile conflitto d'interessi in capo al sig. P., tenuto conto delle responsabilità che tale investigatore avrebbe assunto nell'ambito dell'unità incaricata del controllo dell'IRELA presso la DG «Controllo finanziario» all'epoca dei fatti costituenti l'oggetto dell'indagine e del suo comportamento nello svolgimento della detta indagine. Il legale del ricorrente si è rivolto nello stesso senso al presidente del comitato di sorveglianza dell'OLAF, con lettera in data 26 aprile 2002.

12. Il sig. Camós Grau, assistito dal suo legale, è stato sentito il 22 aprile 2002 dal capo dell'unità «Magistrati, consiglio e seguito giudiziario» dell'OLAF nel corso di un'audizione volta ad ottenere da lui precisazioni in merito alle sue accuse contro il sig. P.. Il capo di tale unità ha altresì proceduto, il 23 aprile 2002, all'audizione dell'investigatore chiamato in causa.

13. Con lettera 17 maggio 2002, il capo dell'unità «Magistrati, consiglio e seguito giudiziario» ha comunicato al sig. Camós Grau che la sua unità aveva dato al direttore dell'OLAF il parere giuridico secondo il quale «la posizione del sig. P. quale appartenente alla squadra investigativa per il fascicolo di riferimento [IRELA] potrebbe essere vista come una posizione di conflitto d'interessi», e che l'OLAF aveva deciso, in conformità alla proposta fatta al direttore

da questa unità, di «ritirare [tale investigatore] dall'indagine» (in prosieguo: la «decisione 17 maggio 2002»).

14. Il 29 luglio 2002 il sig. Camós Grau ha presentato al direttore dell'OLAF un reclamo, ai sensi dell'art. 90 dello Statuto del personale delle Comunità europee, nella versione applicabile alla presente fattispecie (in prosieguo: lo «Statuto»), in forza dell'art. 14 del regolamento n. 1073/1999, diretto, in particolare, ad ottenere l'annullamento della decisione 17 maggio 2002, in quanto essa lasciava sussistere atti compiuti dal sig. P. nell'ambito dell'indagine riguardante l'IRELA, contrari, secondo l'interessato, ai requisiti d'imparzialità e di obiettività, e a che gli fosse concesso il risarcimento dei danni morali e alla carriera che gli sarebbero stati causati.

15. Il direttore dell'OLAF ha accusato ricezione di tale reclamo il 14 agosto 2002.

16. Il 25 settembre 2002 il legale del sig. Camós Grau ha inviato una nuova lettera al direttore dell'OLAF e al presidente del comitato di sorveglianza, nella quale ha ricordato le censure del suo cliente relative allo svolgimento dell'indagine riguardante l'IRELA.

17. La relazione finale dell'indagine riguardante l'IRELA è stata inviata dal direttore dell'OLAF, il 17 ottobre 2002, al segretario generale della Commissione, al segretario generale del Parlamento europeo e alle autorità giudiziarie belghe e spagnole. Essa è stata altresì comunicata al sig. Camós Grau il 4 novembre 2002. Le autorità giudiziarie spagnole e belghe hanno informato l'OLAF, rispettivamente il 13 febbraio ed il 10 marzo 2003, della loro decisione di archiviare la pratica.

18. La relazione dell'OLAF critica le modalità con le quali l'IRELA è stato gestito ed il ruolo ricoperto dalla Commissione al riguardo. Essa chiama in causa, in particolare, tre funzionari della Commissione, fra cui il sig. Camós Grau, che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA, dichiarandoli responsabili di avere proposto e autorizzato un sistema di finanziamento che consentiva irregolarità di bilancio e contabili. La relazione raccomanda l'avvio di procedimenti disciplinari nei loro riguardi.

19. Poiché il reclamo presentato il 29 luglio 2002 dal sig. Camós Grau non ha ricevuto una risposta espressa nel termine di quattro mesi previsto dall'art. 90, n. 2, dello Statuto, il 29 novembre 2002 si è perfezionata una decisione tacita di rigetto di tale reclamo (in prosieguo: «la decisione 29 novembre 2002»).

20. Il quotidiano spagnolo *El País* ha pubblicato, nella sua edizione dell'11 dicembre 2002, un articolo dedicato alle conclusioni dell'OLAF nella sua relazione riguardante l'IRELA, intitolato «L'Unione europea chiama in causa uomini politici e funzionari spagnoli per spese ingiustificate dell'ammontare di 3,6 milioni», che menzionava personalmente il ricorrente.

21. Il 4 febbraio 2003, il sig. Camós Grau ha rivolto al direttore dell'OLAF un reclamo diretto contro la relazione del 17 ottobre 2002 che chiudeva l'indagine dell'OLAF.

22. Dopo aver ricevuto la relazione dell'OLAF, la Commissione ha incaricato il 10 febbraio 2003 l'Ufficio di investigazione e di disciplina (in prosieguo: l'«IDOC») di procedere ad un'indagine amministrativa supplementare al fine di verificare la compatibilità di alcuni atti con la normativa in vigore all'epoca e di



verificare l'eventuale responsabilità dei dipendenti citati nella relazione dell'OLAF.

23. Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 10 marzo 2003, il sig. Camós Grau ha proposto un ricorso, registrato con il numero T-96/03, diretto ad ottenere, da una parte, l'annullamento della decisione 17 maggio 2002 che ha ritirato il sig. P. dall'indagine riguardante l'IRELA, nella parte in cui ha lasciato sussistere gli atti compiuti con la partecipazione del predetto, nonché l'annullamento della decisione 29 novembre 2002 che ha respinto tacitamente il suo reclamo, e, dall'altra, la condanna della Commissione a risarcirgli il danno morale e il danno alla carriera asseritamente subiti a causa di tali decisioni.

24. Con decisione 28 maggio 2003, il direttore dell'OLAF ha respinto il reclamo proposto dal sig. Camós Grau contro la relazione del 17 ottobre 2002, adducendo, in via principale, che la detta relazione non costituiva un atto pregiudizievole e, in via subordinata, che le affermazioni dell'interessato riguardanti la legalità dell'indagine non erano fondate.

25. L'IDOC ha consegnato la sua relazione il 2 luglio 2003. Ivi si formula la conclusione che la partecipazione dei funzionari della Commissione alla gestione dell'IRELA era compatibile con la normativa comunitaria allora vigente e che, in mancanza di elementi che dimostrassero che tali funzionari avevano adottato nei confronti del piano di risanamento dell'IRELA un atteggiamento incompatibile con la detta normativa, essi non potevano essere considerati responsabili. La relazione indica che l'indagine non ha fatto emergere responsabilità individuali, bensì ha rivelato una mancanza di coordinamento tra i servizi della Commissione investiti del controllo dei fondi comunitari concessi all'IRELA. La detta relazione propone infine di archiviare l'indagine amministrativa supplementare o, in alternativa, di avviare ulteriori investigazioni che sarebbero lunghe e complesse.

26. L'autorità che ha il potere di nomina (in prosieguo: l'«APN») ha informato il sig. Camós Grau, il 2 settembre 2003, della propria decisione di archiviare la pratica senza provvedimenti disciplinari.

27. Con ordinanza 9 giugno 2004, causa T-96/03, Camós Grau/Commissione (Racc. PI pagg. I-A-157 e II-707), il Tribunale ha respinto il ricorso del ricorrente citato sopra al punto 23 in quanto irricevibile. Il Tribunale ha giudicato, in particolare, che la decisione impugnata costituiva un atto intermedio inserito nel procedimento di indagine avviato dall'OLAF, che essa era priva di effetti giuridici obbligatori idonei a pregiudicare gli interessi del ricorrente e a modificare la sua situazione giuridica e che la sua eventuale illegittimità avrebbe potuto essere fatta valere dinanzi al giudice nell'ambito di un ricorso diretto contro l'atto impugnabile conclusivo del procedimento.

#### PROCEDIMENTO

28. Con atto depositato nella cancelleria del Tribunale l'8 settembre 2003, il sig. Camós Grau ha proposto il presente ricorso.

29. Con lettera 29 settembre 2003, il ricorrente ha chiesto al Tribunale di ordinare alla Commissione l'esibizione di documenti relativi all'indagine dell'OLAF e ai suoi provvedimenti.

30. Con misura di organizzazione del procedimento notificata il 30 marzo 2004, il Tribunale ha chiesto alla Commissione di presentare tutti gli allegati della relazione dell'OLAF, la relazione dell'indagine amministrativa supplementare effettuata dall'IDOC ed il progetto di relazione elaborato da uno degli investigatori incaricato dell'indagine dell'OLAF, che è servito per la redazione della relazione finale di tale ufficio. Il Tribunale ha inoltre chiesto alla Commissione di indicare quali modifiche sarebbero state apportate al progetto di relazione dell'OLAF e quali atti dell'indagine sarebbero stati riesaminati, nonché di esporre le ragioni per cui l'OLAF non aveva analizzato più precisamente il ruolo della DG «Controllo finanziario».

31. La Commissione ha prodotto i documenti richiesti e ha risposto ai quesiti del Tribunale il 10 maggio 2004, produzioni e risposte a proposito delle quali il ricorrente ha comunicato le sue osservazioni il 1o luglio 2004.

32. Ai sensi degli artt. 14 e 51 del suo regolamento di procedura, il Tribunale, ascoltate le parti, ha deciso, il 6 giugno 2005, di rinviare la causa alla Quarta Sezione composta da cinque giudici.

33. Con misura di organizzazione del procedimento notificata il 27 giugno 2005, il Tribunale ha chiesto alle parti di produrre il reclamo del 4 febbraio 2003, menzionato sopra al punto 21, e di indicare, per quanto riguarda la candidatura del ricorrente ad un posto di direttore, menzionata nei suoi scritti, le circostanze relative al posto vacante, la natura di quest'ultimo e la procedura seguita per l'assegnazione. Il Tribunale ha chiesto inoltre alla convenuta di fornire esempi di atti pregiudizievole idonei, a parere della medesima, ad essere impugnati con un reclamo ai sensi dell'art. 14 del regolamento n. 1073/1999 e di spiegare le ragioni per cui taluni passaggi del progetto di relazione dell'OLAF, relativi al ruolo e alle responsabilità della DG «Controllo finanziario» riguardo all'IRELA, erano stati soppressi nella versione finale della detta relazione. La convenuta ed il ricorrente hanno risposto ai quesiti del Tribunale, rispettivamente il 5 ed il 9 agosto 2005.

34. Le parti hanno esposto le loro difese orali e risposto ai quesiti del Tribunale all'udienza svoltasi il 14 settembre 2005.

35. La Commissione, con lettera 23 settembre 2005, ha voluto fornire precisazioni in merito ad alcune questioni affrontate durante l'udienza relative alla diffusione della relazione dell'OLAF nell'ambito dei suoi servizi e all'eventuale inserimento della detta relazione nel fascicolo personale del ricorrente.

36. Con ordinanza 26 ottobre 2005, il presidente della Quarta Sezione ampliata del Tribunale ha riaperto la fase orale al fine di inserire nel fascicolo le informazioni così trasmesse e di permettere al ricorrente di far conoscere le proprie eventuali osservazioni sugli elementi complementari trasmessi dalla Commissione.

37. Il ricorrente non ha prodotto osservazioni nei termini assegnati dal Tribunale.

38. Il presidente della Quarta Sezione ampliata ha chiuso la fase orale del procedimento con decisione 3 gennaio 2006.

#### CONCLUSIONI DELLE PARTI

39. Il ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione 17 maggio 2002 che ha ritirato il sig. P. dall'indagine riguardante l'IRELA, nella parte in cui lascia sussistere gli atti compiuti

con la partecipazione del predetto senza riesaminarli, annullarli o prescriverne di nuovi;

— annullare la decisione 29 novembre 2002 che ha respinto tacitamente il suo reclamo del 29 luglio 2002, proposto avverso la decisione 17 maggio 2002;

— annullare la relazione dell'OLAF del 17 ottobre 2002 che chiude l'indagine relativa all'IRELA;

— annullare la decisione 28 maggio 2003 del direttore dell'OLAF che respinge il reclamo presentato dal ricorrente, il 4 febbraio 2003, avverso tale relazione;

— condannare la Commissione a pagargli una somma provvisoriamente stimata in EUR 10 000 a titolo di risarcimento del danno morale subito;

— condannare la Commissione a pagargli 1 euro in via provvisoria a titolo di risarcimento del danno alla carriera subito;

— condannare la Commissione a rimborsargli le spese sostenute per la propria difesa nell'ambito dell'indagine e dei suoi reclami amministrativi diretti contro la decisione 17 maggio 2002 e la relazione dell'OLAF del 17 ottobre 2002;

— condannare la Commissione alle spese.

40. La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

— respingere il ricorso in quanto irricevibile nel suo insieme o, in via subordinata, nella parte relativa alla domanda di annullamento delle due prime decisioni impugnate;

— in subordine, respingere il ricorso in quanto infondato;

— condannare il ricorrente alle spese.

#### IN DIRITTO

##### *Sulle conclusioni dirette all'annullamento della decisione 17 maggio 2002 e della decisione 29 novembre 2002*

41. Il primo ed il secondo capo delle conclusioni formulate nell'ambito del presente ricorso, che tendono all'annullamento delle decisioni 17 maggio e 29 novembre 2002, riprendono tali e quali le conclusioni precedentemente sviluppate nella causa T-96/03. Alla data di presentazione dell'odierno ricorso, l'8 settembre 2003, la loro ricevibilità era dunque inficiata da una situazione di litispendenza, che il Tribunale deve, in ogni caso, rilevare d'ufficio (sentenze della Corte 26 maggio 1971, cause riunite 45/70 e 49/70, Bode/Commissione, Racc. - pag. 465, punto 11, e del Tribunale 12 dicembre 1996, causa T-99/95, Stott/Commissione, Racc. pag. II-2227, punti 22 e 23). Del resto, come indicato sopra al punto 27, il Tribunale ha constatato, con l'ordinanza Camós Grau/Commissione, l'irricevibilità di tali conclusioni, in quanto non dirette contro un atto impugnabile.

42. Risulta da quanto precede che il primo ed il secondo capo delle conclusioni del presente ricorso sono in quanto tali irricevibili. Ciò non esclude che gli argomenti addotti a loro sostegno possano essere presi in considerazione per valutare, se del caso, la legittimità di atti successivi a quelli oggetto delle dette conclusioni.

*Sulle conclusioni dirette all'annullamento della decisione 28 maggio 2003 che respinge il reclamo proposto dal ricorrente, il 4 febbraio 2003, contro la relazione dell'OLAF*

43. Secondo una costante giurisprudenza, le conclusioni dirette avverso il provvedimento di rigetto di un reclamo comportano come effetto che il giudice sia chiamato a conoscere dell'atto contestato con il reclamo e sono come tali prive di contenuto autonomo (sentenza della Corte 17 gennaio 1989, causa 293/87, Vainker/Parlamento, Racc. pag. 23, punto 8). Occorre dunque affermare che il terzo capo delle conclusioni, diretto contro la relazione dell'OLAF, ed il quarto capo delle dette conclusioni, diretto contro il provvedimento di rigetto del reclamo presentato avverso tale relazione, hanno come unico oggetto una domanda di annullamento della relazione dell'OLAF del 17 ottobre 2002 (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 23 marzo 2004, causa T-310/02, Theodorakis/Consiglio, Racc. PI pagg. I-A-95 e II-427, punto 19).

*Sulle conclusioni dirette all'annullamento della relazione 17 ottobre 2002 dell'OLAF*

*Sulla ricevibilità*

Argomenti delle parti

44. La Commissione afferma che l'atto impugnato costituisce un atto preparatorio non arrecante pregiudizio e non può essere oggetto di una domanda di annullamento. Una relazione d'indagine dell'OLAF, come pure l'indagine e le misure di organizzazione prese nell'ambito del suo svolgimento, sarebbero soltanto tappe preparatorie che non pregiudicano la decisione finale dell'amministrazione. Pertanto, l'affermazione di ogni genere di irregolarità procedurali che avrebbero inficiato l'indagine, anche se queste fossero vere, non potrebbe invalidare la conclusione secondo cui la relazione controversa ha il carattere di un atto preparatorio e non di un atto arrecante pregiudizio, in mancanza di qualsivoglia modifica della situazione giuridica dell'interessato. La violazione di norme procedurali non dimostrerebbe che è stato adottato un atto arrecante pregiudizio, ma potrebbe per contro essere fatta valere incidentalmente contro una decisione finale dell'amministrazione avente, invece, carattere pregiudizievole. La convenuta aggiunge che il supposto pregiudizio degli interessi morali e delle prospettive di carriera del ricorrente è irrilevante, perché si tratterebbe di considerazioni fattuali e non di conseguenze vincolanti della relazione che modificano la situazione giuridica dell'interessato. Essa sostiene del pari che l'OLAF, nonostante la sua indipendenza funzionale, non dispone di alcun potere decisionale e che le sue relazioni d'indagine non hanno alcun effetto giuridico vincolante, essendo la loro finalità, in particolare, di preparare un procedimento disciplinare.

45. Il ricorrente sostiene che il suo ricorso è ricevibile, perché ritiene che la relazione dell'OLAF costituisca un atto che gli arreca pregiudizio. Egli afferma che tale relazione incide direttamente e immediatamente sulla sua situazione giuridica, a motivo delle irregolarità in essa contenute. La relazione costituirebbe la conclusione di un procedimento complesso segnato dall'irregolarità di atti di

indagine anteriori o di astensioni dell'OLAF, dalla violazione dei principi di equità, di imparzialità, di tutela del legittimo affidamento e di buona amministrazione, nonché dalla violazione dei diritti della difesa. Essa sarebbe stata adottata in condizioni irregolari, perché senza il concorso del solo investigatore rimasto abilitato fino al termine dell'indagine e senza essere stata sottoposta al ricorrente, ancorché questi fosse personalmente chiamato in causa. Il sig. Camós Grau afferma che tale relazione incide direttamente ed immediatamente sui suoi interessi morali, da una parte, perché lo riguarda di persona e gli imputa a torto la responsabilità delle irregolarità constatate e, dall'altra, perché è stata comunicata alla Commissione e alle autorità giudiziarie spagnole e belghe ed è stata oggetto di pubblicità negli organi di stampa. La relazione sarebbe del pari idonea a pregiudicare la carriera del ricorrente e sembrerebbe effettivamente aver ostacolato la sua promozione ad un posto di direttore per cui egli aveva fatto domanda. Il ricorrente sostiene che la relazione dell'OLAF riveste una natura decisionale dal momento che scaturisce da una decisione del direttore dell'OLAF, come previsto dal regolamento n. 1073/99. Egli afferma, infine, che il procedimento d'indagine interna condotto dall'OLAF deve essere considerato distinto dal procedimento disciplinare a motivo dell'indipendenza funzionale dell'OLAF.

#### Giudizio del Tribunale

46. Il ricorso è diretto contro l'atto adottato dall'OLAF sotto l'autorità del suo direttore che ha fissato le conclusioni della relazione di chiusura dell'indagine relativa all'IRELA.

47. Secondo una giurisprudenza costante, costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 CE i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei a incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questi (sentenze della Corte 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione, Racc. pag. 2639, punto 9, e 14 febbraio 1989, causa 346/87, Bossi/Commissione, Racc. pag. 303, punto 23).

48. Orbene, una relazione come quella che l'OLAF ha redatto al termine delle sue indagini esterna ed interna riguardanti l'IRELA non modifica in modo rilevante la situazione giuridica delle persone che, come il ricorrente, sono in essa nominate.

49. Invero, la relazione conclusiva di un'indagine, che costituisce un documento compiuto, adottato al termine di un procedimento amministrativo autonomo da parte di un servizio dotato di indipendenza funzionale, non può, per tale fatto, essere qualificata come misura preparatoria dei procedimenti amministrativi o giudiziari che possono svilupparsi al suo seguito ma che possono anche svilupparsi parallelamente o anteriormente all'intervento dell'OLAF. Tuttavia, il carattere conclusivo di una relazione dell'OLAF rispetto al procedimento che regola le indagini di tale ufficio non gli conferisce per questo la natura di un atto produttivo di effetti giuridici obbligatori.

50. Infatti, le relazioni con cui si concludono le indagini dell'OLAF e la cui stesura e trasmissione mettono fine all'incarico di tale ufficio contengono, oltre all'illustrazione di fatti constatati, l'esposizione delle conclusioni che ne deri-

vano, nonché delle raccomandazioni relative ai provvedimenti, in particolare disciplinari e penali, che, secondo l'OLAF, potrebbero essere assunti sulla base delle dette relazioni-conclusioni e raccomandazioni che vengono trasmesse alle autorità competenti degli Stati membri nonché alle istituzioni interessate affinché esse decidano se si deve o meno darvi seguito. Anche se l'OLAF può, nelle sue relazioni, raccomandare l'adozione di atti dotati di effetti giuridici obbligatori pregiudizievoli per le persone interessate, il parere che esso formula a tale riguardo non comporta alcun vincolo, anche procedurale, per le autorità alle quali è destinato.

51. Risulta, a tale proposito, dalle disposizioni del regolamento n. 1073/1999, e in particolare dal tredicesimo «considerando» e dall'art. 9 di tale regolamento, che le conclusioni dell'OLAF contenute in una relazione finale non possono comportare l'apertura automatica di procedimenti giudiziari o disciplinari, dal momento che le autorità competenti sono libere di decidere i provvedimenti da prendere in base alla relazione finale e sono dunque le sole a poter adottare decisioni eventualmente idonee a incidere sulla situazione giuridica delle persone nei confronti delle quali la relazione abbia raccomandato l'avvio dei detti procedimenti (ordinanza del Tribunale 13 luglio 2004, causa T-29/03, Comunidad Autónoma de Andalucía, Racc. pag. II-2923, punto 37).

52. È pacifico d'altronde che, nel caso di specie, sebbene la relazione controversa raccomandasse l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti del ricorrente, un tale procedimento non è stato avviato, posto che l'APN ha, al contrario, comunicato al sig. Camós Grau, il 2 settembre 2003, che aveva deciso di archiviare la pratica senza provvedimenti disciplinari.

53. A seguito di tale decisione di chiusura, accompagnata dalla precisazione secondo cui la responsabilità del ricorrente non era stata riconosciuta dall'APN nella vicenda che aveva dato luogo all'indagine dell'OLAF, la relazione impugnata non poteva più legittimamente fungere da fondamento per nessuna decisione successiva dell'APN relativa al ricorrente stesso, né essere presa in considerazione in alcun modo, a differenza, per esempio, di un rapporto informativo, nell'ambito della gestione della carriera dell'interessato. Inoltre, la relazione non ha avuto conseguenze sul piano penale, dato che le autorità giudiziarie belghe e spagnole hanno informato l'OLAF, rispettivamente il 13 febbraio ed il 10 marzo 2003, della loro decisione di archiviare la pratica, come è stato indicato sopra al punto 17. Ne consegue che la relazione impugnata non può incidere, in tali circostanze, sulla situazione professionale dell'interessato.

54. Gli argomenti del ricorrente relativi allo svolgimento dell'indagine e al contenuto della relazione non possono modificare tali valutazioni.

55. Se invocate nell'ambito di un ricorso di annullamento, eventuali irregolarità procedurali e violazioni di formalità prescritte ad substantiam, che abbiano — come asserito nel caso di specie — inficiato una relazione d'indagine dell'OLAF, non sono idonee a conferire a tale relazione il carattere di un atto pregiudizievole. Tali violazioni possono essere contestate soltanto a sostegno di un ricorso diretto contro un successivo atto impugnabile, nella misura in cui abbiano influenzato il suo contenuto, e non in modo indipendente in assenza di un tale atto (v., in tal senso, sentenza della Corte 10 dicembre 1987, cause riunite da 181/86 a 184/86, Del Plato e a./Commissione, Racc. pag. 4991, punti 10, 22, 25, 33, 35, 36 e 38).

56. Inoltre, anche ammettendo che la relazione dell'OLAF incida sugli interessi morali del ricorrente, in quanto, da una parte, lo riguarderebbe di persona e gli addebiterebbe a torto la responsabilità delle irregolarità constatate e, dall'altra, sarebbe stata comunicata alla Commissione e alle autorità giudiziarie spagnole e belghe e sarebbe stata oggetto di pubblicità nella stampa, simili circostanze, idonee a concretizzare un pregiudizio, non possono conferire alla detta relazione il carattere di un atto arrecante pregiudizio ai sensi dell'art. 230 CE.

57. Infine, non incide sul carattere impugnabile o meno delle relazioni dell'OLAF la circostanza che esse siano adottate, sotto l'autorità del direttore, con un atto dell'OLAF, che sarebbe consistito, nel caso di specie, nell'adozione e nella trasmissione alle autorità interessate, il 17 ottobre 2002, della relazione controversa.

58. Risulta da quanto precede che la domanda di annullamento della relazione dell'OLAF del 17 ottobre 2002 relativa all'IRELA è diretta contro un documento privo di effetti giuridici obbligatori idonei a pregiudicare gli interessi del ricorrente modificando in modo rilevante la sua situazione giuridica. Le conclusioni dirette all'annullamento della detta relazione sono, di conseguenza, irricevibili.

*Sulle conclusioni dirette al risarcimento dei danni asseriti*

*Sulla ricevibilità*

Argomenti delle parti

59. La Commissione, che eccepisce l'irricevibilità del ricorso nel suo complesso, afferma che l'irricevibilità della domanda di annullamento comporta, di conseguenza, quella della domanda di risarcimento del danno quando esiste, come nel caso di specie, un legame stretto tra le due domande.

60. Inoltre, dato che il reclamo diretto contro la relazione dell'OLAF che il ricorrente ha inviato il 4 febbraio 2003 al direttore dell'OLAF non contiene una domanda risarcitoria, la domanda di risarcimento del danno del sig. Camós Grau sarebbe del pari irricevibile ai sensi degli artt. 90 e 91 dello Statuto, cui rinvia il regolamento n. 1073/1999.

61. Il ricorrente sostiene che la sua domanda di risarcimento del danno causato dall'illegittimità della relazione dell'OLAF e dalle gravi mancanze commesse da quest'ultimo nei suoi confronti è ricevibile.

Giudizio del Tribunale

— Quanto all'obbligo di previo reclamo

62. Risulta dal fascicolo che, nel suo reclamo del 4 febbraio 2003 avverso la relazione dell'OLAF, il ricorrente si è limitato, per quanto riguarda il danno di cui chiede il risarcimento col presente ricorso, a «riservarsi la facoltà di chiedere il risarcimento del danno materiale e morale estremamente grave che tale relazione gli ha causato e rischia di causargli per l'avvenire».

63. La posizione della parte convenuta si basa sull'idea che l'art. 14 del regolamento n. 1073/1999 renda obbligatorio un reclamo ai sensi dell'art. 90, n. 2, dello Statuto prima di ogni ricorso di un funzionario o agente contro una decisione dell'OLAF, indipendentemente dal fatto che tale ricorso miri all'annullamento di un atto o al risarcimento di un danno. Di conseguenza, un ricorso per risarcimento del danno dovrebbe, per essere ricevibile, essere stato preceduto da un reclamo avente il medesimo oggetto. Una deroga potrebbe essere ammessa soltanto nel caso in cui la domanda di risarcimento del danno fosse chiaramente accessoria rispetto a una domanda di annullamento preceduta da un reclamo e ricevibile — il che non sarebbe il caso di specie.

64. Tuttavia, l'art. 14 del regolamento n. 1073/1999 prevede la possibilità di un reclamo dinanzi al direttore dell'OLAF soltanto avverso un atto arrecante pregiudizio, e non nel caso di una domanda di risarcimento del danno che sia fondata su azioni od omissioni asseritamente illecite dell'OLAF nell'ambito di un'indagine. Occorre dunque valutare se l'interpretazione estensiva di tale disposizione adottata dalla Commissione per quanto riguarda l'obbligo di previo reclamo sia giustificata.

65. Tale valutazione impone di stabilire se la controversia debba essere ricondotta al contenzioso generale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 235 CE e all'art. 288 CE, oppure a quello relativo ai rapporti tra la Comunità ed i suoi agenti, di cui all'art. 236 CE. Infatti, nel primo caso, il giudice può essere direttamente chiamato a conoscere delle domande di risarcimento del danno. Nel secondo caso, per contro, un ricorso diretto al risarcimento del danno causato non già da un atto lesivo di cui si chiede l'annullamento, bensì da diversi illeciti ed omissioni addebitati all'amministrazione, deve, secondo la giurisprudenza, essere preceduto da un procedimento in due fasi. Tale procedimento deve imperativamente iniziarsi con una domanda volta ad ottenere dall'APN il risarcimento dei danni lamentati e proseguire, eventualmente, con la proposizione di un reclamo avverso la decisione di rigetto della domanda (sentenza del Tribunale 13 luglio 1993, causa T-20/92, Moat/Commissione, Racc. - pag. II-799, punto 47).

66. Orbene, nella presente controversia, il ricorrente non chiama in causa la Commissione in qualità di APN a cui egli appartiene come funzionario, ma come istituzione a cui è collegato l'OLAF, servizio dotato di autonomia funzionale, i cui rapporti con il personale delle diverse istituzioni esulano dalle abituali norme che regolano le relazioni tra i funzionari e gli agenti e la loro APN. Il fatto che la Commissione si trovi, nella presente controversia, come in ogni ricorso diretto contro l'OLAF, in posizione di convenuta deriva dal collegamento amministrativo e di bilancio di tale servizio con l'istituzione interessata e dalla mancanza di personalità giuridica del medesimo. Al riguardo, è sufficiente notare che, se il sig. Camós Grau non fosse stato dipendente della Commissione, ma di un'altra istituzione, è comunque alla Commissione che egli avrebbe dovuto rivolgere una domanda di risarcimento dei danni secondo lui subiti per il comportamento dell'OLAF.

67. Inoltre, la controversia non riguarda atti o comportamenti della Commissione relativi alla carriera del ricorrente, dato che la relazione dell'OLAF non ha di per sé alcun effetto giuridico sulla sua situazione professionale, come si è affermato precedentemente. Con le censure che egli deduce, relative alle



mancanze che l'OLAF avrebbe commesso nei suoi confronti nel corso dell'indagine relativa all'IRELA, a causa delle quali la relazione conterrebbe valutazioni e conclusioni sfavorevoli nei suoi riguardi, il sig. Camós Grau si trova nella stessa situazione di ogni persona, dipendente delle Comunità o meno, che venga chiamata in causa da una relazione dell'OLAF. La circostanza che le constatazioni dell'OLAF riguardanti il ricorrente vertano sul suo ruolo, come dipendente della Commissione, nella gestione e nel funzionamento dell'IRELA non cambia l'oggetto della controversia, la quale verte non sull'attività professionale del sig. Camós Grau, ma sul modo in cui l'OLAF ha condotto e concluso un'indagine che lo indica per nome e gli addebita la responsabilità delle irregolarità constatate.

68. La circostanza che il sig. Camós Grau abbia, ai sensi dell'art. 14 del regolamento n. 1073/1999, allora applicabile, presentato un reclamo al direttore dell'OLAF secondo le modalità previste dall'art. 90, n. 2, dello Statuto per ottenere l'annullamento della relazione dell'OLAF è irrilevante a tale proposito.

69. Infatti, da una parte, l'organizzazione dei mezzi di ricorso e, in tale ambito, l'applicabilità dello Statuto sono questioni di diritto che non dipendono dalla volontà delle parti. Dall'altra, l'art. 14 del regolamento n. 1073/1999 non era applicabile, poiché prevede la possibilità di un reclamo soltanto avverso un atto arrecante pregiudizio; orbene, risulta da quanto precede che la relazione dell'OLAF non costituiva un atto di questo tipo e che, di conseguenza, la disposizione menzionata non rendeva il procedimento di reclamo precontenzioso applicabile alla controversia.

70. Certo, dopo l'entrata in vigore, il 1° maggio 2004, delle nuove disposizioni dello Statuto, è stato inserito un art. 90-*bis* riguardante l'OLAF, il quale prevede per la persona interessata, oltre alla possibilità, già prima esistente, di sottoporre al direttore dell'OLAF un reclamo ai sensi dell'art. 90, n. 2, dello Statuto diretto contro un atto dell'OLAF per essa pregiudizievole in relazione ad un'indagine dell'OLAF, quella di sottoporre allo stesso direttore una domanda ai sensi dell'art. 90, n. 1, del detto Statuto, invitandolo a prendere nei suoi confronti una decisione correlata a un'indagine dell'OLAF.

71. Tuttavia, prima dell'entrata in vigore di tale nuova disposizione e nel silenzio dell'art. 14 del regolamento n. 1073/1999 su tale punto, un tale collegamento con il contenzioso statutario non era previsto relativamente alle domande di risarcimento danni correlate a indagini dell'OLAF. Il ricorrente non era dunque tenuto a seguire la procedura stabilita dall'art. 90 dello Statuto per presentare una tale domanda di risarcimento danni. Stanti tali premesse, le domande di risarcimento danni formulate nel presente ricorso non possono essere respinte per il fatto che il sig. Camós Grau non ha rispettato una procedura che non era prevista nei testi in vigore al momento dei fatti.

72. Del resto, occorre ricordare che, in occasione del suo reclamo del 4 febbraio 2003, diretto contro la relazione dell'OLAF, il sig. Camós Grau ha prospettato, in termini certamente ipotetici, il proprio diritto di chiedere il risarcimento del danno causato dalla relazione. Anche se tale menzione non può essere considerata come una domanda preliminare di risarcimento danni in senso formale, occorre ricordare che lo scopo del reclamo è di consentire all'APN di prendere posizione su una questione statutaria prima dell'avvio di un ricorso. La convenuta non può dunque ragionevolmente sostenere, nelle circostanze del

caso di specie, di essere stata privata della possibilità di prepararsi previamente ad un ricorso per risarcimento.

73. Secondo una giurisprudenza costante, i reclami amministrativi di cui all'art. 90, n. 2, dello Statuto non sono assoggettati ad alcun requisito formale ed il loro contenuto dev'essere interpretato e compreso dall'amministrazione con tutta la diligenza che una grande organizzazione ben attrezzata deve ai suoi amministrati, ivi compresi i suoi dipendenti (sentenza della Corte 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels/Commissione*, Racc. pag. 585, punto 47).

74. Nel caso di specie, occorre considerare che la Commissione è stata messa in condizione di pronunciarsi sui fondamenti della domanda di risarcimento danni del sig. Camós Grau, sia nella fase amministrativa sia nella fase contenziosa della controversia, e che, pertanto, anche se fosse applicabile l'art. 90 dello Statuto, un mancato reclamo preliminare non può ostare alle domande di risarcimento del ricorrente per il fatto che egli non avrebbe formalmente domandato, preliminarmente al suo ricorso, una riparazione in forma diversa da quella dell'annullamento della relazione.

— Quanto al collegamento tra la domanda di risarcimento danni e la domanda di annullamento

75. La convenuta non può avvalersi della giurisprudenza secondo cui, quando esiste uno stretto collegamento tra una domanda di risarcimento danni e una domanda di annullamento, l'irricevibilità della domanda di annullamento implica di conseguenza quella della domanda di risarcimento (sentenza *Bossi/Commissione*, cit. supra al punto 47, punto 31).

76. Infatti, tale giurisprudenza mira espressamente ad evitare che un dipendente che non abbia impugnato tempestivamente una decisione dell'APN che gli arreca pregiudizio aggiri tale preclusione presentando un ricorso per responsabilità fondato sull'asserita illegittimità di tale decisione (sentenze della Corte 15 dicembre 1966, causa 59/65, *Schreckenbergh/Commissione*, Racc. pag. 733, in particolare pag. 744; 12 dicembre 1967, causa 4/67, *Collignon/Commissione*, Racc. pag. 429, in particolare pag. 439, e 7 ottobre 1987, causa 401/85, *Schina/Commissione*, Racc. pag. 3911, punti 10 e 13).

77. Lo stesso ragionamento non può valere quando l'irricevibilità della domanda di annullamento derivi non dal suo carattere tardivo, ma dalla natura dell'atto impugnato che, anche se non permette all'interessato di ottenerne l'annullamento, può però cagionargli un danno risarcibile.

78. Infatti, i singoli che, per le condizioni di ricevibilità di cui all'art. 230, comma 4, CE, non possono impugnare direttamente alcuni atti o provvedimenti comunitari, hanno tuttavia la possibilità di contestare un comportamento privo di carattere decisionale, che perciò non può formare oggetto di un ricorso di annullamento, presentando un ricorso per responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 235 CE e 288, comma 2, CE, qualora un simile comportamento sia di natura tale da far sorgere la responsabilità della Comunità (sentenza del Tribunale 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 e T-272/01, *Philip Morris International e a./Commissione*, Racc. pag. II-1, punto 123). I singoli hanno la facoltà, nell'ambito di un tale ricorso per responsabilità, di far valere illegittimità che sarebbero state commesse all'epoca della stesura e

dell'adozione di una relazione amministrativa, benché questa non sia una decisione che incide direttamente sui diritti delle persone in essa menzionate (sentenza della Corte 10 luglio 2001, causa C-315/99 P, Ismeri Europa/Corte dei conti, Racc. pag. I-5281, punti 29 e 30).

79. Inoltre, l'azione risarcitoria è un rimedio giurisdizionale autonomo, dotato di una sua particolare funzione nell'ambito del regime dei mezzi di tutela giurisdizionale e subordinato, quanto al suo esercizio, a condizioni attinenti al suo specifico oggetto (v. sentenza della Corte 23 marzo 2004, causa C-234/02 P, Mediatore/Lamberts, Racc. pag. I-2803, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

80. Pertanto, l'azione risarcitoria proposta dal sig. Camós Grau e diretta al risarcimento dei danni morali e alla carriera che sarebbero derivati da irregolarità commesse dall'OLAF nell'ambito dell'indagine relativa all'IRELA e della stesura della successiva relazione deve essere considerata, per quanto riguarda la sua ricevibilità, indipendentemente dal ricorso di annullamento.

81. Da quanto precede consegue che le conclusioni del ricorrente dirette ad ottenere il risarcimento dei danni che il comportamento dell'OLAF gli avrebbe causato devono essere dichiarate ricevibili.

### *Sul merito*

#### Argomenti delle parti

82. Il ricorrente afferma che le irregolarità commesse dall'OLAF nel corso dell'indagine relativa all'IRELA e al momento dell'adozione della relazione del 17 ottobre 2002 costituiscono altrettanti errori nello svolgimento dell'attività amministrativa, che gli hanno causato un grave danno morale e un danno alla carriera.

83. Egli sviluppa nel suo ricorso sei ordini di motivi relativi alle irregolarità asserite.

84. In primo luogo, la decisione dell'OLAF di rimuovere il sig. P. dall'indagine non soddisferebbe l'obbligo di motivazione imposto dall'art. 253 CE e dall'art. 25 dello Statuto, dal momento che il sig. Camós Grau ne sarebbe stato informato soltanto tramite la notifica che gli è stata fatta il 17 maggio 2002 dal capo dell'unità «Magistrati, consiglio e seguito giudiziario», la quale non indicherebbe i motivi precisi di tale decisione.

85. In secondo luogo, l'OLAF avrebbe violato i diritti della difesa, nonché il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di buona amministrazione. La relazione di controllo contabile esterno del 14 dicembre 2000 riguardante l'IRELA non sarebbe stata comunicata al sig. Camós Grau in tempo utile per la sua audizione da parte dell'OLAF, il 22 febbraio 2001. Al momento di tale audizione, gli investigatori gli avrebbero fatto capire che egli veniva sentito come testimone e non per decidere in merito alla sua responsabilità. Egli non avrebbe nemmeno disposto, al momento della sua audizione, e successivamente in sede di risposta ai quesiti scritti ulteriormente postigli, delle informazioni necessarie alla sua difesa, in particolare degli elementi di prova raccolti dall'OLAF contro di lui. I diritti della difesa e l'art. 4 della decisione 1999/396 sarebbero stati altresì violati per il fatto che la relazione dell'OLAF e i suoi allegati non gli sarebbero stati sottoposti prima dell'adozione della detta relazione.

86. In terzo luogo, il ricorrente sostiene che la relazione dell'OLAF è stata predisposta in violazione delle disposizioni dell'art. 6, nn. 1-3, e dell'art. 9, nn. 1 e 2, del regolamento n. 1073/99, nonché del principio di obiettività delle indagini dell'OLAF, dal momento che il solo investigatore rimasto incaricato dell'indagine fino al termine di quest'ultima non vi avrebbe preso parte. Il progetto di relazione elaborato da tale investigatore prima della sua partenza dall'OLAF all'inizio del mese di settembre 2002 sarebbe stato sostanzialmente diverso dalla relazione finale, la quale non presenta del resto la sua firma. Il ricorrente afferma che le relazioni di indagine dell'OLAF devono essere approntate dagli investigatori e che il direttore dell'OLAF non è abilitato dal regolamento n. 1073/99 né ad adottare né a modificare unilateralmente una relazione di indagine.

87. In quarto luogo, il ricorrente sostiene che l'indagine non è stata condotta, come previsto dal regolamento n. 1073/99, nel rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario e nel rispetto dello Statuto, segnatamente dell'art. 14 di quest'ultimo. Infatti, dal momento che il sig. Camós Grau aveva fornito all'OLAF seri indizi relativi ad un conflitto di interessi in capo ad un investigatore, l'OLAF avrebbe dovuto assicurarsi che gli atti compiuti da tale investigatore e le impostazioni date all'indagine si imponevano obiettivamente e non derivavano dal conflitto di interessi da lui denunciato. La pertinenza delle censure allora avanzate dal sig. Camós Grau sarebbe confermata dalla motivazione contraddittoria della decisione del 28 maggio 2003 che ha respinto il suo reclamo diretto contro la relazione controversa, in quanto tale decisione riconoscerebbe che il ritiro del sig. P. era indispensabile per l'obiettività dell'indagine pur affermando che il suo intervento non aveva avuto conseguenze pregiudizievoli.

88. In quinto luogo, l'OLAF avrebbe commesso errori manifesti nella sua valutazione del ruolo effettivo del sig. P., da una parte, per quanto riguarda i controlli effettuati dalla Commissione sull'IRELA, a motivo delle pregresse responsabilità dell'investigatore alla DG «Controllo finanziario» e, dall'altra, negando che il conflitto di interessi in capo al sig. P. avesse avuto incidenze sull'indagine, quando invece questi aveva svolto un ruolo preponderante ed essenziale nell'impostazione e nello svolgimento dell'indagine, come sarebbe confermato dalla versione finale della relazione.

89. In sesto luogo, il ricorrente sostiene che i principi di equità e di imparzialità sono stati violati. L'OLAF, pur avendo ammesso che l'indipendenza e l'obiettività del sig. P. non potevano essere garantite e ritirato, per tale motivo, l'interessato dall'indagine, non ne avrebbe tratto le debite conseguenze, lasciando sussistere gli atti compiuti dal sig. P. Così, la responsabilità dei funzionari della DG «Controllo finanziario» sarebbe stata taciuta nella relazione dell'OLAF, dato che tale relazione attribuiva invece la responsabilità principale delle irregolarità constatate ai funzionari della Commissione che avevano partecipato alla gestione dell'IRELA, in particolare al ricorrente.

90. A sostegno della sua domanda risarcitoria, il sig. Camós Grau afferma che l'OLAF avrebbe così commesso due gravi mancanze, la prima affidando la sua indagine sull'IRELA a un dipendente la cui imparzialità non poteva essere formalmente garantita, il che sarebbe dimostrato dalla decisione 17 maggio 2002, la seconda adottando conclusioni che non si basavano su fatti sufficientemente

mente probanti, ciò che risulterebbe dall'indagine supplementare disposta dall'APN.

91. Il ricorrente sostiene che le mancanze così commesse dall'OLAF gli hanno causato pregiudizi di due ordini. Da un lato, l'OLAF avrebbe pregiudicato la sua serenità di animo, il suo onore e la sua reputazione professionale lasciando sussistere sospetti ingiustificati sul suo conto e facendogli temere l'avvio di procedimenti disciplinari e penali fino all'archiviazione della pratica da parte delle competenti autorità giudiziarie e amministrative, causandogli così un danno morale. Il sig. Camós Grau fa valere a tale titolo la lunghezza del procedimento, la gravità delle conclusioni dell'OLAF nei suoi riguardi e la pubblicità che è stata data loro nella stampa. Dall'altro lato, il ricorrente avrebbe subito un danno alla carriera, poiché la sua domanda ad un posto di direttore non è stata accettata nonostante egli ne avesse assicurato la copertura ad interim e dunque soddisfacesse le condizioni richieste per esservi nominato.

92. La Commissione sostiene che le condizioni per il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità non sono soddisfatte, dal momento che nessun comportamento illecito le può essere addebitato, posto che l'indagine dell'OLAF si è svolta e la relazione è stata approntata secondo i richiesti criteri di obiettività ed imparzialità.

93. In primo luogo, la convenuta afferma che la decisione 17 maggio 2002 soddisfaceva l'obbligo di motivazione e che il ricorrente fa valere a torto l'art. 25 dello Statuto, dato che la disposizione applicabile è l'art. 14 del regolamento n. 1073/99.

94. In secondo luogo, essa sostiene che i diritti della difesa non sono stati violati. Il sig. Camós Grau avrebbe disposto di un termine sufficientemente ampio prima della sua audizione per esaminare la relazione di controllo contabile esterno relativa all'IRELA e di tutte le informazioni utili per la sua difesa nel corso dell'indagine. Gli investigatori non avrebbero indotto l'interessato in errore per quanto riguarda l'oggetto dell'indagine, e i numerosi quesiti che gli sono stati posti gli avrebbero permesso di essere perfettamente consapevole dei fatti idonei ad essergli imputati. Inoltre, né il regolamento n. 1073/99 né l'art. 4 della decisione 1999/396 prevedrebbero la comunicazione del progetto di relazione dell'OLAF alla persona interessata, ma soltanto che questa sia messa in grado di esprimersi su tutti i fatti che la riguardano, ciò che si sarebbe verificato nella fattispecie.

95. In terzo luogo, la Commissione sostiene che, in base all'organizzazione interna dell'OLAF, la stesura della relazione d'indagine, che è effettuata, ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1073/1999, sotto l'autorità del direttore, è affidata ad un ufficio esecutivo [executive board], e che nessun principio generale impone la continuità nella composizione del gruppo di funzionari ed agenti che svolgono un'indagine.

96. In quarto luogo, la Commissione afferma, per quanto riguarda la regolarità e l'obiettività dell'indagine, che l'OLAF ha accuratamente esaminato la possibilità di un conflitto di interessi in capo al sig. P. e, avendolo ritenuto sussistente, ha proceduto al ritiro dell'investigatore in una fase in cui la relazione non era ancora stata conclusa.

97. In quinto luogo, l'OLAF non avrebbe commesso alcun errore manifesto nella sua valutazione del ruolo del sig. P., sia per quanto riguarda le responsabi-

lità pregresse di quest'ultimo, sia per quanto riguarda l'indagine qui in esame. La convenuta sostiene che il sig. P. è intervenuto soltanto in qualità di investigatore associato e che egli non ha in alcun modo determinato la strategia e l'impostazione dell'indagine e non ha avuto neanche il controllo sui contenuti della relazione. Questa sarebbe stata preparata da un altro investigatore e redatta dall'ufficio esecutivo dell'OLAF in piena conoscenza delle circostanze del ritiro del sig. P.

98. In sesto luogo, la Commissione sostiene che l'indagine è stata condotta nel rispetto dei principi di imparzialità e di equità, poiché il ritiro del sig. P. è stato deciso proprio al fine di assicurare l'imparzialità e l'obiettività dell'indagine. Essa afferma che la relazione impugnata evidenzia la responsabilità eventuale di altri funzionari, in particolare della DG «Controllo finanziario», e che i documenti prodotti dal ricorrente a tale riguardo sono stati inseriti nel fascicolo.

99. Per quanto riguarda i danni dei quali il sig. Camós Grau chiede il risarcimento, la Commissione sostiene che il ricorrente non fornisce alcun elemento concreto che dimostri l'esistenza del danno morale asserito, né alcuna prova relativa al danno alla carriera fatto valere.

#### Giudizio del Tribunale

##### — Sul sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità

100. Secondo una costante giurisprudenza, in materia di responsabilità della Comunità per danni causati ai singoli da una violazione del diritto comunitario imputabile ad un'istituzione o ad un organo comunitario, un diritto al risarcimento è riconosciuto ove siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente all'autore dell'atto e il danno subito dai soggetti lesi (sentenze della Corte 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil/Commissione*, Racc. pag. I-5291, punti 41 e 42, e 10 dicembre 2002, causa C-312/00 P, *Commissione/Camar e Tico*, Racc. pag. I-11355, punto 53).

##### — Sulle norme di diritto asseritamente violate

101. Al fine di statuire sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità, occorre nel caso di specie verificare, innanzitutto, se le norme di diritto asseritamente violate siano preordinate a conferire diritti ai singoli. Il ricorrente fa valere violazioni dei principi di imparzialità, di equità e di obiettività, di tutela del legittimo affidamento e di buona amministrazione. Egli fa valere altresì la violazione dei diritti della difesa e delle regole di forma riguardanti la redazione delle relazioni dell'OLAF, nonché la violazione dell'obbligo di motivazione.

102. È sufficiente a tale riguardo constatare che almeno la regola di imparzialità, che si impone alle istituzioni nel compimento di missioni di indagine come quelle affidate all'OLAF, ha di mira, oltre all'interesse generale, la tutela

delle persone interessate e conferisce a queste un diritto soggettivo al rispetto delle garanzie corrispondenti (v., in tal senso, sentenza della Corte 21 novembre 1991, causa C-269/90, Technische Universität München, Racc. pag. I-5469, punto 14).

103. Occorre, di conseguenza, constatare che il ricorrente fa valere la violazione di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli.

— Sul comportamento dell'OLAF nella conduzione dell'indagine e nella stesura della relazione riguardante l'IRELA

104. Al fine di decidere sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità, occorre poi stabilire se il comportamento dell'OLAF nella conduzione dell'indagine e nella stesura della relazione riguardante l'IRELA integri una violazione sufficientemente caratterizzata della norma di imparzialità invocata, vale a dire, secondo la giurisprudenza, se esso riveli a questo proposito una violazione grave e manifesta dei limiti imposti al potere discrezionale del detto ufficio (v., in tal senso, sentenza Mediatore/Lamberts, cit. *supra* al punto 79, punti 49, 60, 62 e 63).

105. In forza delle disposizioni che lo regolamentano, l'OLAF deve svolgere le indagini che rientrano nella sua competenza in conformità del Trattato e dei principi generali di diritto comunitario, segnatamente del precetto di imparzialità, nonché nel rispetto dello Statuto, il cui art. 14, in particolare, mira ad evitare le possibili situazioni di conflitto di interessi in capo ai dipendenti.

106. Per valutare il comportamento dell'OLAF, occorre verificare, in primo luogo, l'esistenza del conflitto di interessi in capo al sig. P., tenuto conto delle responsabilità che questi avrebbe avuto in relazione all'IRELA nell'ambito delle sue precedenti funzioni alla DG «Controllo finanziario», in secondo luogo, il ruolo effettivo di tale investigatore nello svolgimento dell'indagine relativa all'IRELA e, in terzo luogo, eventualmente, l'incidenza di un tale ruolo sulla predisposizione della relazione del 17 ottobre 2002.

107. In primo luogo, per quanto riguarda l'esistenza del conflitto di interessi in capo al sig. P., la lettera del 17 maggio 2002 inviata al sig. Camós Grau dal capo dell'unità «Magistrati, consiglio e seguito giudiziario» comunica che l'OLAF, alla luce del parere giuridico fornito da tale unità al direttore dell'OLAF — secondo cui «la posizione del [sig. P.] in qualità di investigatore associato nella pratica di riferimento [IRELA] potrebbe essere percepita come un conflitto di interessi» — e in conformità della proposta fatta al direttore da tale unità, ha deciso di ritirare l'interessato dall'indagine. Inoltre, risulta dal controricorso della Commissione che è in considerazione di tale possibilità di un conflitto di interessi e per assicurare l'imparzialità e l'obiettività dell'indagine che il sig. P. è stato esonerato da quest'ultima.

108. Di fatto, era impossibile dubitare nel caso di specie dell'esistenza del conflitto di interessi in capo al sig. P.. Risulta, infatti, dal fascicolo che le risorse dell'IRELA provenivano per la loro quasi totalità dal bilancio comunitario, che la DG competente per l'America latina, al cui interno lavorava il sig. - Camós Grau al momento dei fatti, assicurava un monitoraggio tecnico e finanziario dell'IRELA e che la DG «Controllo finanziario», a cui spetta dare la

propria approvazione su tutti gli impegni di spesa e sui pagamenti effettuati a carico di fondi comunitari, aveva approvato tutti i progetti attribuiti all'IRELA.

109. Orbene, il sig. P., di formazione contabile, aveva lavorato, all'epoca dei fatti che sono oggetto dell'indagine, alla DG «Controllo finanziario», nell'unità incaricata del controllo delle spese dell'IRELA, come responsabile degli affari orizzontali e metodologici del settore dell'aiuto alimentare ed umanitario. Egli aveva svolto in particolare funzioni di capo di tale unità dal 1º marzo al 30 novembre 1998 nonché nel mese di marzo 2000, il che lo abilitava a firmare documenti relativi all'IRELA. L'IDOC menziona infatti nella sua relazione una nota del 3 gennaio 1997, firmata dal sig. P. e inviata alla direzione competente per l'America latina, che accordava l'approvazione della DG «Controllo finanziario» ad un progetto relativo all'IRELA.

110. L'esistenza di un conflitto di interessi in capo al sig. P. è, dunque, dimostrata.

111. In secondo luogo, per quanto riguarda il ruolo effettivo del sig. P. nella conduzione dell'indagine relativa all'IRELA, occorre notare che, secondo la decisione di avvio dell'indagine interna del 30 gennaio 2001, quattro agenti dell'OLAF, fra cui il sig. P., erano abilitati a svolgere l'indagine. Due di loro hanno lasciato l'OLAF il 30 settembre 2001 ed hanno pertanto cessato di partecipare all'indagine. Dopo che il sig. P. è stato rimosso con la decisione 17 maggio 2002, l'unico investigatore rimasto incaricato dell'indagine e che, secondo l'OLAF, ne assumeva la direzione ed aveva elaborato con il sig. P. la relazione provvisoria datata 20 dicembre 2000, ha redatto il progetto di relazione definitiva. Tale investigatore, avendo lasciato l'OLAF il 30 settembre 2002, non ha firmato la relazione.

112. Risulta dal fascicolo che l'investigatore rimosso ha partecipato a tutte le audizioni effettuate a nome dell'OLAF, che si sono svolte tra il mese di febbraio 2001 ed il mese di aprile 2002, ad eccezione di quella del precedente direttore della direzione competente per l'America latina, superiore gerarchico diretto del sig. Camós Grau. Tale investigatore era, peraltro, uno dei due redattori della relazione della missione effettuata presso la sede dell'IRELA, a Madrid, nonché della relazione provvisoria 20 dicembre 2000 sopra menzionata. Risulta altresì che tutti gli atti di investigazione sono stati compiuti prima del ritiro del sig. P. e che sono stati effettuati da due o tre persone, con la costante presenza — salvo in un caso — dell'investigatore rimosso.

113. È giocoforza constatare che il sig. P. ha partecipato alla conduzione dell'indagine nella sua totalità. L'argomento della Commissione secondo cui tale investigatore non sarebbe stato incaricato della direzione dell'indagine, ma avrebbe avuto un ruolo complementare e subordinato, non vale a sminuire le constatazioni che precedono relative alla presenza continua e all'implicazione sostanziale del sig. P. nell'indagine sull'IRELA.

114. In terzo luogo, per quanto riguarda l'incidenza della partecipazione del sig. P. all'indagine nella redazione della relazione del 17 ottobre 2002, la convenuta afferma che l'OLAF ha tenuto conto della possibilità di un conflitto di interessi in capo ad un investigatore nell'approntamento della relazione finale e che questa è stata redatta con piena cognizione di causa al riguardo.

115. Occorre dunque esaminare i documenti che sono successivamente serviti all'elaborazione della relazione, verificando in particolare, come suggerisce



l'argomentazione del ricorrente, in primo luogo, se da essi risulti che le responsabilità eventuali della DG «Controllo finanziario», nonostante le sue missioni, sono state indebitamente taciute o minimizzate, in secondo luogo, se, una volta che l'OLAF aveva ammesso, ritirando il sig. P. dall'indagine, che sussisteva in capo a questi un rischio di conflitto di interessi, si sia di ciò tenuto conto nella relazione 17 ottobre 2002 e, in terzo luogo, più in generale, se le censure del ricorrente relative alla mancanza di imparzialità dell'indagine e della conseguente relazione siano confermate da questa verifica.

116. Vanno presi in considerazione tre documenti, vale a dire la relazione provvisoria 20 dicembre 2000 redatta dal sig. P. e dall'investigatore rimasto in carica all'indagine fino alla sua conclusione, il progetto di relazione redatto da quest'ultimo alla fine del mese di agosto 2002, e la relazione finale del 17 ottobre 2002.

117. Risulta, innanzitutto, dalla relazione provvisoria del 20 dicembre 2000 che questa mette in evidenza la partecipazione — qualificata come intromissione rilevante e discutibile — di funzionari della Commissione nella gestione dell'IRELA, indicando che questi sono stati all'origine della creazione di una riserva finanziaria ed hanno approvato, con i membri del Parlamento, tale prassi illecita per alimentare questo fondo. Per quanto riguarda il ruolo eventuale della DG «Controllo finanziario» relativamente alla gestione dell'IRELA, tale direzione viene menzionata soltanto a proposito della relazione di controllo contabile dell'IRELA da essa effettuato nel 1997 e delle critiche che essa allora avrebbe mosso nei riguardi della gestione finanziaria dell'IRELA, critiche che sono presentate come possibile causa del ritiro dei funzionari della Commissione dalla gestione dell'IRELA. Il documento presenta inoltre come assodata la conoscenza degli atti illeciti da parte dei funzionari della Commissione.

118. Inoltre, per quanto riguarda il progetto di relazione redatto alla fine del mese di agosto 2002, risulta che alcuni passaggi riguardanti il ruolo della DG «Controllo finanziario» e quello della Commissione nel suo complesso sono stati mitigati o soppressi nella versione definitiva della relazione. In particolare, il progetto di relazione fa presente la conoscenza che la Commissione aveva delle prassi che avevano permesso all'IRELA di ottenere utili irregolari, posto che l'istituzione (Controllo finanziario) aveva accettato i documenti giustificativi. Il progetto ritiene che la DG «Controllo finanziario», nella sua relazione del 1997, abbia fatto un'analisi parziale della situazione. Esso qualifica come incomprensibile il fatto che i controllori contabili di tale direzione non abbiano approfondito le questioni che si ponevano automaticamente una volta che le irregolarità erano state rilevate. Per quanto riguarda la responsabilità della Commissione, si afferma che «[i]l caso IRELA ha superato le responsabilità di una DG normale e che [l]a DG «Controllo finanziario» non ha agito in modo rigoroso quando ha avuto tutti gli elementi per approfondire i problemi finanziari dell'[IRELA]». In conclusione, il progetto ritiene che il ruolo della Commissione nella pratica dell'IRELA non si sia limitato all'azione di tre persone, ma sia il «risultato di un'attività istituzionale», tenuto conto del fatto che i sistemi di controllo della Commissione non hanno funzionato in modo effettivo, che la DG «Controllo finanziario» ha esercitato un «controllo debole» e che i servizi della Commissione non hanno agito in modo coordinato.

119. Infine, risulta dalla relazione finale del 17 ottobre 2002 che questa si limita a indicare a margine, per quanto riguarda il ruolo e le responsabilità eventuali della DG «Controllo finanziario», che si era deciso di non analizzare tali circostanze al fine di non ritardare l'indagine. Se anche la relazione aggiunge che deve prospettarsi l'eventuale responsabilità dei dipendenti di tale direzione, tale questione non viene più affrontata nel seguito della relazione, osservandosi che un solo funzionario della direzione in esame è stato sentito nell'ambito dell'indagine.

120. Concludendo l'esame dei fatti, la relazione indica che l'indagine ha dimostrato che soltanto i funzionari della Commissione che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA hanno avuto conoscenza dei dettagli operativi che hanno permesso di realizzare irregolarmente margini di utile, sottolineando il «ruolo attivo» e la «responsabilità principale» degli interessati nella creazione e nel funzionamento del sistema.

121. Esaminando il ruolo della Commissione, la relazione insiste sul ruolo e sulle responsabilità della direzione competente per l'America latina, affermando, in particolare, che i funzionari di tale direzione presenti negli organi dell'IRELA si sono serviti della loro posizione «per consentire l'utilizzo di documenti che permettevano il pagamento degli utili». Per quanto riguarda la DG «Controllo finanziario», la relazione menziona soltanto il controllo contabile realizzato nel 1997 ed il suo carattere incompleto.

122. Le conclusioni finali della relazione ribadiscono che il sistema di finanziamento dell'IRELA, all'origine delle irregolarità constatate, è stato creato nell'ambito di un organo i cui membri più attivi erano gli agenti della Commissione e che la direzione competente per l'America latina ne conosceva i dettagli operativi. La DG «Controllo finanziario» risulta essere stata aggirata anche se, in fine, è fatta menzione della sua «passività» ed della sua «mancanza di serio controllo».

123. Per quanto riguarda le responsabilità individuali, la relazione riguarda personalmente, tra gli agenti della Commissione, soltanto i funzionari della direzione competente per l'America latina che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA e raccomanda nei loro confronti l'avvio di procedimenti disciplinari, raccomandazioni ripetute sotto la voce «Provvedimenti da prendere», da estendere «eventualmente [ad] altri dipendenti, in particolare nell'ambito della DG «Controllo finanziario»».

124. L'esame comparativo delle versioni successive della relazione dell'OLAF mostra che la versione definitiva ha manifestamente taciuto e minimizzato il ruolo della DG «Controllo finanziario» e concentrato parallelamente tutta la responsabilità delle irregolarità imputate alla Commissione sui soli funzionari che avevano partecipato alla gestione dell'IRELA, scegliendo così di confermare la posizione adottata nella relazione provvisoria, uno dei cui autori era il sig. P., ed eliminando la presentazione più sfumata fatta nel progetto di relazione redatto senza la collaborazione del sig. P. al termine del mese di agosto 2002, la quale prevedeva un ruolo più rilevante della DG «Controllo finanziario», rilevando le sue mancanze nel caso IRELA, e rifiutava di attribuire ai soli funzionari sopra menzionati la responsabilità all'interno della Commissione per affermare in definitiva che la detta responsabilità derivava più da un disfunzionamento istituzionale che coinvolgeva anche la DG «Controllo finanziario».

125. Risulta da quanto precede che, in primo luogo, l'esistenza del conflitto di interessi in capo al sig. P. è dimostrata. In secondo luogo, il sig. P. ha partecipato alla quasi totalità degli atti investigativi, nessuno dei quali è stato rimesso in questione dopo che egli è stato rimosso dall'indagine. Inoltre, egli ha agito all'interno di un gruppo il cui effettivo si è ridotto nel corso del tempo, ed è stato uno dei due redattori della relazione provvisoria. In terzo luogo, il sig. P. ha svolto un ruolo effettivo importante nel corso dell'indagine.

126. Inoltre, risulta dal fascicolo che l'influenza esercitata dal sig. P. nel modo di condurre l'indagine ha pregiudicato il requisito d'imparzialità. Infatti, due servizi, vale a dire la direzione competente per l'America latina e la DG «Controllo finanziario» erano, in base alle rispettive competenze, incaricati del monitoraggio e del controllo dell'attività dell'IRELA, in particolare nei suoi aspetti finanziari. Nell'ambito dell'indagine interna avviata dall'OLAF, l'esame del ruolo della DG «Controllo finanziario» sarebbe stato tanto più giustificato per il fatto che l'IRELA era interamente dipendente dai sussidi comunitari e che la DG «Controllo finanziario», che deve approvare tutti gli investimenti dei fondi comunitari, aveva a più riprese formulato osservazioni riguardanti l'IRELA.

127. Orbene, è pacifico che è stata adottata la scelta di non fare investigazioni riguardanti la DG «Controllo finanziario», dato che, per quanto riguarda possibili responsabilità della Commissione, l'indagine si è incentrata esclusivamente sul ruolo della direzione competente per l'America latina. Risulta, a tale proposito, che le investigazioni effettuate dal mese di febbraio 2001 al mese di aprile 2002, nel corso delle quali un solo agente della DG «Controllo finanziario» è stato sentito contro cinque della direzione competente per l'America latina, hanno seguito l'impostazione data all'indagine dalla relazione provvisoria. Tale relazione, di cui uno dei due redattori era il sig. P., non prospettava dunque nessuna chiamata in causa della DG «Controllo finanziario», ma conteneva per contro affermazioni categoriche sull'implicazione dei funzionari della direzione competente per l'America latina nelle irregolarità constatate. La conclusione secondo cui l'influenza del sig. P. nell'impostazione data all'indagine è stata determinante è confermata dal parere del 2 maggio 2002, citato dalla convenuta nelle sue risposte ai quesiti posti dal Tribunale relativi all'elaborazione della relazione controversa menzionata sopra al punto 30, in cui il capo dell'unità «Magistrati, consiglio e seguito giudiziario» dell'OLAF concludeva per la rimozione dell'investigatore e raccomandava di non prendere in considerazione nella relazione finale «gli input provenienti dal [sig. P.]».

128. La valutazione parziale e quindi artificiosa del ruolo della Commissione, metodologicamente poco comprensibile a causa del carattere essenziale della funzione di controllo finanziario, non poteva che condurre, per omissione, ad una presentazione falsata delle esatte responsabilità dei servizi interessati dell'istituzione e, di conseguenza, dei loro membri.

129. La relazione finale, che attribuisce l'intera responsabilità dei comportamenti fraudolenti imputabili alla Commissione ai soli funzionari della DG competente per l'America latina che avevano partecipato alla gestione dell'IRELA, senza riprendere gli elementi relativi al ruolo della DG «Controllo finanziario» che figuravano nel progetto di relazione redatto alla fine del mese di agosto 2002, il quale conteneva numerose valutazioni critiche riguardo a tale direzione,

conferma lo squilibrio derivante da tale esame parziale e artificioso delle responsabilità dell'istituzione.

130. La giustificazione offerta dalla relazione del 17 ottobre 2002 a proposito del mancato esame del ruolo della DG «Controllo finanziario», secondo cui, «[al] fine di non ritardare l'indagine, è stato deciso di non analizzare le circostanze relative alla responsabilità della DG "Controllo finanziario"», non può essere accettata. La preoccupazione dell'OLAF di condurre le proprie indagini con celerità, quantunque legittima quando i fatti sono risalenti e suscettibili di prescrizione, non può tuttavia legittimamente giustificare un esame parziale o selettivo delle responsabilità potenziali di differenti servizi dell'istituzione o dell'organismo controllato quando è manifesto, come nel caso di specie, che i detti servizi hanno avuto, a titolo diverso, un ruolo attivo nelle circostanze del caso che è oggetto dell'indagine.

131. Risulta da quanto precede che il contenuto e le conclusioni della relazione dell'OLAF violano il criterio di imparzialità. Tale violazione da parte dell'OLAF della regola di diritto di cui trattasi costituisce un inadempimento tanto più grave per il fatto che l'OLAF è stato creato per svolgere indagini relative a qualsiasi attività illecita pregiudizievole degli interessi delle Comunità e idonea ad essere perseguita a livello amministrativo o penale ed è stato costituito come servizio autonomo della Commissione perché gli venisse conferita l'indipendenza funzionale giudicata necessaria per l'esercizio del suo compito. Inoltre, tenuto conto della conoscenza del conflitto di interessi in capo al sig. P., che l'OLAF aveva del resto ammesso rimuovendo l'investigatore, la conferma nella relazione finale dell'impostazione artificiosa data all'indagine sotto l'influenza del sig. P. conferisce alla violazione del criterio d'imparzialità un carattere manifesto.

132. Tale conclusione è inoltre rafforzata dalla relazione dell'IDOC del 2 luglio 2003. Occorre ricordare che l'IDOC era stato incaricato di verificare la compatibilità con la normativa comunitaria allora in vigore: 1) della partecipazione di dipendenti della Commissione alla gestione dell'IRELA; 2) della proposta e/o della tolleranza del piano di riassetto finanziario e di indicare l'eventuale responsabilità individuale dei dipendenti che ne deriverebbe, e 3) dell'eventuale responsabilità dei dipendenti della Commissione che avevano partecipato alla gestione dell'IRELA nonché di quelli dei servizi incaricati del controllo dei fondi comunitari dell'IRELA.

133. La relazione dell'IDOC, che esamina il ruolo della DG «Controllo finanziario», rileva dunque che tale direzione non è stata oggetto di nessuna menzione nella relazione finale dell'OLAF, ad eccezione della raccomandazione che figura nella voce «Provvedimenti da prendere».

134. Orbene, l'IDOC osserva, per quanto riguarda la decisione di creare una riserva finanziaria, all'origine delle irregolarità, da una parte, che tale riserva è stata di molto precedente alla partecipazione dei tre funzionari chiamati in causa dalla relazione dell'OLAF, e che essa è stata raccomandata dalla direzione competente per l'America latina e dalla DG «Controllo finanziario» nel 1986, decisa nel 1988 ed accettata, se non addirittura incoraggiata, dalla Commissione. L'IDOC osserva, dall'altra parte, che l'illiceità di tale prassi è stata rilevata soltanto tardivamente, nel 1997, dalla direzione competente per l'America latina, che ha interrogato il servizio giuridico della Commissione e la DG

«Controllo finanziario», la quale ha espresso i suoi dubbi sulla liceità del meccanismo, in contraddizione con il parere da essa formulato nel 1986.

135. La relazione dell'IDOC indica, inoltre, che il sig. Camós Grau aveva spiegato all'OLAF che ogni anno la DG «Controllo finanziario» approvava la verifica contabile dell'IRELA, realizzata da uno studio contabile, e che, in quella del 1995, era espressamente precisato che l'IRELA aveva avuto utili per un ammontare di 1,194 milioni di euro. Orbene, l'IDOC osserva che il documento citato dal sig. Camós Grau a sostegno delle proprie affermazioni non era stato allegato al fascicolo che accompagnava la relazione finale dell'OLAF, ma è stato ritrovato nel fascicolo tenuto dall'OLAF.

136. La relazione dell'IDOC aggiunge che la DG «Controllo finanziario», dopo il suo controllo effettuato nel 1997, non ha proceduto ad un esame più approfondito e che, benché interrogata dall'ex-responsabile dell'unità finanziaria della direzione competente per l'America latina sulla possibilità [per l'IRELA] di sovrappiù onorari e spese alla Commissione al di là del piano di lavoro adottato e della sovvenzione, essa avrebbe alla fine approvato gli impegni. Gli autori della relazione dell'IDOC si stupiscono del fatto che, sebbene la DG «Controllo finanziario» esaminasse ogni progetto attribuito all'IRELA, essa abbia atteso il 1997 per fare osservazioni critiche. Essi si stupiscono altresì dei termini della nota firmata dal sig. P., menzionata sopra al punto 112, che segnala alla direzione competente per l'America latina che la DG «Controllo finanziario» dava la propria approvazione per un progetto, ma avrebbe voluto tuttavia ricevere documenti giustificativi appropriati in ogni caso.

137. Le valutazioni dell'IDOC per quanto riguarda la responsabilità dei tre funzionari della Commissione che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA sono, peraltro, molto più sfumate. Si osserva che la regolarità di tale partecipazione è stata sollevata solo tardivamente, nel 1994, e che il proseguimento di tale partecipazione è stato espressamente autorizzato, dopo il parere del segretario generale, del servizio giuridico e della DG «Controllo finanziario», il 17 ottobre 1995. L'IDOC afferma, contrariamente alle conclusioni della relazione dell'OLAF, che non è stato dimostrato che i tre funzionari dichiarati responsabili da quest'ultimo fossero a conoscenza delle irregolarità, consistenti in particolare nel giustificare costi esagerati con spese inesatte, e rileva che l'illeceità della creazione di riserve finanziarie è stata rilevata soltanto nel 1997 «in termini relativamente incerti».

138. Le conclusioni della relazione dell'IDOC, che rilevano, per lo meno implicitamente, alcune carenze nell'indagine condotta dall'OLAF, risultano comunque molto meno categoriche di quelle dell'OLAF. L'IDOC rileva che non è possibile concludere per l'esistenza di atti censurabili sul piano disciplinare. Esso non individua responsabilità dei singoli, ritenendo che la vicenda riveli piuttosto una mancanza di coordinamento tra i servizi della Commissione incaricati del controllo dei fondi comunitari concessi all'IRELA.

139. Nessuno degli argomenti presentati dalla convenuta permette di mettere in discussione tale conclusione. Infatti, la Commissione afferma che l'indagine si è concentrata in particolare sulla partecipazione dei dipendenti comunitari al funzionamento degli organi dell'IRELA, mentre il ruolo svolto dalla DG «Controllo finanziario» era di altra natura; essa ritiene che un'indagine allargata avrebbe presentato difficoltà viste la risalezza dei fatti e le risorse umane e

materiali necessarie, e che l'OLAF decideva in completa indipendenza dell'ambito delle proprie investigazioni. Tuttavia, tali argomenti non sono tali da giustificare, trattandosi di un organo d'indagine, il partito preso che è stato constatato nel modo di condurre le sue investigazioni. Del pari inidonea ad invalidare tale constatazione è l'affermazione secondo cui nulla permetterebbe di dimostrare una qualunque manipolazione dei fatti da parte dell'investigatore rimosso, tale da ostacolare l'accertamento della verità.

140. Inoltre, le affermazioni della Commissione secondo cui si sarebbe tenuto conto nella relazione finale delle circostanze del ritiro del sig. P. dall'indagine sono smentite dal contenuto stesso della detta relazione, posto che la menzione da parte di questa di un'eventuale responsabilità di altri dipendenti, in particolare di quelli della DG «Controllo finanziario», appare come una semplice clausola di stile. Se anche l'argomento secondo cui l'OLAF non avrebbe potuto trarre conclusioni nei confronti dei dipendenti di tale direzione senza averli ascoltati in via preliminare è certamente fondato, esso non giustifica la posizione adottata dall'OLAF di limitare la propria indagine quanto al ruolo della Commissione nel caso IRELA ad un'unica direzione. Non risulta, infatti, né comprensibile né giustificato il fatto che l'esame del ruolo della DG «Controllo finanziario» sia stato sottratto dal campo delle investigazioni condotte all'interno della Commissione, quando invece il consenso di tale direzione è necessario per qualsiasi spesa a carico dei fondi comunitari, laddove la relazione dell'IDOC conferma del resto a tale riguardo l'intrecciarsi dei ruoli e delle responsabilità nella vicenda dell'IRELA.

141. Concludendo, l'illiceità del comportamento dell'OLAF nella conduzione dell'indagine e nella stesura della relazione controversa, constatata sopra ai punti 126-132, è dimostrata, poiché l'OLAF ha agito in violazione, grave e manifesta, del precetto di imparzialità. Orbene, una tale violazione costituisce un fatto illecito idoneo a far sorgere la responsabilità della Comunità qualora sussista un nesso di causalità diretto e certo tra il fatto illecito stesso ed il danno asserito.

— Sul nesso di causalità tra il fatto illecito commesso dall'OLAF e i danni asseriti dal ricorrente

142. A tale riguardo, occorre constatare che i differenti tipi di danno, danno alla carriera e danno morale, che il sig. Camós Grau fa valere e di cui bisognerà verificare l'esistenza, trovano direttamente la loro origine nella chiamata in causa personale del suo comportamento che viene effettuata nella relazione e che si concreta in conclusioni e raccomandazioni che lo riguardano individualmente. È quindi dimostrato il nesso di causalità richiesto dalla giurisprudenza tra il comportamento illecito che si concreta nel contenuto della relazione e i danni che si presume esserne risultati per l'interessato.

143. Si deve tuttavia precisare a tale riguardo che il fatto che il contenuto della relazione, a motivo della chiamata in causa personale dell'interessato, sia la causa diretta dei danni asseriti non significa che tali danni si siano prodotti. Si giungerà eventualmente ad una tale conclusione separatamente, per ciascuno dei due danni fatti valere, soltanto dopo aver valutato l'impatto effettivo che possono avere avuto le conclusioni e le raccomandazioni formulate nella rela-

zione, da una parte, sulla situazione professionale del ricorrente e, dall'altra, sulla sua situazione personale.

144. Per contro, quanto ad altre irregolarità che il ricorrente fa valere relativamente, in primo luogo, alla motivazione della decisione dell'OLAF che ha rimesso il sig. P. dall'indagine, in secondo luogo, al rispetto dei diritti della difesa e dei principi di tutela del legittimo affidamento e di buona amministrazione, per quanto attiene alla sua audizione da parte dell'OLAF e alla comunicazione della relazione prima della sua adozione, e, in terzo luogo, alla competenza a predisporre e adottare le relazioni dell'OLAF all'interno di quest'ultimo, si deve constatare che esse di per sé non possono comunque aver cagionato al ricorrente un danno distinto da quello derivante dal contenuto della relazione stessa.

— Sul danno del ricorrente

145. Dal comportamento illecito dell'OLAF sarebbero derivati al ricorrente danni di due tipi, vale a dire un danno materiale, relativo al corso della sua carriera, e un danno morale, connesso alle accuse mosse nei suoi riguardi.

146. In primo luogo, per quanto riguarda il danno che avrebbe colpito la carriera del ricorrente, occorre esaminare se, come sostiene l'interessato, la sua candidatura a un posto di direttore non sia stata accettata nonostante egli avesse assicurato la copertura ad interim di tale posto e avesse così dimostrato di possedere i requisiti necessari per coprire quest'ultimo.

147. Risulta dalle indicazioni fornite dalle parti in risposta ai quesiti posti dal Tribunale, menzionate sopra al punto 33, che il sig. Camós Grau si è candidato per un posto di direttore presso la direzione A «Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia» della DG «Allargamento», del quale, in qualità di dipendente più anziano nel grado più elevato, aveva assicurato la copertura ad interim tra il mese di dicembre 2002 ed il 1° aprile 2003, data in cui è stato chiamato ad altre funzioni. La procedura di designazione, avviata con la pubblicazione di un avviso di posto vacante effettuata il 4 marzo 2003, si è svolta, conformemente alla prassi abituale dell'istituzione, sulla base di criteri relativi alle competenze e alle attitudini particolari per il posto in questione. Un gruppo composto da quattro direttori, tre della DG «Allargamento» e uno della DG «Agricoltura», ha proceduto ad una preselezione, scegliendo in questa fase otto persone. Il candidato scelto alla fine è stato nominato con decisione 9 luglio 2003.

148. Per quanto riguarda l'impatto sfavorevole che le conclusioni dell'OLAF potrebbero avere avuto sulla candidatura del ricorrente, quest'ultimo richiama alcune circostanze relative alla cronologia dei fatti che mostrerebbero che la relazione dell'OLAF può avere influito sul rigetto della sua candidatura.

149. Tuttavia, anche se è pacifico che la relazione dell'IDOC è stata consegnata alla Commissione il 2 luglio 2003, vale a dire quasi alla fine della procedura avviata per assegnare il posto in questione, e che la decisione dell'APN di archiviare la pratica è intervenuta soltanto il 2 settembre 2003, quando il posto era stato assegnato, tali indicazioni cronologiche non possono valere come seri indizi di un legame tra la relazione dell'OLAF e la decisione dell'APN di non accettare la candidatura del sig. Camós Grau, in mancanza di qualsiasi altro elemento che permetta di pensare che in altre circostanze la sua candidatura

avrebbe potuto essere preferita dall'APN, nell'ambito del suo ampio potere discrezionale, a quella del vincitore.

150. Di conseguenza, si deve concludere che il ricorrente non ha dimostrato che la sua candidatura non è stata accettata a motivo delle accuse mosse nei suoi confronti dalla relazione dell'OLAF.

151. Più in generale, si deve notare che nessun pregiudizio alla carriera può essere direttamente imputato al contenuto della relazione dell'OLAF in quanto, come rilevato sopra ai punti 51-53, tale relazione, una volta adottata la decisione di non darvi seguito con provvedimenti disciplinari, non può servire da fondamento per nessuna misura pregiudizievole per la carriera dell'interessato.

152. La Commissione, a tale riguardo, ha espressamente indicato all'udienza che, una volta che, sulla base di una relazione dell'OLAF, essa decide di non avviare un procedimento disciplinare, tale relazione non può più produrre effetti. Inoltre, nella sua lettera del 23 settembre 2005 di cui sopra al punto 35, la Commissione ha precisato che «nessuna relazione dell'OLAF è stata inserita nel fascicolo personale del ricorrente» e che «la parte H del fascicolo personale del ricorrente, riservata alle questioni disciplinari, è tuttora in bianco, dato che l'interessato ha scelto di non esercitare la facoltà — della quale era stato informato — di chiedere di allegare al suo fascicolo personale la documentazione da cui risulta che, a seguito dell'indagine amministrativa complementare, l'APN ha deciso di archiviare la pratica senza provvedimenti disciplinari».

153. La convenuta ha aggiunto che la sua prassi costante è quella di non inserire nel fascicolo personale le relazioni dell'OLAF che chiamano in causa dei dipendenti, ritenendosi che tali relazioni non ricadano sotto l'art. 26, lett. a), dello Statuto [dato che tale disposizione menziona le relazioni che interessano la competenza, il rendimento o il comportamento del dipendente]. La Commissione ha altresì indicato che «[n]el fascicolo personale vengono inseriti documenti disciplinari o preparatori per un eventuale procedimento disciplinare soltanto in caso di sanzioni o di ammonimenti ai sensi dell'art. 3, lett. b), dell'allegato IX dello Statuto». Si deve qui osservare che la convenuta si riferisce alle disposizioni dello Statuto nel testo entrato in vigore il 1o maggio 2004, ai sensi del quale la disposizione menzionata è stata modificata, e che l'art. 3, lett. b), del detto allegato IX prevede quanto segue: «Sulla base della relazione d'indagine, dopo aver comunicato al funzionario interessato tutti gli elementi del fascicolo e dopo averlo ascoltato, l'autorità che ha il potere di nomina può: (...) b) decidere, anche in caso di mancanza o presunta mancanza agli obblighi, che non occorre adottare alcuna sanzione e, se necessario, inviare al funzionario un ammonimento; (...)».

154. Risulta da tali indicazioni che la relazione dell'OLAF non appare nel fascicolo personale del sig. Camós Grau, che non reca alcuna menzione relativa alla pratica IRELA, in particolare non contiene la menzione dell'archiviazione di tale pratica senza provvedimenti disciplinari, decisa dopo la consegna della relazione complementare dell'IDOC. Infine, all'udienza, la convenuta ha concluso la propria difesa sottolineando che, «dopo l'archiviazione dei procedimenti penali e disciplinari avviati sulla base di una relazione [dell'OLAF], la Commissione non potrebbe utilizzare legittimamente tale relazione in un altro modo surrettizio o in un altro contesto contro il dipendente di cui trattasi, e



che il principio della presunzione di innocenza vuole che l'APN non possa utilizzare tale relazione in modo negativo [nei confronti del detto dipendente]».

155. Risulta da quanto precede che l'asserito danno alla carriera non è dimostrato.

156. In secondo luogo, per quanto riguarda l'asserito danno morale, occorre valutare se, come sostiene il ricorrente, gli illeciti commessi dall'OLAF abbiano pregiudicato la sua serenità d'animo, il suo onore e la sua reputazione professionale, tenuto conto, in particolare, della gravità degli illeciti di cui l'OLAF ha accusato l'interessato, della lunghezza del procedimento e della pubblicità data dalla stampa alla vicenda. Occorre prendere in considerazione a tale riguardo gli argomenti del ricorrente, il quale sottolinea, da una parte, che l'OLAF l'ha chiamato in causa a titolo quasi esclusivo e ha finito col riconoscere le sue responsabilità penali e disciplinari e, dall'altra, che, a causa delle accuse mosse contro di lui, egli è rimasto sotto la minaccia di una sanzione disciplinare, almeno fino al deposito della relazione dell'IDOC e all'archiviazione della pratica.

157. È chiaro che le accuse mosse dall'OLAF nella relazione controversa avverso il sig. Camós Grau, che gli addebitano, insieme agli altri due funzionari della Commissione che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA, la responsabilità principale nella creazione e nel funzionamento di un sistema che permetteva di realizzare irregolarmente margini di utili, affermando in particolare che tali fatti censurabili erano stati commessi con cognizione delle irregolarità e servendosi della loro posizione all'interno della Commissione, costituiscono accuse particolarmente gravi, che arrecano all'onore e alla reputazione professionale di un dipendente, a maggior ragione del grado del ricorrente, un pregiudizio corrispondente alla gravità del comportamento censurato.

158. In particolare, a causa del partito preso nel procedimento condotto dall'OLAF, che ha volontariamente sottratto la DG «Controllo finanziario» dall'ambito delle proprie investigazioni, tutta la responsabilità imputabile alla Commissione si è trovata concentrata sulla direzione competente per l'America latina, e più precisamente sui tre funzionari di tale direzione che hanno partecipato alla gestione dell'IRELA. Per di più, dato che gli altri due funzionari chiamati in causa con il ricorrente non erano più in servizio alla Commissione, bensì in aspettativa per motivi personali quando la relazione è stata consegnata, il sig. Camós Grau si è trovato, di fatto, il solo responsabile indicato dalla relazione del 17 ottobre 2002 rimasto in funzione all'interno dell'istituzione a dover sopportare il peso delle accuse dell'OLAF mentre egli svolgeva la sua carriera in questa stessa istituzione. Tali circostanze hanno aggravato il danno causato all'interessato.

159. I turbamenti nelle condizioni di vita del ricorrente cagionati dal comportamento dell'OLAF, le sue dispute con quest'ultimo e la minaccia di procedimenti giudiziari e disciplinari derivanti dalle conclusioni della relazione hanno colpito l'interessato per una durata di più di un anno e mezzo. Infatti, il sig. - Camós Grau, che è stato avvisato dall'OLAF dell'avvio di una indagine interna il 30 gennaio 2001 ed ascoltato il 22 febbraio 2001, ha chiamato in causa, a partire dal 22 febbraio 2002, l'investigatore in capo al quale egli sospettava un conflitto di interessi e ha tentato di ottenere, con successivi interventi presso l'OLAF, che l'obiettività e l'imparzialità dell'indagine, la cui impostazione artifi-

ciosa risultava già dalla relazione provvisoria del mese di dicembre 2000, fossero ristabilite e che la relazione finale venisse corretta di conseguenza. Al di là di tali passi infruttuosi, il ricorrente si è trovato, in modo certo a partire dalla consegna della relazione dell'OLAF, il 17 ottobre 2002, sotto la minaccia, da una parte, dell'avvio di procedimenti penali da parte delle autorità giudiziarie belghe e spagnole fino a che tali autorità non hanno deciso, rispettivamente il 13 febbraio e il 10 marzo 2003, di archiviare la pratica, e, dall'altra, dell'avvio da parte dell'APN di un procedimento disciplinare per dare seguito alle raccomandazioni dell'OLAF, fino a che la Commissione non ha deciso, come avevano fatto le autorità giudiziarie, di archiviare la pratica, il 2 settembre 2003.

160. L'offesa all'onore del sig. Camós Grau è stata aggravata dalla pubblicità esterna che ha ricevuto la relazione dell'OLAF, come indicato sopra al punto 20. Infatti, la relazione controversa, benché costituisse un documento interno la cui comunicazione avrebbe dovuto essere limitata ai soli destinatari di cui all'art. 9 del regolamento n. 1073/1999, è stata diffusa al di fuori di questa cerchia ristretta e le sue conclusioni sono state commentate dalla stampa, dato che il quotidiano spagnolo *El País* ha dato notizia della chiamata in causa personale del sig. Camós Grau in un articolo apparso nella sua edizione dell'11 dicembre 2002.

161. Per contro, non si deve ritenere dimostrato, in rapporto con l'illecito constatato, il danno asserito che sarebbe collegato al fatto che il ricorrente non sarebbe uscito «pulito» dalle accuse a lui rivolte, non sarebbe al riparo da ulteriori indagini che potrebbero essere decise in avvenire o continuerebbe ad essere l'oggetto di una relazione che si trova negli archivi delle autorità e dei servizi destinatari.

162. Risulta tuttavia da quanto precede che il danno morale del sig. Camós Grau, il quale, per le accuse, le conclusioni e le raccomandazioni formulate contro di lui dall'OLAF, ha subito un pregiudizio al proprio onore e alla propria reputazione professionale e sofferto di turbamenti nelle sue condizioni di vita, è dimostrato.

163. Il ricorrente ha quantificato in via provvisoria il danno morale sofferto in misura pari a EUR 10 000. La Commissione non ha formulato osservazioni riguardo all'importo richiesto.

164. Nelle circostanze del caso di specie, il danno subito dal ricorrente a causa della relazione dell'OLAF non è inferiore all'importo richiesto. Occorre di conseguenza accogliere la domanda risarcitoria del sig. Camós Grau nella sua integralità e condannare la Commissione a versargli la somma di EUR 10 000 a titolo di risarcimento del danno morale subito.

— Sul risarcimento del danno relativo alle spese sostenute dal ricorrente per la propria difesa nell'ambito del procedimento amministrativo

165. Il sig. Camós Grau chiede altresì al Tribunale di condannare la Commissione a rimborsargli le spese che egli avrebbe sostenuto nell'ambito dell'indagine e dei suoi reclami amministrativi diretti contro la decisione 17 maggio 2002 e la relazione dell'OLAF del 17 ottobre 2002.

166. Tuttavia, occorre ricordare che tale richiesta non è quantificata e che il ricorrente non ha dimostrato, e neppure asserito, l'esistenza di circostanze

particolari che giustifichino la mancata quantificazione, nel ricorso introduttivo, di tale capo della domanda di risarcimento. Pertanto, la domanda diretta al risarcimento del danno materiale di cui trattasi non soddisfa i requisiti di cui all'art. 44, n. 1, del regolamento di procedura del Tribunale e di conseguenza deve essere respinta in quanto irricevibile (sentenza della Corte 23 settembre 2004, causa C-150/03 P, Hectors/Parlamento europeo, Racc. pag. I-8691, punto 62). (*Omissis*).

## SENTENZE DI ALTRI ORGANI GIUDIZIARI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LOMBARDIA, Milano, Sezione IV, sentenza 6 febbraio 2006, n. 246; Enel Produzione S.p.A. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas.

### **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - Nozione di legge - Include anche gli atti regolamentari - Conseguenze.**

*La nozione di « legge » accolta dall'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non include solo gli atti formalmente legislativi, ma anche gli atti sostanzialmente normativi adottati dalla stessa Amministrazione competente ad applicarli.*

*Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo è in ogni caso condizione indispensabile per il valido esercizio di un potere amministrativo, idoneo a determinare una limitazione delle posizioni giuridiche tutelate degli amministrati, che esso rinvenga una base precisa in una previa previsione normativa, anche se di rango solo regolamentare e non legislativo.*

(*Omissis*). — L'art. 1 del Protocollo n. 1 recita:

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. ».

Il Tribunale osserva, anzitutto, che l'oggetto della tutela apprestata dalla norma non è circoscritto, come sembrerebbe a prima lettura, al diritto di proprietà, posto che l'interpretazione costantemente seguita dalla Corte di Strasburgo (le cui statuizioni, benché non vincolanti per il giudice nazionale, tuttavia costituiscono criterio ermeneutico privilegiato per l'interpretazione delle norme patrizie) vi ha ricondotto, in definitiva, qualsivoglia bene o persino interesse di rilievo patrimoniale, quando in particolare, ai sensi dell'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione, esso possa costituire oggetto di un'obbligazione civile.

L'art. 1 del Protocollo n. 1 è stato pertanto applicato, ad esempio, in una controversia concernente la revoca di una licenza per la somministrazione di sostanze alcoliche (sentenza *Tre Traktorer AB* del 7 luglio 1989), ovvero il diritto all'iscrizione ad un albo professionale (sentenza *Van Marle* del 26 giugno 1989), ovvero un diritto di credito (sentenza *Pressos Companhia Naviera* del 20 novembre 1995), o persino una prestazione assistenziale (decisione della Gran Camera nel caso *Stec e altri contro Gran Bretagna*, del 6 luglio 2005).

Senza dubbio, pertanto, tale norma viene invocata a proposito, con riguardo all'obbligo imposto dallo Stato italiano ad Enel spa di alienare capacità produttiva, ovvero parte del corrispettivo conseguito nella Borsa elettrica tramite l'offerta energetica,

È perciò necessario accertare se siffatta misura di carattere ablatorio poggi su idonea base legale.

Tuttavia, sarebbe in errore chi volesse riprodurre su questo punto le considerazioni svolte sopra dal Tribunale, con riguardo alla violazione della riserva di legge e del principio di legalità.

Infatti, il concetto di «legge» accolto dalla Convenzione esula in buona misura dalla corrispondente nozione accoltane nell'ordinamento giuridico nazionale, e risponde ad esigenze in parte non sovrapponibili a quelle che l'atto avente forza di legge è in grado di soddisfare.

La Convenzione, infatti, in parte può dare per risolto il complicato travaglio storico che conduce gli ordinamenti ad elaborare forme di supremazia del potere legislativo sul potere esecutivo, dall'altro lato si prefigge l'obiettivo di valutare la conformità dell'azione statale *unitariamente intesa* (cioè in accordo con un principio cardine del diritto internazionale) al parametro convenzionale, cosicché è in definitiva rimessa allo Stato membro, entro certi limiti, la scelta del mezzo giuridico legislativo o para-legislativo idoneo a realizzarne gli obiettivi, purché esso risponda agli *standard* qualitativi, per così dire, richiesti a livello pattizio.

D'altro canto, non può sottovalutarsi l'esigenza di adottare criteri uniformi di valutazione, in confronto ad una pluralità di ordinamenti giuridici, spesso profondamente eterogenei.

Perciò, è stato affermato che la nozione di legge recepita dalla Convenzione ricorre «*dans son acception matérielle et non formelle*» (sentenza *De Wilde e altri contro Belgio* del 18 giugno 1971), ed è inclusiva del diritto scritto, come del «diritto non scritto», in ciò includendo le «*droit élaboré par le juges*» (sentenza *Sunday Times contro Gran Bretagna* del 26 aprile 1979), spingendosi fino ad inglobare atti regolamentari assunti *par délégation du législateur* (sentenza *Bartold contro Germania* del 25 marzo 1985): da ultimo, la Gran Camera (sentenza *Leyla Sahin contro Turchia* del 10 novembre 2005) ha ravvisato la base legale necessaria in una circolare con cui il rettore dell'Università di Istanbul ha negato l'accesso ai corsi alle studentesse che indossassero il velo islamico, in quanto espressiva di un valore fondante (la laicità dello Stato), rinvenibile nel disegno costituzionale e legislativo della Turchia, come interpretato dalle Corti locali.

Il Tribunale deve perciò riconoscere che, in questa prospettiva, una tecnica legislativa «aperta», e persino lesiva della legalità sostanziale, sarebbe sufficiente a garantire la base legale, ai fini dell'adozione da parte dell'Autorità di atti del genere di quelli impugnati, *a condizione che essi a propria volta trovassero ulteriore disciplina normativa negli atti regolamentari dell'Autorità stessa*.

La Convenzione, infatti, esige che la privazione imposta dallo Stato membro si regga su una disposizione di legge (nell'accezione «impura» sopra descritta) *certa e dagli effetti prevedibili* (sul punto, da ultimo, la sentenza della Gran Camera del 10 novembre 2005 sopra citata, che attribuisce rilievo alla circostanza per cui la circolare del Rettore di cui si è detto fosse in vigore da di-

versi armi prima che la ricorrente avesse invano richiesto l'accesso all'Università: punto 97 della motivazione in diritto).

Se, pertanto, nell'ottica convenzionale può ammettersi che la saldatura tra generici obiettivi legislativi e prolungamento normativo di questi ultimi per mezzo dell'Autorità possa produrre una base legale idonea ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1, resta fermo che la diretta azione di amministrazione concreta, che non sia esecutiva di una precedente norma generale ed astratta, ove si traduca nella privazione, *a priori* imprevedibile nei suoi contorni effettivi, di un bene giuridicamente tutelato dalla Convenzione, costituisce una violazione da parte dello Stato membro degli obblighi convenzionali.

Nel caso di specie, la articolata e complessa natura del meccanismo elaborato dall'Autorità, il difetto di una precedente previsione normativa (anche secondaria) che ne definisca la cornice, l'incisione su un bene patrimoniale di rilevante entità, inducono a ravvisare negli atti impugnati una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, ciò che li rende illegittimi nell'ordinamento nazionale (si osservi che qualora tali atti fossero, come il Tribunale ritiene di escludere, conformi alla legge nazionale, tale violazione e la conseguente responsabilità dello Stato italiano senz'altro permarrebbe integra dinnanzi alla giustizia di Strasburgo).

Né certamente le garanzie procedurali che assistono la formazione degli atti dell'AEEG possono supplire alla lacuna del fondamento legale del potere ablatorio, posto che esso, ai sensi della Convenzione, va rinvenuto in una norma *sostanziale*, non già in una facoltà procedimentale.

Pertanto, anche la censura concernente la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione è fondata. (*Omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, Sezione VI; sentenza 14 settembre 2006, n. 5328; *Società Italiana Dragaggi Spa e altri c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Regione Autonoma del Friuli-Venezia Giulia*.

**Siti di importanza comunitaria - Misure specifiche di protezione - Proposta ministeriale di inserimento di un sito nell'elenco da approvare da parte della Commissione - Effetti.**

*L'obbligo di adottare specifiche misure di protezione di un sito di importanza comunitaria sorge, ai sensi della direttiva CEE n. 42 del 1992, dopo che il sito stesso sia stato inserito nell'elenco approvato dalla Commissione: la semplice circostanza che lo Stato membro abbia proposto alla Commissione il sito in questione ai fini del suo inserimento formale nell'elenco, tuttavia, giustifica l'adozione da parte dell'amministrazione nazionale di provvedimenti volti a salvaguardare i valori naturalistici presenti al suo interno.*

(*Omissis*). — La sentenza di primo grado — impugnata in appello — ha in primo luogo ritenuto non fondate le censure che tendevano ad escludere la ne-

cessità dell'applicazione di una valutazione di incidenza sul progetto, sulla base del quale è intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto, poi non approvato ed annullato del porto di Monfalcone.

Il Tar Friuli, richiamando la propria giurisprudenza, ha ritenuto necessaria la valutazione di incidenza in una situazione in cui sia stato rinvenuto in un sito interessato da un progetto di lavori pubblici, oggetto di appalto, un *habitat* prioritario ossia un *habitat* che rischia di scomparire nel territorio dell'Unione europea.

Si rileva in sentenza che sia la direttiva (art. 4), sia il d.p.r. n. 357/1997 (art. 3 comma 1 ed art. 4), delineano un procedimento in due fasi, la proposta che è di competenza dello Stato membro e la decisione circa l'inclusione o meno nell'elenco dei siti di importanza comunitaria, che è di competenza della Commissione europea, dalla quale ultima soltanto derivano obblighi di protezione ambientale.

Il procedimento sarebbe diverso e più rapido in presenza di *habitat* prioritari previsti dall'art. 1 paragrafo 2 lett. *d*), ossia *habitat* che sono in pericolo di scomparsa, e la cui tutela deve essere per quanto possibile rapida, come nella fattispecie a giudizio.

L'allegato III dell'atto comunitario, disciplinando i criteri di selezione dei siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, prevede un procedimento articolato in una Fase I che regola la valutazione dell'importanza comunitaria dei siti proposti a livello nazionale, la cui conclusione è la formazione di un elenco nazionale e la Fase II, che regola la valutazione a livello comunitario dei siti compresi negli elenchi nazionali e le determinazioni finali che ne conseguono, con l'indicazione dei relativi criteri.

Detto allegato — secondo il giudice di primo grado — prevede una significativa eccezione nel procedimento alla Fase II disponendo che tutti i siti individuati dagli Stati membri nella Fase I, che ospitano tipi di *habitat* naturali o specie prioritari, sono considerati siti di importanza comunitaria.

In sostanza quando uno Stato membro ha, come nel caso di specie, individuato un sito in cui si rinviene un *habitat* prioritario, in quanto non solo di interesse comunitario ma altresì in pericolo, e l'ha incluso nell'elenco inviato alla Comunità europea — secondo la decisione di primo grado — *eo ipso* detto sito è considerato di importanza comunitaria ed assoggettato alle misure di salvaguardia, di cui all'art. 6 paragrafi 2, 3 e 4 della direttiva, a norma dell'art. 4 paragrafo 5, nonché alla prescritta valutazione di incidenza, contrariamente a quanto assumono i ricorrenti.

Né di ostacolo sarebbe la previsione ai sensi dell'art. 4 paragrafi 2 e 3 della direttiva di una procedura di valutazione, da parte della Commissione, anche dei siti di importanza comunitaria in cui sono presenti *habitat* o specie prioritari.

Detto procedimento avviene, come specificato dall'indicato paragrafo 2, primo periodo, «in base ai criteri di cui all'allegato III», (Fase II), fra i quali è compreso quello della considerazione, quali siti di interesse comunitario, di tutti i siti proposti dagli Stati membri ove si rinverrebbero *habitat* o specie prioritari.

L'ulteriore intervento della Commissione CE, in questo caso, come risulta dal comma 2 del citato paragrafo 2 dell'art. 4, sarebbe necessario per la facoltà, concessa agli Stati membri, in cui detti *habitat* e siti siano presenti in misura su-

periore al 5% del territorio nazionale, di chiedere che i criteri, in base ai quali è avvenuta la loro identificazione, « siano applicati in maniera più flessibile per la selezione dell'insieme dei siti di importanza comunitaria nel loro territorio » con conseguente richiesta ai sensi dell'art. 21 della direttiva, di un parere della Commissione ad un apposito Comitato, rappresentativo degli Stati membri, cui segue l'adeguamento della Commissione al parere o la rimessione dell'affare al Consiglio dell'Unione europea.

Si tratta quindi, nel caso di siti in cui insistono habitat e specie comunitarie di tipo prioritario, di eventuale revisione di decisioni già prese, in quanto la loro inclusione nei siti di importanza comunitaria è già prevista dall'Allegato III - Fase II della direttiva, con conseguente applicazione immediata delle misure di salvaguardia e della valutazione di incidenza di cui all'art. 6.

Questa conclusione è parsa al Collegio di primo grado obbligata in base al dettato normativo e l'unica idonea a dare un significato logico alla normativa comunitaria di protezione ambientale, che là dove è diretta a tutelare ambienti o specie a pericolo di scomparsa ed estinzione deve potere essere sia pure in via di salvaguardia, direttamente efficace.

Quanto poi all'applicabilità della direttiva al caso di specie, nota la sentenza che la cassa di colmata, opera artificiale dell'uomo, è un ambito o sito seminaturale, nel quale si trovano formazioni erbose oggetto di tutela in ogni caso rilevando che non risultano impugnati gli atti che propongono la classificazione della Foce del Timavo fra i siti prioritari.

Ciò premesso, sul presupposto della necessità della valutazione d'incidenza, la sentenza di primo grado accoglie le ulteriori censure proposte dalla società ricorrente, per l'omessa consultazione del pubblico interessato alla realizzazione del progetto, per l'omessa considerazione di soluzioni alternative a quelle definite in progetto prima di procedere all'annullamento degli atti di gara nonché per l'omessa valutazione della possibilità, da parte dell'autorità precedente, di esprimere una valutazione positiva con prescrizioni.

In sostanza il Tar ha annullato i provvedimenti impugnati per difetto di istruttoria, in quanto la valutazione negativa sul progetto non risultava supportata dall'organo regionale competente anche da un punto di vista tecnico, a valutare sotto il profilo ambientale, la compatibilità del progetto con le esigenze di protezione del sito.

*(Omissis).*

L'appello ripropone il primo motivo del ricorso di primo grado sostenendo che l'interpretazione data dal Tar della disciplina contenuta nella direttiva comunitaria habitat (direttiva 43/92 CE) non sarebbe conforme alle previsioni della normativa comunitaria.

In particolare, data per scontata la natura bifasica della procedura, nonché la mancanza di discrezionalità della Commissione nell'individuazione dei siti aventi habitat comunitari definiti « prioritari », si rileva che le misure di salvaguardia, ai sensi dell'art. 4 paragrafo 5 della direttiva sarebbero applicabili solo all'avvenuta formazione dell'elenco da parte della Commissione.

Tanto troverebbe una sua conferma nella disciplina interna di recepimento che non distingue fra habitat prioritari e non prioritari, e, all'art. 4, fa decorrere il termine di tre mesi per l'adozione delle misure di salvaguardia dall'inclusione del sito nell'elenco definito dalla Commissione europea.



Irrilevante sarebbe poi la previsione dell'art. 4 paragrafo 2 comma 2 della direttiva che consentirebbe alla Commissione di valutare la richiesta degli Stati membri diretta ad ottenere l'applicazione di criteri più flessibili, qualora l'estensione dei siti prioritari superi il 5% del territorio nazionale, trattandosi di evenienza del tutto eventuale che è legata ad una facoltà concessa agli Stati membri.

In merito alla necessità della valutazione di incidenza a seguito della mera inclusione di un sito nella proposta nazionale diretta alla Commissione europea si ritiene non sussistano dubbi nel senso della superfluità, in ogni caso si sollecita un interpello pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Si rileva che in assenza dell'elenco dei siti formato dalla Commissione non sussisterebbe il presupposto per effettuare la valutazione di incidenza, per cui sarebbe superflua l'impugnazione degli atti delle amministrazioni regionali e nazionali che hanno individuato il sito Foce del Timavo come sito di importanza comunitaria prioritaria (in particolare il D.M. Ambiente 3 aprile 2000).

(*Omissis*).

Con la ordinanza di rimessione del 17 dicembre 2002 il Consiglio ha deciso che andava rimessa alla Corte di giustizia delle Comunità Europee — ai sensi dell'art. 234 (*ex art. 177 lett. b*) del Trattato) questione interpretativa relativa alla portata ed alla valenza della norma di cui all'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 21 maggio 1992 n. 92/43 CE (detta anche direttiva *habitat*).

In detta ordinanza erano svolte considerazioni in diritto che appare utile riportare.

#### *La direttiva 92/43 CEE*

La direttiva 92/43 CEE cd. direttiva *habitat* pubblicata sulla *GUCE* 22 luglio 1992 n. L 206 e modificata dalla direttiva 97/62 CE del 27 ottobre 1997 pubblicata sulla *GUCE* dell'8 novembre 1997 n. L 305 — come è stato segnalato in dottrina — rappresenta un'indubbia evoluzione dell'intervento comunitario in materia ambientale, sulla scorta delle indicazioni dell'Atto Unico Europeo del 1987 e del Quarto programma comunitario in favore dell'ambiente.

Essa segna il superamento della sola prospettiva anti-inquinamento, che aveva fino ad allora indirizzato ed ispirato la normativa comunitaria, per rafforzare l'ambito di intervento con finalità di conservazione della natura (il primo intervento nel diritto armonizzato a fini conservativi è considerato la direttiva 79/409/CEE cd. direttiva «*uccelli*»).

Le finalità perseguite dalla direttiva *habitat* sono — come di consueto — indicate nei considerando iniziali, si tratta di mantenere e conservare la biodiversità e di garantire lo sviluppo durevole.

Allo scopo di mantenere la biodiversità la direttiva individua luoghi fisici che di questa biodiversità rappresentano la manifestazione ossia gli *habitat* naturali che l'art. 2 lett. *b*) definisce come «zone terrestri o acquatiche che si distinguono grazie alle loro caratteristiche geografiche, abiotiche o biotiche, interamente naturali o seminaturali».

Tutta la direttiva ruota attorno al concetto di *habitat*, alla sua identificazione e conservazione, quale oggetto di protezione sia in ragione delle caratteri-

stiche geografiche sia come luogo in cui vivono specie animali e vegetali da salvaguardare.

Si è notato, in dottrina, che, raffrontando il concetto di *habitat* introdotto dalla normativa comunitaria con analoghe forme di protezione previste dalla normativa interna a tutela dell'ambiente, la protezione dell'*habitat* si colloca quale via di mezzo tra la tutela integrale assicurata dai parchi e dalle aree protette dalla legge n. 394/1991 (zone in genere estese ed individuate in base a caratteristiche eccezionali) ed i vincoli *ex lege* previsti dalla legge n. 431/1985 (che riguardano zone assai vaste individuate in base a caratteristiche tipologiche per la loro connotazione fisica, a prescindere da una specifica concreta valenza paesaggistica ed ambientale).

Nella lettura della normativa si è poi rilevato che la Comunità — con la direttiva *habitat* — finisce per dettare regole incidenti sul territorio dei singoli Stati membri, anche in modo rilevante, al fine di tutelare e conservare il patrimonio naturale della Comunità a fronte di pericoli di compromissione dell'ambiente che ormai sono di natura transfrontaliera.

Il procedimento di individuazione dei siti da proteggere in quanto corrispondenti ad uno o più degli *habitat* naturali elencati nell'allegato I alla direttiva avviene sulla base di una procedura articolata in più fasi.

In primo luogo l'individuazione dei siti e la loro proposta spetta agli Stati membri, che trasmettono alla Comunità europea un elenco dei siti con le relative caratteristiche (art. 4 paragrafo 1 della direttiva e, per quanto interessa la fattispecie, D.M. Ambiente 3/4/2000 in *GU* 22 aprile 2000 n. 95 S.O.)

La Commissione poi elabora un progetto di elenco dei siti definiti di importanza comunitaria, ossia contenenti *habitat* di importanza comunitaria, in quanto rischiano di scomparire, o sono vulnerabili o rivestono una particolare importanza; questo progetto di elenco individua altresì i siti cui spetta la qualifica di prioritari per i quali i pericoli di compromissione sono maggiori e rispetto ai quali la Comunità riconosce la propria particolare responsabilità (art. 4 paragrafo 2; articolo 1 paragrafo 1 lett. *d*).

La procedura ordinaria si conclude, ai sensi dell'articolo 21 della direttiva, con la sottoposizione del progetto al parere del Comitato di cui all'art. 20 della direttiva, formato dai rappresentanti degli Stati; il parere del Comitato è vincolante per la Commissione, cui spetta la fissazione conclusiva dell'elenco.

Nel caso in cui la Commissione intenda discostarsi dal parere o intenda procedere in assenza dello stesso, non reso nel termine assegnato, la decisione finale viene demandata al Consiglio che deciderà a maggioranza qualificata.

Individuati i siti di importanza comunitaria la loro conservazione sarà a carico degli Stati membri che dovranno designarli quali zone speciali di conservazione, assoggettandoli alle necessarie misure conservative (è possibile ottenere anche forme di cofinanziamento comunitario per adempiere gli obblighi di cui all'art. 6) (artt. 6 ed 8 della direttiva).

Le misure di conservazione sono disciplinate dall'art. 6 della direttiva.

#### *La valutazione di incidenza*

Il paragrafo 3 dell'art. 6 della direttiva introduce la disposizione di maggiore rilievo, prevedendo che venga svolta una valutazione di incidenza sul sito

ogni qual volta si intenda dar corso ad un piano o progetto, che non riguardi la gestione del sito stesso, ma possa avere sullo stesso incidenze significative.

Si tratta di una procedura amministrativa nuova ed originale, che subordina l'assenso pubblico al piano o progetto alla certezza che esso non recherà pregiudizio al sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione degli *habitat* che costituiscono la finalità della direttiva.

La valutazione di incidenza ha un ambito di operatività più ristretto della valutazione di impatto ambientale infatti mira semplicemente a valutare le esigenze di conservazione dell'*habitat* protetto e la compatibilità di esse con la realizzazione del progetto o del piano.

La Commissione CE nel dettare le linee guida dell'interpretazione dell'art. 6 ha chiarito come il riferimento alla VIA ed alle norme che la disciplinano sia utile sotto una duplice prospettiva: in quanto può costituire per gli Stati un paradigma al quale ispirarsi per disciplinare la valutazione di incidenza, e poiché i criteri elaborati in tema di VIA possono essere utili al fine di individuare quali interventi possano avere incidenze significative sul sito.

Si noti, per completezza argomentativa, che il coordinamento comunitario tra le norme sulla valutazione di incidenza e le norme sulla valutazione di impatto è stato esplicitato con riguardo alla disciplina della valutazione degli effetti di piani e programmi sull'ambiente (c.d. valutazione strategica o VAS), con l'emanazione della direttiva 2001/42/CE del 27 giugno 2001 che, all'art. 3 paragrafo 2 lett. b) della direttiva dispone che la valutazione ambientale strategica venga effettuata, tra l'altro, per tutti i piani o programmi per i quali, in relazione ai possibili effetti sui siti, si ritiene necessaria la valutazione di incidenza, e si prevedono — come è stato segnalato in dottrina — adeguate forme di partecipazione del pubblico alla procedura di valutazione in conformità alla convenzione di Aarhus. Il paragrafo 3 dell'art. 6 della direttiva abitata dispone che il parere del pubblico venga acquisito se del caso.

Il paragrafo 4 dell'art. 6 individua i casi in cui il progetto può essere comunque realizzato anche in presenza di una valutazione di incidenza con conclusioni negative, se sussistano motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale ed economica, previa adozione di misure compensative a carico dello Stato membro che garantiscano la coerenza globale della Rete Natura 2000. Nel caso di *habitat* prioritari i motivi di interesse pubblico considerabili sono connessi alla salute dell'uomo, alla sicurezza pubblica, a conseguenze positive per l'ambiente di primario rilievo o altri motivi considerabili previo parere della Commissione.

Il paragrafo 5 dell'art. 4 della direttiva disciplina il momento a decorrere dal quale operano le misure di conservazione, individuato nell'iscrizione di un sito nell'elenco di cui al paragrafo 2 terzo comma (peraltro non si specifica se a tal fine si deve considerare rilevante la mera formazione del progetto di elenco da parte della Commissione o la sua definitiva approvazione ai sensi dell'art. 21 come sembrerebbe in base alla lettera).

#### *La normativa interna di recepimento*

Il recepimento della direttiva *habitat* è avvenuto con il d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357.

La normativa interna di recepimento è giudicata sostanzialmente una fedele trasposizione della direttiva, fatta in modo pressoché letterale, con l'unica particolarità di limitare la procedura di incidenza ai progetti assoggettati a VIA statale o regionale (art. 5 del d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357) al di fuori delle soglie dimensionali che delimitano l'applicazione della VIA.

Ritiene il Collegio, in consonanza con la dottrina che si è occupata dell'argomento, che la dizione della norma di cui all'art. 5 comma 3 del d.p.r. n. 357/1997 deve ritenersi, in ragione della natura *self executing* della norma di cui all'art. 6 della direttiva habitat, superato dalla dizione di tale direttiva che impone la valutazione di incidenza *ratione loci* e non in ragione del tipo di intervento.

La normativa di recepimento lega le misure conservative alla definizione, da parte della Commissione europea dell'elenco dei siti (art. 3 comma 2 del d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357).

Fin qui i lineamenti generali dei parametri normativi rilevanti.

Il primo motivo di appello, sia pure in via subordinata, chiede l'interpello della Corte di giustizia comunitaria ai sensi dell'art. 234 del Trattato al fine di rimetterle la decisione sulla questione pregiudiziale relativa all'individuazione del momento a partire dal quale divengono applicabili le misure di conservazione di cui all'art. 6 ed è necessaria ed obbligatoria la valutazione di incidenza sui piani o progetti significativamente incidenti su *habitat* protetti.

La rilevanza della questione è stata ritenuta, nell'ordinanza di rimessione, chiara: nella fattispecie si discute in relazione alla necessità di applicare le misure di salvaguardia di cui all'art. 6 paragrafo 3 della direttiva (ossia la valutazione di un piano o progetto che possa avere significative incidenze su un sito protetto ai sensi della direttiva citata, alla luce degli obiettivi di conservazione del medesimo), in presenza di una mera proposta nazionale di inserzione del sito fra quelli di importanza comunitaria prioritaria ai sensi della direttiva *habitat* (e prima ed indipendentemente dalla sua inserzione nel progetto di elenco dei siti di importanza comunitaria elaborato ai sensi dell'art. 4 paragrafo 2 della direttiva).

Infatti la proposta nazionale di inserzione del sito «Foce del Timavo» nell'elenco dei siti comunitari prioritari protetti ai sensi della direttiva *habitat* è contenuta nel Decreto del Ministro dell'Ambiente del 20 aprile 2000 pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana del 22 aprile 2000 ed è indiscusso fra le parti che i lavori si svolgano alla «Foce del Timavo» e che una parte della cassa di colmata interessata dai lavori di dragaggio oggetto della gara di appalto aggiudicata all'attuale appellante sia indicata quale sito interessato da un habitat meritevole di protezione ai sensi della direttiva *habitat*.

La copia conforme scheda tecnico-scientifica in atti attesta che la Foce del Timavo è caratterizzata da pavimenti calcarei ritenuti habitat prioritario e tanto è recepito dalla delibera regionale n. 435 del 25 febbraio 2000 citata nella nota impugnata della Direzione regionale dell'Ambiente.

È controverso invece se da tale indicazione derivi un obbligo immediato di sottoposizione del progetto dei lavori a valutazione di incidenza (potendo poi da questo derivare la legittimità o meno degli atti impugnati di annullamento

della gara disposto per la ritenuta impossibilità di valutare positivamente il progetto ai fini della conservazione del sito).

Il Tar ha ritenuto sussistente l'obbligo immediato di sottoposizione dei piani e dei progetti a valutazione di incidenza, dopo la proposta dello Stato membro alla Comunità di un sito quale prioritario, ma la pronuncia è stata gravata in appello, sostenendosi dall'aggiudicataria che tale obbligo non possa sorgere prima della iscrizione di un sito nel progetto di elenco dei siti di importanza comunitaria approvato ai sensi dell'art. 21 della direttiva (il cui testo si riporta per comodità di lettura: «1. Il rappresentante della Commissione sottopone al Comitato un progetto delle misure da adottare. Il Comitato formula il suo parere sul progetto entro un termine che il presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame. Il parere è formulato alla maggioranza prevista dall'articolo 148, paragrafo 2, del trattato per l'adozione delle decisioni che il Consiglio deve prendere su proposta della Commissione. Nelle votazioni al Comitato viene attribuita ai voti dei rappresentanti degli Stati membri la ponderazione definita all'articolo precitato. Il presidente non partecipa alla votazione. 2. La Commissione adotta le misure previste qualora siano conformi al parere del Comitato. Se le misure previste non sono conformi al parere del Comitato, o in mancanza di parere, la Commissione sottopone senza indugio al Consiglio una proposta in merito alle misure da prendere. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. Se il Consiglio non ha deliberato entro tre mesi a decorrere dalla data in cui gli è stata sottoposta la proposta, la Commissione adotta le misure proposte»).

Attualmente non risulta che il sito Foci del Timavo sia iscritto in un elenco adottato ai sensi dell'art. 21 (quale ad es. quello di cui alla decisione 28 dicembre 2001 n. 2002/11 in *GUCE* 9 gennaio 2002 n. L 5).

La norma che disciplina l'applicabilità della valutazione di incidenza — come si è detto — è l'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 92/43 CE che recita: «Non appena un sito è iscritto nell'elenco di cui al paragrafo 2 terzo comma, esso è soggetto alle disposizioni dell'art. 6 paragrafi 2,3, 4.». Da questa norma si evincerebbe, secondo l'appellante, il valore costitutivo dell'iscrizione, prima della quale non nascerebbe alcun obbligo di salvaguardia del sito.

Peraltro va considerato anche quanto disposto dall'Allegato III alla direttiva (criteri di selezione dei siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria e designati quali zone speciali di conservazione). Tale allegato dopo aver descritto le fasi del procedimento di selezione dei siti, alla fase II prevede che «tutti i siti individuati dagli Stati membri nella fase I, che ospitano *habitat* naturali o di specie prioritari, sono considerati siti di importanza comunitaria» (mentre solo per gli altri siti prevede una valutazione della Commissione secondo una pluralità di criteri dettagliatamente indicati). Tale automatica considerazione dei siti indicati come prioritari fra i siti di importanza comunitaria imporrebbe, secondo la prospettiva interpretativa dell'amministrazione accolta dal giudice di primo grado, nel caso dei siti indicati come prioritari un'anticipazione delle misure di salvaguardia all'atto della proposta, anticipazione coerente con la natura vincolata dell'attività della Commissione Europea che non potrebbe fare altro, per i predetti siti, che recepire le indicazioni delle varie autorità nazionali (salvo eventuale, facoltativa, richiesta, da parte dell'autorità nazio-

nale, di applicazione più flessibile dei criteri di selezione dei siti ai sensi dell'art. 4 paragrafo 2 della direttiva).

Ciò premesso in punto di rilevanza va apprezzata la serietà della questione poiché l'obbligo per il giudice nazionale di sollevare questioni davanti alla Corte di giustizia delle comunità europee ai sensi dell'art. 177 Trattato Cee non sussiste per il solo fatto che una delle parti del giudizio abbia contestato la legittimità dell'atto comunitario o abbia chiesto la sospensione del giudizio, in quanto il giudice stesso deve sempre verificare la serietà della questione, potendo decidere se essa sia o meno manifestamente infondata. (Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 478).

La prospettiva interpretativa adottata dalla Tribunale amministrativo regionale non è apparsa a questo Consiglio manifestamente infondata, poiché essa, al di là della formulazione letterale del disposto di cui all'art. 4 paragrafo 5 della direttiva, muove dalla considerazione della natura dell'iscrizione dei siti di importanza comunitaria prioritaria come atto meramente dichiarativo, che non richiede l'esercizio di alcun potere discrezionale dell'organo comunitario. Tale natura sembra potersi agevolmente ricavare dalla disposizione contenuta nell'allegato III fase II alla direttiva di disciplina della procedura di individuazione dei siti e ben si armonizzerebbe con una più intensa tutela del sito anticipata al momento della proposta (vincolante) formulata dallo Stato membro. Anche il principio comunitario dell'effetto utile di una disciplina di armonizzazione potrebbe deporre nel senso della necessità di anticipare le misure di salvaguardia dei siti ospitanti *habitat* prioritari al momento di formulazione della proposta nazionale di inserzione del sito nell'elenco comunitario. Nella giurisprudenza della Corte quando una norma di diritto comunitario è ambigua o suscettibile di più interpretazioni, occorre dare priorità a quella idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma (Corte giustizia Comunità europee, 24 febbraio 2000, n. 434/97) che, nella specie, non può non considerarsi diretto a conservare integro l'*habitat* che si vuole prioritariamente proteggere anche nelle more dei procedimenti di formazione dell'elenco dei siti protetti. L'effetto utile della direttiva sarebbe compromesso infatti se, nelle more dell'espletamento delle procedure per la definizione dei siti protetti fosse possibile modificarli senza alcuna cautela tesa alla loro conservazione.

In conclusione il Consiglio ha ritenuto di rimettere alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale rilevante nel caso di specie, devoluto in grado d'appello a questo Consiglio di Stato quale giudice nazionale avverso le cui decisioni non può proporsi, nel merito, un ricorso giurisdizionale di diritto interno: «se l'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 21 maggio 1992 n. 92/43 debba interpretarsi nel senso che le misure di cui all'art. 6 ed in particolare quella di cui all'art. 6 comma 3 della stessa direttiva siano obbligatorie per gli Stati membri solo dopo la definitiva approvazione in sede comunitaria dell'elenco dei siti ai sensi dell'art. 21, o se, diversamente, al di là dell'individuazione del momento di ordinaria decorrenza ordinaria delle misure di conservazione, occorra distinguere fra iscrizioni dichiarative e costitutive, (incluso fra le prime quelle relative a siti prioritari) ed al fine di salvaguardare l'effetto utile della direttiva mirante alla conservazione degli *habitat*, nel solo caso di individuazione da parte di uno Stato membro di un sito di importanza comunitaria ospitante tipi di *ha-*

*bitat* naturali o specie prioritari, non debba ritenersi che sussista un obbligo di sottoposizione a valutazione di piani e progetti significativamente incidenti sul sito, anche prima della formazione da parte della Commissione del progetto di elenco dei siti o della adozione definitiva di detto elenco ai sensi dell'art. 21 della direttiva ed in sostanza a partire dalla formulazione dell'elenco nazionale».

*La sentenza della Corte di giustizia 13 gennaio 2005*

Con la propria decisione prima citata la Corte europea ha statuito che l'art. 4 n. 5 della direttiva del Consiglio 21 maggio 1992 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, deve essere interpretato nel senso che le misure di salvaguardia da queste previste all'art. 6 nn. 2-4, si impongono soltanto in relazione ai siti che siano iscritti, in conformità all'art. 4 n. 2 comma 3, della direttiva stessa, nell'elenco di quelli selezionati come siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione delle Comunità europee secondo la procedura prevista dall'art. 21 del detto testo normativo.

Tuttavia, per quanto riguarda i siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, compresi negli elenchi nazionali trasmessi alla Commissione, e segnatamente, i siti ospitanti tipi di *habitat* naturali prioritari o specie prioritarie, gli Stati membri sono tenuti, in forza della direttiva 92/43, ad adottare misure di salvaguardia idonee, con riguardo all'obiettivo di conservazione contemplato da quest'ultima, a salvaguardare il pertinente interesse ecologico di detti siti a livello nazionale.

Alla stregua di quest'ultimo principio gli Stati membri sono tenuti a garantire l'effetto utile della proposta di inclusione di un sito nell'elenco dei siti di importanza comunitaria, mediante la previsione di apposite misure di salvaguardia che possono richiedere interventi normativi innovativi dell'ordinamento giuridico. Naturalmente l'amministrazione è tenuta ad utilizzare tutti gli strumenti giuridici esistenti che in modo tale da orientarli al perseguimento delle finalità di conservazione fissate dall'ordinamento comunitario.

Orbene, va ricordato che l'atto impugnato nella specie, è un atto di autotutela, adottato al fine di annullare una gara per i lavori di dragaggio ed approfondimento dei fondali del Porto di Monfalcone, in ragione dell'inclusione di parte della cassa di colmata, destinata a raccogliere i materiali di scavo risultanti dai lavori suddetti, in un sito di interesse comunitario.

Per Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2001, n. 3853, in via generale, l'interesse della p.a. alla conservazione dei propri atti non può assumere valore preminente quando essa li giudichi invalidi, per vizi di legittimità o di merito; in tali casi, infatti, l'amministrazione può sempre rimuoverli nell'esercizio di una potestà di autotutela che è direttamente fondata sul principio costituzionale di buon andamento che la impegna ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche il riesame degli atti adottati ove reso opportuno da circostanze sopravvenute o per un diverso apprezzamento della preesistente situazione, con l'obbligo, ovviamente, di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato.

La contraddittorietà con precedenti manifestazioni costituisce una figura sintomatica di eccesso di potere alla quale, spesso, si accompagna l'esistenza oggettiva del vizio; pertanto, quando tale figura viene riscontrata, il giudice non può dichiarare immediatamente l'illegittimità del provvedimento, ma deve verificare se ad essa si accompagni, in concreto, quella divergenza dell'atto dalle sue finalità istituzionali che concreta il vizio di eccesso di potere (Cons. Stato, Sez. VI, 13 ottobre 1993, n. 713).

L'amministrazione ha annullato la procedura di gara, utilizzando un potere generale già previsto nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, in ragione dell'irrealizzabilità del progetto posto a base di gara che avrebbe comportato l'imbonimento di tutta la cassa di colmata e, quindi, la completa ed irreversibile distruzione della flora e della fauna protette dalla proposta di istituzione del S.I.C. (vedasi motivazione dell'atto del 19 settembre 2001 di annullamento della gara).

Non si tratta di un atto adottato solo con riguardo al fine di sottoporre a valutazione di incidenza il progetto, ma, con tutta evidenza, di un atto adottato al fine di proteggere il bene ambientale, nella logica di estrema difesa della utilità della proposta avanzata alla Commissione in considerazione dell'effetto di manifesta violazione del vincolo istituendo che sarebbe derivato dall'esecuzione dei lavori.

L'atto di autotutela adottato, quindi, è un atto mirante a garantire gli obiettivi di conservazione rilevanti in via generale nell'ordinamento comunitario, anche prima della formale adozione, da parte dell'ordinamento italiano, con d.p.r. 12 marzo 2003, n. 120, di un atto di novellazione del regolamento 8 settembre 1997, n. 357, che prevede l'assoggettamento espresso dei piani e degli interventi che interessano i siti anche meramente proposti, alla valutazione di incidenza.

Ciò è reso evidente dal sintetico ma eloquente riferimento alla irrealizzabilità del progetto, che avrebbe comportato l'eliminazione totale della zona umida del SIC, e che, rende illegittimi gli atti di gara per contrasto con le determinazioni precedentemente prese di inserimento del sito fra quelli da proporre alla Commissione.

La coerenza dell'azione amministrativa è un valore perseguito dall'ordinamento.

Al fine di tutelare tale valore è ammissibile l'uso dei poteri di autotutela al fine di rimuovere atti viziati per contraddittorietà.

È pacifico infatti che la discrezionalità di cui gode la p.a. nel fissare le condizioni di una gara d'appalto, e cioè sia le coordinate progettuali sia i requisiti da richiedere agli aspiranti sia le modalità da osservare nella presentazione dei documenti e dell'offerta, in aggiunta, ove possibile, a quelli già previsti in via generale dalla normativa di settore nella richiesta dei quali è vincolata, è di ampia latitudine ma deve comunque essere esercitata in conformità dei principi di ragionevolezza, *non contraddittorietà*, imparzialità e *correlazione al fine di interesse pubblico perseguito* atteso che l'eventuale inosservanza di detti principi si risolve in vizio di eccesso di potere delle scelte effettuate.

Nella specie, come risulta dalla completa ed analitica disamina del procedimento effettuata nelle premesse dell'atto impugnato, risultava contraddittoria la scelta dell'amministrazione regionale di autorizzare con nota n. 13386 del 21 giugno 2000 il riempimento della cassa di colmata con distruzione completa del-



l'ecosistema proposto per la protezione comunitaria rispetto alla precedente scelta — effettuata con delibera di Giunta regionale n. 435 del 25 febbraio 2000 — di includere la predetta cassa di colmata fra i siti proposti per l'inserimento nell'elenco dei siti di importanza comunitaria.

Tale contraddittorietà finiva per viziare gli atti di gara, determinando la paradossale conseguenza, colta nella motivazione dell'atto impugnato, della distruzione del sito proposto per l'inserzione fra i S.I.C.

Di tale perplessità irrisolvibile dell'azione amministrativa ha preso atto il provvedimento adottato dall'amministrazione statale, che ha rimosso un atto viziato, per illegittimità derivata, dalla contraddittorietà dell'azione della Regione Friuli-Venezia Giulia.

Tanto è sufficiente per ritenere la legittimità dell'atto impugnato.

CONSIGLIO DI STATO, Sezione VI; sentenza 14 settembre 2006, n. 5323; *ATI EAC Srl e Viaggi Di Maio Snc. Provincia di Venezia, Comune di Venezia e altri*.

**Appalti pubblici - Procedura di aggiudicazione - Determinazione dei criteri di qualificazione o di selezione delle imprese - Potere integrativo della Commissione di gara - Sussistenza - Limiti.**

*Nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, il bando può legittimamente demandare alla Commissione di gara il potere di integrare i criteri di qualificazione o di selezione delle imprese, a condizione che detto poteri riguardi aspetti tecnici dell'offerta e non comporti alcuna modifica del peso sostanziale degli elementi valutativi fissato dal bando stesso.*

(*Omissis*).

Giova ripercorre i tratti salienti del giudizio.

1. *Il motivo di ricorso, riproposto in appello, che pone una questione interpretativa di diritto comunitario.*

Il Collegio ha ritenuto che per la sua serietà la questione proposta con il terzo motivo del ricorso originario imponesse la rimessione alla Corte di giustizia CE.

Con esso si lamenta violazione di legge (art. 36 dir. 92/50 CE; art. 24 1 comma lett. b) del d.lgs. n. 158/1995) ed eccesso di potere, sotto il profilo della violazione del giusto procedimento, dello sviamento, della disparità di trattamento, dello straripamento di potere, violazione dei principi di segretezza e *par condicio*, ed ancora si denuncia violazione di legge in relazione agli artt. 1 e 21 della legge n. 109/1994 e reg. n. 554/1999.

Con il terzo motivo citato, si censura l'aggiudicazione avvenuta in quanto la lettera d'invito prevedeva l'attribuzione di 25 punti, genericamente, per moda-

lità organizzative e strutture di supporto, mandando all'arbitrio della Commissione la specificazione e, dunque, l'aggiudicazione della gara.

Svolgendo tale illecita delega — nota l'appellante — con il verbale n. 1, note le imprese partecipanti, ha suddiviso il punteggio in sottogruppi, attribuendo per le attrezzature (e depositi e sedi) 10 punti.

Ciò non sarebbe consentito — secondo l'assunto del ricorrente — in quanto la Commissione europea, con il parere 10 agosto 1998, reso nell'esame del c.d. decreto Karrer (che, all'art. 3 legittimava tale prassi, ritenendola illegittima per contrasto con l'art. 36 dir. 92/50) ha già chiarito l'illegittimità dell'affidamento alla Commissione aggiudicatrice — successivamente alla presentazione delle offerte, di disporre l'ulteriore suddivisione dei criteri di valutazione delle offerte in sottogruppi, ancorché questo avvenga prima dell'apertura dei plichi.

Tanto perché l'art. 36 dir. cit. così come l'art. 24 lett. b) del d.lgs. n. 158/1995, obbligano le stazioni appaltanti ad enunciare nel capitolato d'oneri o nel bando di gara i criteri che intendono applicare per assicurare che i partecipanti alla gara d'appalto conoscano, attraverso la lettura del bando di gara in base a quali criteri verrà effettuata la valutazione (vengono in proposito richiamati il punto 9 parere della Commissione citato; Corte di giustizia CE, in causa n. 31/1987, decisione 20 settembre 1988, Cons. Stato, Sez. V, n. 3187/2001).

Nella specie, si sostiene, già nella fase della prequalificazione (che per l'insegnamento del Consiglio di Stato va distinta dalla fase di valutazione delle offerte) erano note le attrezzature di cui disponevano le imprese richiedenti l'invito alla gara.

O, comunque, una volta note le imprese tali caratteristiche delle stesse sarebbero state agevolmente conoscibili.

Tali principi avrebbero trovato espressa previsione legislativa per gli appalti di lavori.

Infatti — si rileva — ad ulteriore specificazione del principio di trasparenza, con l'art. 91 del d.p.r. n. 554 del 1999 si è chiarito che la Commissione di gara non ha alcuna autonomia nella ricerca dei criteri per la valutazione delle offerte tecniche, essendo a questa riconosciuta solo la potestà di scegliere tra i criteri e le formule di cui all'allegato B quelle indicate nel bando.

Precisandosi altresì che lo stesso bando di gara per tutti gli elementi di valutazione qualitativa prevede i sub-elementi ed i sub-pesi o i sub-punteggi in base ai quali è determinata la valutazione.

Principi che, per espressa previsione dell'art. 1 comma 2 della legge n. 109/1994, costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato.

In nessun caso, pertanto — assume l'appellante — alla Commissione di una gara di evidenza pubblica tesa all'aggiudicazione di un contratto di appalto, sarebbe consentito di indicare i sub-elementi ed i sub-punteggi.

Sicché la stazione appaltante giammai avrebbe potuto tener conto di tali sub-elementi o sub-punteggi in sede di valutazione.

Da ciò deriva l'illegittimità dell'eventuale aggiudicazione definitiva, nonché l'illegittimità della lettera d'invito che tanto consentiva.

Si assume che solo la fissazione dei sub-punteggi postumi (fissati quando erano note le imprese e quindi le loro caratteristiche organizzative) avrebbe

consentito all'impresa controinteressata ATI LA LINEA di divenire aggiudicataria.

## 2. *La difesa della stazione appaltante.*

La stazione appaltante — nelle difese di primo grado — ha richiamato la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale nel procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto (nella specie si trattava di un appalto-concorso) la commissione di gara può introdurre elementi di specificazione ed integrazione dei criteri generali di valutazione delle offerte già indicati nel bando di gara o nella lettera di invito, ovvero dei sotto-criteri di adattamento dei criteri generali o regole specifiche sulle modalità di valutazione, solo quando vi provveda prima dell'apertura delle buste recanti le offerte dei partecipanti, dopo tale momento non è possibile introdurre nuovi elementi di valutazione delle offerte (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2001 n. 264) (memoria del 28 ottobre 2002).

Ulteriori decisioni erano poi richiamate nella memoria del 21 marzo 2003: Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2002, n. 6478 e Cons. Stato, Sez. V, 17 ottobre 2002, n. 5675, secondo le quali: «nelle procedure di gara, in via generale ed anche quando si tratti di appalti di servizi, la Commissione può operare, ove ritenuto necessario, ulteriori specificazioni dei criteri di valutazione delle offerte, ma alla inderogabile condizione che tale attività si svolga prima della conoscenza del contenuto delle offerte stesse (fatto incontestato nella specie ove si mette in rilievo la circostanza che tale fissazione dei criteri è avvenuta dopo la presentazione delle offerte, quindi quando erano note le imprese partecipanti e le loro caratteristiche non il contenuto delle loro offerte).

## 3. *La sentenza impugnata.*

La sentenza impugnata ha rilevato che i criteri di aggiudicazione ed i relativi punteggi da applicare vanno indicati nella *lex specialis* di gara, e che, nel caso in esame, il disciplinare di gara (pagine 4 e 5) ha indicato gli elementi di valutazione da considerare ai fini dell'aggiudicazione del servizio.

Ha poi continuato la sintetica motivazione rilevando che la Commissione di gara, prima dell'apertura delle buste con le offerte, ha legittimamente specificato ed integrato l'elemento di valutazione indicato nel disciplinare e riguardante le modalità organizzative e le strutture di supporto, attribuendo sub-punteggi ad alcune voci indicate, appunto, nel verbale del 29 maggio 2002, a pag. 2 (v. allegato 4 fasc. ATVC), tra le quali vi sono la proprietà o la disponibilità di depositi e sedi.

Ha, in ultimo, concluso, rilevando che la giurisprudenza del Consiglio di Stato (e viene citata Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2002 n. 6478) in materia di appalti di servizi, qualora la scelta della migliore offerta discenda dalla valutazione di una pluralità di elementi di natura tecnica ed economica, riconosce alla commissione di gara la facoltà di specificare ed integrare i criteri generali di valutazione delle offerte già indicati nella *lex specialis*, individuando sotto-voci e stabilendo sub-punteggi, in maniera tale da rendere la scelta dell'Amministrazione maggiormente aderente alle effettive esigenze della stazione appaltante, purché tale specificazione ed integrazione avvenga prima dell'apertura delle bu-

ste recanti le offerte (sul punto si richiama inoltre Cons. Stato, Sez. V, n. 264/2001; Cons. Stato, Sez. n. 1614/2000; Cons. Stato, Sez. VI, n. 2117/1999; Cons. Stato, Sez. VI, n. 370/1999).

La sentenza ha poi, quanto all'art. 91 del d.p.r. n. 554/1999 ritenuto che esso non è applicabile agli appalti nei settori *ex* esclusi, disciplinati dalla normativa interna della direttiva CE sugli *ex* settori esclusi ossia dal d.lgs. n. 158/1995 ed ha rimarcato che nella specie la specificazione dei criteri è avvenuta prima dell'apertura delle buste e che ciò basta, indipendentemente da ulteriori considerazioni circa l'estrema opinabilità dell'affermazione della ricorrente secondo cui era di immediata conoscenza, o comunque era agevolmente conoscibile, da parte della stazione appaltante, la (mera) disponibilità di depositi o aree per il parcheggio degli autobus.

La sentenza ha concluso quindi per la conformità della condotta della stazione appaltante al disposto di cui all'art. 24 lett. *b*) del d.lgs. n. 158/1995.

#### 4. *L'appello.*

L'atto di appello, con ampia motivazione, ripercorre la motivazione della sentenza, censurandola, e ripropone la censura già avanzata in primo grado e sintetizzata sub 1 della parte motiva di questa ordinanza. Ciò determina la rilevanza della questione nel presente giudizio.

#### 5. *Le operazioni di gara.*

Va rilevato, sul piano dello svolgimento dei fatti, che la stazione appaltante ha fissato i criteri di aggiudicazione nel disciplinare di gara.

Il punto 5 del disciplinare di gara, allegato alla lettera di invito, stabilisce che l'aggiudicazione dell'appalto avverrà sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dall'art. 24 lett. *b*) del d.lgs. n. 158/1995 relativamente ai seguenti elementi di valutazione:

1. prezzo al chilometro per i servizi indicati negli allegati A, B, e C del capitolato:

max 60 punti attribuiti mediante la relazione:

prezzo minimo tra le offerte: prezzo dell'offerta considerata  $\times$  60.

2. prezzo al chilometro per servizi aggiuntivi a quelli degli allegati A, B, e C del capitolato:

max 10 punti attribuiti mediante la relazione:

prezzo minimo fra le offerte: prezzo dell'offerta considerata  $\times$  10.

Nel calcolo dei punteggi si terrà conto fino alla seconda cifra decimale mediante troncatura delle eventuali cifre successive.

3. modalità organizzative e strutture di supporto utilizzate per l'esecuzione del servizio desumibili dal documento di cui al punto 3.10 n. 6 del presente disciplinare:

max 25 punti attribuiti da ACTV a suo insindacabile giudizio.

4. possesso di certificazione di qualità conforme alle norme EN9000: 5 punti.

Il punto 3.10 n. 6 prevede che il plico d'offerta debba contenere una «relazione descrittiva dell'organizzazione e delle strutture logistiche e di supporto che saranno utilizzate nella gestione dei servizi oggetto del contratto in caso di ag-

giudicazione, che dovrà contenere obbligatoriamente almeno le seguenti indicazioni:

— depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della provincia di Venezia (n., ubicazione, superficie indicativa, breve descrizione);

— modalità di controllo del servizio erogato e n. di addetti al controllo del servizio stesso;

— n. conducenti di linea e tipo di patente posseduta;

— n. sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della provincia di Venezia (n., ubicazione, superficie indicativa, breve descrizione);

— n. addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida.

La Commissione, prima di procedere all'apertura dei plichi, preso atto dell'elenco delle ditte invitate e di quelle che avevano presentato offerte nei termini, ha preso atto dei punteggi massimi da attribuire agli elementi di valutazione delle offerte così come fissati dal disciplinare di gara, ed ha poi fissato, circa il punto 3, modalità organizzative e strutture di supporto, per il quale erano, a tenore del disciplinare di gara, attribuibili max 25 punti, di ripartirli tra varie voci nel seguente modo:

— depositi e/o aree per il parcheggio degli autobus, di proprietà o in disponibilità dell'impresa, nel territorio della provincia di Venezia (n., ubicazione, superficie indicativa, breve descrizione): punti 8;

— modalità di controllo del servizio erogato e n. di addetti al controllo del servizio stesso: punti 7;

— n. conducenti di linea e tipo di patente posseduta: punti 6;

— n. sedi di proprietà o in disponibilità dell'impresa (diverse dai depositi) nel territorio della provincia di Venezia (n., ubicazione, superficie indicativa, breve descrizione): punti 2;

— n. addetti all'organizzazione dei turni del personale di guida: punti 2.

La Commissione ha anche stabilito di attribuire i punteggi per modalità organizzative e strutture di supporto sulla base della documentazione prodotta al riguardo dalle concorrenti.

In sostanza la Commissione ha predeterminato il valore da attribuire agli elementi già indicati in sede di disciplinare di gara, attribuendo ad essi un peso relativo, nell'ambito del punteggio massimo attribuibile, ma non ha introdotto delle sotto-voci non previste dalla *lex specialis*.

#### 6. *Le norme di diritto comunitario rilevanti.*

In materia di appalto di servizi si incontra la norma di cui all'art. 36 paragrafo 2, della direttiva CE n. 50/1992, che stabilisce: «qualora l'appalto sia aggiudicato all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le amministrazioni enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri di aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

In materia di appalti negli *ex* settori esclusi, l'art. 34 paragrafo 2 della direttiva CE n. 38/1993 recita, in modo analogo: nel caso di cui al paragrafo 1, lett. a) (aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più van-

taggiosa), gli enti aggiudicatori menzionano nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevedono l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita.

La Commissione CE ha ritenuto, valutando della legittimità comunitaria del c.d. decreto Karrer, che esso violasse l'art. 36 paragrafo 2 della direttiva 92/50 in quanto l'art. 3 comma 2 del decreto n. 116/1997, consentiva alla commissione giudicatrice di suddividere gli elementi di valutazione in sub elementi, e, pertanto, in contrasto con il principio di trasparenza.

La Corte di giustizia della CE con sentenza del 20 settembre 1988, nella causa 31/1987 ha affermato che quando le amministrazioni aggiudicatrici non adottano come unico criterio di aggiudicazione dell'appalto quello del prezzo più basso, ma si basano su vari criteri al fine di procedere all'aggiudicazione dell'appalto a chi abbia effettuato l'offerta economicamente più vantaggiosa sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara (punto 38 della decisione predetta).

#### 7. *L'orientamento del Consiglio di Stato e la sua contestazione nella tesi dell'appellante.*

L'orientamento tradizionale ed assolutamente pacifico nella giurisprudenza del Consiglio di Stato è nel senso di legittimare un'antica prassi, ispirata a ragionevolezza sostanziale (quando tale *modus procedendi* non comporta alcun reale *vulnus* alla legittimità del procedimento) tesa a riconoscere un certo spazio di intervento integrativo delle Commissioni di gara: si considera in questa chiave legittimo che la commissione giudicatrice possa introdurre elementi di specificazione, nell'ambito dei criteri generali prefissati dal bando e prevedere sottovoci delle categorie principali già definite per una più esatta valutazione delle offerte stesse (*ex multis* Cons. Stato, Sez. IV 21 luglio 1997, n. 737; Cons. Stato, Sez. VI 16 aprile 1999, n. 370; Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 1999, n. 412; Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2000, n. 3622; Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2000, n. 1614; Cons. Stato, Sez. VI 31 ottobre 2001, n. 5691; Cons. Stato, Sez. VI 22 ottobre 2002, n. 5808; Cons. Stato, Sez. V 28 dicembre, n. 6459; Cons. Stato, Sez. IV 21 giugno 2001, n. 3348 — quest'ultima ha ritenuto ragionevole la disciplina del decreto Karrer).

Tale orientamento è ritenuto — dall'appellante — in contrasto con le indicazioni ricavabili dal diritto comunitario, in relazione al parere della Commissione CE sul c.d. decreto Karrer espresso in data 10 agosto 1988.

L'appello richiama anche il tenore dell'art. 36 della dir. n. 92/50 CE, che è analogo al disposto dell'art. 34 della direttiva n. 93/38 CE, applicabile al caso in esame, anche se non espressamente e testualmente richiamato dall'appellante, che ha comunque dedotto in relazione al principio regolatore espresso da tale norma, ricavando da essa l'obbligo per le amministrazioni di enunciare al più tardi nel capitolato d'oneri i criteri di aggiudicazione, in modo da evitare che essi vengano formulati quando sono note esperienze o caratteristiche delle imprese.

In sostanza secondo la prospettazione dell'appellante la possibilità di specificare i criteri da parte della Commissione potrebbe determinare un *vulnus* ai valori di trasparenza espressi dalla disciplina comunitaria, a fronte dei quali non

sarebbero sufficienti le condizioni particolari di cautela poste dalla giurisprudenza nazionale, quali condizioni di legittimità dell'operato delle Commissioni, ossia la necessità di precisare i criteri prima dell'apertura delle offerte e di determinarli nell'ambito dei criteri prefissati, poiché rilevarebbe invece la prequalificazione, quale momento nel quale già divengono note le imprese ed diverrebbe astrattamente possibile quindi «orientare» la predeterminazione dei criteri secondo valutazioni mirate a favorirne una in luogo di altra.

Ciò in relazione alla norma dell'art. 34 della direttiva n. 93/38 CE (ed all'analoga norma di cui all'art. 36 della dir. n. 92/50) pone il seguente serio problema interpretativo:

«se sia legittimo interpretare tali disposizioni (l'art. 36 della direttiva 92/50 e l'art. 34 della direttiva 93/38), come contenenti norme elastiche che permettono alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, di *fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'onori*, consentendo poi alla Commissione di gara, l'eventuale specificazione e/o integrazione di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale specificazione e/o integrazione avvenga *prima della apertura dei plichi* contenenti le offerte e *non risulti innovativa dei criteri predeterminati dal bando* o se, invece, detta norma debba essere interpretata come norma rigida, che impone alla stazione appaltante di determinare analiticamente i criteri di aggiudicazione nel bando o nel capitolato d'onori, prima della prequalificazione o dell'invito ed esclude che la Commissione di gara possa in qualsiasi modo intervenire successivamente specificando e/o integrando i predetti criteri, o costruendo sotto-voci o sub-punteggi, in quanto ogni indicazione dei criteri di aggiudicazione, per ragioni di trasparenza, deve essere contenuta nel bando o nel capitolato d'onori e, quindi, se sia legittimo, in definitiva, alla luce del diritto comunitario l'orientamento interpretativo tradizionale maturato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato volto ad ammettere l'intervento della Commissione di gara».

Riteneva il Collegio che l'interpretazione data tradizionalmente dal Consiglio di Stato potesse trovare conferma alla luce dell'avverbio «possibilmente» contenuto nella disposizione che, riferito alla indicazione dei criteri in ordine decrescente, può anche significare che il bando può rimandare ogni specificazione dell'ordine di importanza dei criteri alla Commissione di gara purché si tratti di criteri desumibili e/o ricavabili dallo stesso bando, implicitamente od esplicitamente, ma rileva altresì che, trattandosi di questione nuova, per la quale non si rinvenivano precedenti, essa, per la sua serietà, debba obbligatoriamente essere rimessa alla Corte di giustizia CE.

Ancora: «se sia legittimo, *alla luce di tale norma interpretata elasticamente alla luce dell'avverbio "possibilmente"*, per la stazione appaltante emanare un *disciplinare di gara che in relazione ad un criterio di aggiudicazione* (nella specie modalità organizzative e di supporto) *preveda l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della stazione appaltante*, con riferimento *una serie di complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione* risultando in tal senso, in parte, *indeterminato* o se comunque la norma imponga *una tassatività di massima* nella formulazione dei criteri *non compatibile con la mancata graduazione degli stessi*, e se, in caso di legittimità della previsione, per effetto della ritenuta elasticità della norma e della non obbligatorietà della graduazione di tutti gli elementi, a fronte di essa, in mancanza di un espresso conferimento di poteri alla Commis-

sione da parte del bando possa ammettersi l'intervento integrativo-specificativo della Commissione (risoltosi semplicemente nel attribuire rilevanza autonoma e peso relativo ad ogni singolo elemento che il bando voleva valutare attribuendo complessivamente massimo 25 punti) o, se, invece, a fronte di tale previsione, debba invece farsi applicazione letterale del disciplinare di gara, attribuendo il punteggio con valutazione unitaria dei vari e complessi elementi considerati dalla *lex specialis*».

Ed ancora: «se comunque sia legittimo alla luce di tale disposizione, riconoscere in via generale alla Commissione di gara che deve valutare le offerte, *indipendentemente dalle modalità di formulazione del bando*, nel procedimento di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, ma solo *a fronte della complessità degli elementi da valutare*, un potere di autolimitare, in via generale, la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando, e se tale potere della Commissione possa essere esercitato costruendo sotto voci, sub-punteggi, o semplicemente dettando criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando o dal capitolato d'onori naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste».

Ogni altra questione è stata riservata, compresa la pronuncia sulle spese.

#### *La pronuncia della Corte di giustizia delle Comunità europee*

La Corte di giustizia delle Comunità europee si è pronunciata con sentenza del 24 novembre 2005.

Il giudice europeo ha notato che la commissione aggiudicatrice ha semplicemente determinato il modo in cui i 25 punti previsti per il terzo criterio di aggiudicazione dovessero essere ripartiti tra i cinque sottocriteri già definiti nel disciplinare di gara.

In sostanza, alla luce dei fatti di causa, ha ritenuto di essere investita della questione se gli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38 debbano essere interpretati nel senso che il diritto comunitario osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi dei punti previsti dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato di gara.

La Corte ha ricordato che i criteri di aggiudicazione definiti da un'amministrazione aggiudicatrice devono essere collegati all'oggetto dell'appalto, non devono conferire alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'onori o nel bando di gara e devono rispettare i principi fondamentali di parità di trattamento e trasparenza (in tal senso sentenza 17 settembre 2002, causa C 13/99, *Concordia Bus Finland* Racc. pag. I-7213, punto 64).

In particolare, la Corte ha ricordato, nel contesto della causa in esame, che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici (v. sentenza *Concordia Bus Finland* punto 81) e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte sia nel momento in cui queste sono valutate (v. sentenza 18 ottobre 2001 causa 19/00 *SIAC Construction* Racc. pag. I-7725, punto 34).



Conformemente agli artt. 36 della direttiva 92/50 e 34 della direttiva 93/38, tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente di importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata (sentenza *Concordia Bus Finland*, citata, punto 62).

Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, e, se possibile, la loro importanza relativa siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte (v. in tal senso, sentenze 25 aprile 1996, causa C 87/94, *Commissione / Belgio*; racc. I-2043, punto 88, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99 *Universale Bau ed a.*, Racc. pag. I-11617, punto 98).

Spetta al giudice nazionale secondo la Corte valutare se, alla luce di tali norme e principi, nella causa principale, sia stato violato il diritto comunitario, prevedendo una ponderazione dei vari sub-elementi del terzo criterio indicato nell'appalto.

La Corte ha poi indicato un iter logico che deve essere seguito dal giudice nazionale.

In primo luogo, secondo la Corte, occorre verificare se, tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti della causa principale, la decisione che prevede tale ponderazione modifichi i criteri di aggiudicazione definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.

Se così fosse la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

In secondo luogo occorre valutare se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della redazione delle offerte avrebbero potuto influenzare detta preparazione.

Se così fosse la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

In terzo luogo occorre verificare se la commissione aggiudicatrice abbia adottato la decisione che prevede una ponderazione tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

Se così fosse la detta decisione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

### *Il caso di specie*

Nel caso di specie la stazione appaltante solo con il disciplinare di gara ha specificato i criteri selettivi dell'aggiudicatario mentre con la lettera d'invito a rimesso alla commissione di gara la graduazione fra alcuni degli stessi criteri.

La commissione di gara ha graduato le sottovoci previste dal disciplinare di gara, attribuendo, a suo insindacabile giudizio i 25 punti previsti dal bando fra dette sottovoci, che, pur specificate dal disciplinare, per essere relative all'organizzazione ed alle strutture logistiche e di supporto da utilizzarsi nella gestione

dei servizi oggetto del contratto, ovviamente sono direttamente attinenti le caratteristiche aziendali dei partecipanti alla gara.

Ne deriva, a giudizio del Collegio, che la importanza relativa delle predette sottovoci avrebbe dovuto essere nota ai potenziali concorrenti già al momento della produzione delle loro offerte al fine di evitare il pericolo che la commissione potesse orientare *a proprio piacimento ed a posteriori* l'attribuzione di tale determinante punteggio e, quindi l'esito stesso della gara, dopo averne conosciuto gli effettivi concorrenti.

Per la Corte di giustizia, inoltre, nel caso di specie, occorre valutare se tale decisione contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della redazione delle offerte avrebbero potuto influenzare detta preparazione: ebbene, a giudizio del Collegio, tale decisione contiene elementi che avrebbero potuto influenzare la preparazione delle offerte, essendo chiaro che le imprese partecipanti alla gara quantomeno andavano sin dall'inizio messe su un piano di parità nella conoscenza del peso relativo da assegnarsi alla disponibilità di immobili nella Provincia di Venezia da destinarsi a depositi o sedi aziendali.

Va inoltre considerato che le sottovoci ponderate dalla Commissione danno rilievo ad elementi quali il possesso dei depositi disponibili nella Provincia ed il numero delle sedi (diverse dai depositi) aziendali disponibili nella Provincia di Venezia che, per essere riferite al collegamento con un determinato territorio, dovevano considerarsi aventi potenziale valore discriminatorio fra gli operatori in ragione della localizzazione territoriale delle loro attività e, quindi, dovevano essere rese note, nel loro peso relativo, prima della preparazione delle offerte, se non prima della loro candidatura alla gara.

In ultimo va considerato che gli elementi che, secondo la lettera di invito, erano da ponderarsi da parte della Commissione di gara, non avevano un vero e proprio carattere tecnico, sicché non sussisteva alcuna effettiva necessità, per la stazione appaltante, in ragione della complessità tecnica delle scelte da effettuarsi in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica, per demandare alla commissione di gara la graduazione del punteggio o per definire, come è stato nella specie, solo nella lettera d'invito e non nel bando di gara i criteri selettivi ed i relativi pesi degli stessi, peraltro riservandosi di meglio tararli nel corso della procedura, mediante l'intervento della Commissione di gara.

In sostanza dal *modus operandi* prescelto dall'amministrazione potrebbe derivare una discriminazione a favore delle imprese già localizzate in un determinato ambito territoriale, senza che la stessa sia collegabile ad alcuna apprezzabile necessità di definire in sede tecnica la complessa ponderazione di elementi di valutazione dell'offerta (gli elementi ponderati dalla commissione sono strettamente correlati ad esigenze amministrative della stazione appaltante definibili compiutamente nella *lex specialis* sin dal momento della formazione del bando).

Di qui l'illegittimità degli atti di gara.

Ne deriva quindi l'accoglimento dell'appello (ed in particolare del primo e terzo motivo del ricorso originario da leggersi in stretta connessione logico-giuridica) e l'annullamento della gara.

Dall'accoglimento dell'appello deriva, per giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato, la caducazione del contratto già stipulato, ma, alla luce della discrezionalità del metodo di aggiudicazione prescelto dall'amministrazione, non può disporsi alcuna reintegrazione in forma specifica dell'impresa ricorrente me-

dante aggiudicazione dello stesso appalto alla ditta ricorrente o mediante nuova assegnazione di un analogo contratto.

L'amministrazione dovrà, quindi, rinnovare la procedura di gara e, nelle more di tale rinnovo, valuterà le modalità più idonee per garantire l'espletamento del servizio. (*Omissis*).

## MATERIALI COMUNITARI E NAZIONALI

MEMORANDUM OF UNDERSTANDING  
in respect of  
Joint Assistance in Supporting Projects in European Regions (JASPERS)  
between  
THE EUROPEAN COMMISSION  
The EUROPEAN INVESTMENT BANK  
and  
EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION  
AND DEVELOPMENT

This MEMORANDUM OF UNDERSTANDING is entered into on this 30th day of May 2006 between

The EUROPEAN COMMISSION (hereinafter referred to as the «Commission»), 200 Rue de la Loi, B-1049 Brussels, represented for the purposes of the signature of this Memorandum of Understanding by Ms Danuta HUBNER, Commissioner for Regional Policy

of the first part,

The EUROPEAN INVESTMENT BANK (hereinafter referred to as the «EIB»), established at 100, Boulevard K. Adenauer, Luxembourg, Grand Duchy of Luxembourg, represented for the purposes of signature of this Memorandum of Understanding by Mr Philippe MAYSTADT, President,

of the second part, and

EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT (hereinafter referred to as the «EBRD»), with its headquarters at One Exchange Square, London EC2A 2JN, United Kingdom, represented for the purposes of signature of this Memorandum of Understanding by Mr. Jean LEMIERRE, President,

of the third part,

### 1. *Principles.*

The Commission, with the aim of supporting EU Member States and the acceding countries of Bulgaria and Romania in their identification and preparation of projects potentially eligible for assistance through the European Regional Development Fund (the «ERDF») and the Cohesion Fund (hereinafter, together with the ERDF, referred to as the «Funds»), has called on the ELB and the EBRD to contribute their specialist expertise and experience to a joint effort to assist the authorities in EU Member States and the acceding countries of Bulgaria and Romania to prepare high quality projects.

This Memorandum of Understanding has been established in the context of a joint technical assistance initiative to be known as «JASPERS — Joint Assistance in Supporting Projects in European Regions» (hereinafter referred to as «JASPERS») between the Commission, the EIB and the EBRD. JASPERS is intended to support cohesion policy by increasing the resources available for project preparation and improving the quality of technical advice available to project promoters, and will thereby enhance transition, environment, economic growth and job creation.

The parties hereto have reached a common understanding on the following principles:

(1) JASPERS will start in 2006 and it is envisaged that it will carry on its activities until the end of the multiannual financial framework 2007-2013;

(2) JASPERS is intended primarily to cover projects eligible for assistance under the Funds prepared in EU Member States covered by the Convergence Objective, with priority being given to large projects in Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovak Republic and Slovenia and the acceding countries of Bulgaria and Romania;

(3) it is intended that JASPERS will be managed by the EIB, in accordance with the principles set out in this Memorandum of Understanding, and the terms and conditions set out in a Contribution Agreement between the Commission and the EIB, and in a Contribution Agreement between the EIB and the EBRD which will be made available to the Commission;

(4) in order to implement JASPERS, the EIB will set up a separate unit (the JASPERS Unit) within its own organisational structure which will be based in Luxemburg and in regional centres serving the countries requesting assistance under JASPERS;

(5) JASPERS will be complementary to the project preparation work already carried out and will be available upon request by the national authorities in accordance with the priorities set out in annual Country Action Plans jointly agreed between the JASPERS Unit (with approval of the Steering Committee) and the relevant beneficiary country;

(6) the parties hereto recognise there shall be no obligation for Member States or acceding countries to make use of assistance from JASPERS and there will be no obligation for a Member State or acceding country which makes use of JASPERS to borrow from the EIB or EBRD.

(7) there shall be no obligation on the EIB or EBRD to lend to a project which is prepared with the assistance of JASPERS and, in the case of projects which have benefited from JASPERS, if the project promoter or authorities wish to borrow from the EIB or the EBRD the Commission has no objection to them doing so.

(8) the EBRD contribution to JASPERS will be provided only in those EU Member States and acceding countries, which are also EBRD «countries of operations». In addition, EBRD's contribution will, consistent with its transition mandate, be focused on sectors in which EBRD

has particular expertise and in sectors where transition challenges remain, in particular: (i) national/regional transport projects, primarily where there is a public-private partnership dimension, or a commercial company or sub-national project sponsor/beneficiary; (ii) environmental projects (water, sewerage, waste); (iii) municipal or regional public transport projects; and (iv) energy efficiency/renewable energy projects;

(9) assistance under JASPERS, which will be provided free of charge to EU Member States and acceding countries, will concern project preparation, project appraisal, horizontal issues relevant to more than one project or more than one country and, where duly justified and on an exceptional basis, other project-related matters such as implementation support; assistance may cover any stage of project preparation from initial identification up to, but not including, the Commission decision to grant financial assistance to the project;

(10) JASPERS will be open to the contributions, monetary or in-kind, from one or more other international financial institutions as agreed by the Steering Committee;

(11) the intended contribution of each party to JASPERS is set out in Section 2 below.

## 2. Resources or JASPERS.

During the life of JASPERS, the intended contributions of the parties hereto to JASPERS are as follows:

(1) a cash contribution by the Commission intended to cover:

(i) the full cost of thirty (30) person years of professional staff annually and ten (10) person years of support staff annually, including their respective overhead costs, such as offices, equipment and working facilities, and travel and subsistence costs;

(ii) the costs of external consultants to support JASPERS activities;

(iii) the costs of travel, subsistence and, where necessary, relocation of staff incurred by the EIB and by the EBRD in relation to JASPERS.

The indicative Commission contribution to JASPERS will be as follows:

2006 . . . . .	EUR 7,800,000
2007 . . . . .	EUR 14,100,000
2008 . . . . .	EUR 14,100,000
2009 . . . . .	EUR 14,100,000
2010 . . . . .	EUR 14,100,000
2011 . . . . .	EUR 14,100,000
2012 . . . . .	EUR 14,100,000
2013 . . . . .	EUR 14,100,000

The Commission's contribution will be subject to signature of corresponding legal commitments (annual contribution agreements) between

the Commission and the EIB. In addition, the Commission's contribution is subject to budgetary availability and will only be made available to the extent that the budgetary authority of the European Community makes available the necessary appropriations. The Commission will seek to ensure that there shall be sufficient funds allocated to JASPERS, subject to the appropriations made available in the annual budget of the Community;

(2) a contribution by the EIB, in the form of personnel equivalent to sixteen (16) years of professional staff time annually, when JASPERS is fully operational, together with their equipment, office facilities and related overhead costs. The EIB's contribution will be subject to signature of the corresponding legal commitments with the EC and with the EBRD;

(3) a contribution by the EBRD, in the form of (i) personnel equivalent to a minimum of five (5) and a maximum of eight (8) years of professional staff time annually, together with their equipment, office facilities and related overhead costs; and (ii) occasional use of EBRD Resident Office facilities, subject to space availability and agreement with relevant EBRD country managers, in those countries where JASPERS does not have a regional office. The EBRD's contribution will be subject to signature of corresponding legal commitments between the EIB and the EBRD.

### 3. *Governance and consultation.*

Implementation of JASPERS will be supervised by a Steering Committee, consisting of two members appointed by the Commission, two members appointed by the EIB, and two members appointed by the EBRD.

The Steering Committee will act by unanimity. It should meet at least four times yearly. The Commission will hold the office of Chair of the Steering Committee, with the EIB, through the JASPERS Unit, providing the Secretariat of the Steering Committee.

The Steering Committee will:

(a) review and decide on all strategic and major policy issues including, but not limited to, eligibility of a new country for JASPERS support; joining of JASPERS by a new partner; location of JASPERS regional offices; recruitment policy; issues involving national authorities at a high level; communication policy;

(b) review and approve significant operational outputs, in particular Country Action Plans and other activities of JASPERS; modifications to Country Action Plans; JASPERS progress reports; and provide guidance on any significant operational issues arising;

(c) at the request of the Commission, the EIB or the EBRD, review the implementation of JASPERS with a view to proposing improvements to its supervision or management;

(d) review and approve the annual reports and annual financial statements of JASPERS, as well as any other publications reporting on the op-

---

erations of JASPERS. The Director of the JASPERS Unit shall manage JASPERS.

The Director of the JASPERS Unit will consult with DG Regional Policy and with the EBRD on operational matters concerning JASPERS; if necessary, matters may be raised by any party at the Steering Committee.

4. *Status of memorandum of understanding, withdrawal.*

This Memorandum records the understandings of the parties hereto and does not create legally binding obligations.

Any party hereto has the unconditional right to withdraw from this Memorandum of Understanding at any time by giving the other parties hereto written notice to this effect. (*Omissis*).





MEMORANDUM OF UNDERSTANDING  
in respect of  
A COORDINATED APPROACH TO THE FINANCING OF URBAN  
RENEWAL AND DEVELOPMENT FOR THE PROGRAMMING  
PERIOD 2007-2013 OF THE COMMUNITY STRUCTURAL FUNDS  
between  
The European Commission  
the European Investment Bank  
and the Council of Europe Development Bank

This MEMORANDUM OF UNDERSTANDING is entered into on this 30<sup>th</sup> day of May 2006 between

The EUROPEAN COMMISSION, (hereinafter referred to as the «Commission»), established 200 Rue de la Loi, B-1049 Brussels which is represented for the purposes of the signature of this Memorandum of Understanding by Commissioner Danuta Hubner,

of the first part,

The EUROPEAN INVESTMENT BANK (hereinafter referred to as the «EIB»), established 100, Boulevard K. Adenauer, Luxembourg, represented for the purposes of signature of this Memorandum of Understanding by Mr Philippe MAYSTADT, President,

of the second part,

The COUNCIL OF EUROPE DEVELOPMENT BANK, (hereinafter referred to as the «CEB»), established 55. avenue Kléber, F-75116 Paris, represented for the purposes of signature of this Memorandum of Understanding by Mr Raphael Alomar, Governor,

of the third part.

*Objectives.*

This Memorandum of Understanding records the common understanding on the principles of cooperation between the Commission, EIB and CEB in the field of urban renewal and development.

The parties hereto agree to coordinate their approach to urban renewal and development actions in the context of Structural Funds interventions for the programming period 2007-2013. More particularly, they aim:

- to facilitate the work of the authorities in the Member States in making more effective use of public resources from national and Community sources and in availing of new or additional financial products, and
- to facilitate the work of managing authorities responsible for European programmes supported by the Structural Funds who wish to use

the relevant provisions of their regulations for the programming period 2007-2013, to encourage greater use of financial engineering products in urban renewal and development.

*Context.*

In line with the objectives of the renewed Lisbon strategy approved by the European Council of 23 March 2005, the European Commission has proposed that cohesion policy should strengthen its strategic approach for the next programming period 2007-2013. Accordingly, it has issued draft Community Strategic Guidelines for Cohesion, adopted by the Commission in July 2005, which set the European agenda for growth and jobs as the main priority for cohesion policy. Special attention is paid in these Guidelines to the specific needs of certain territories, such as urban and rural areas, with a view to achieving balanced development and removing obstacles to growth.

At their meetings in Rotterdam in November 2004 and in Bristol in December 2005, ministers responsible for urban policy stressed the substantive contribution that cohesion policy can make to the development of sustainable communities. The European Parliament, in its report on the urban dimension in the context of enlargement (1), called for sustainable urban development to be included within the mainstream of cohesion policy and the European Structural and Cohesion Funds.

The EIB and CEB have been financing urban renewal and development projects, including social housing components, for many years through a wide range of banking products, applying eligibility and quality criteria aligned with sustainable urban strategies. This targeted loan financing provided by the two Banks is expected to complement public resources (Community and national) in the Operational Programmes supported by the Structural Funds, to develop an appropriate response to the growing need for investment in sustainable urban communities.

I. *Programming the Structural Funds, Planning and monitoring integrated urban renewal and development plans and actions.*

Within the remit of the above-mentioned context, the Commission, the EIB and CEB have resolved to establish a coordinated approach, in the framework of the programming period 2007-2013, regarding integrated urban renewal and development. This coordinated approach concerns, notably, support for the preparation and implementation of NSRF and Operational Programmes co-financed by the Structural and Cohesion Funds, including where appropriate social housing in the context of integrated urban renewal and development.

---

(1) EP(2005)0272 Report on the urban dimension in the context of enlargement.

1. *National Strategic Reference Frameworks (NSRFs).*

Where NSRFs concern urban renewal and development strategies, the parties hereto agree to coordinate their position, including any possible assistance to Member States regarding their preparation.

2. *Integrated plans for sustainable urban development.*

Integrated plans for sustainable urban development and renewal are defined as those including an appropriate mix of consistent actions and projects, contributing to sustainable urban communities satisfying, as far as possible, the principles agreed at the Bristol Ministerial Meeting of 6 December 2005.

The European Regional Development Fund will co-finance actions and projects forming part of integrated plans for sustainable urban development and renewal, where these fall within its scope of intervention, as defined by the relevant regulations for the programming period 2007-2013.

3. *Preparing Operational Programmes.*

The Operational Programmes financed by the Structural Funds and Cohesion Fund, are negotiated in partnership between the national or regional authorities and the Commission, and formally adopted by the latter. In accordance with the regulations for the period 2007-2013, the Commission in partnership with the national and regional authorities will endeavour to include, where appropriate, integrated urban development and renewal plans and actions within the Operational Programmes. Where such plans and actions exist, and in agreement with the relevant authorities at national and regional level, the EIB and CEB will seek to identify important projects that may be suitable for their support and, where appropriate for support from other financial instruments and products, including private sector contributions.

Where the EIB and CEB contribute to the preparation of Operational Programmes, they will also seek to include indicative amounts of financing that they could make available for integrated urban renewal and development actions.

4. *Efficient governance of integrated plans for sustainable urban development.*

The success of integrated plans for sustainable urban development depends on efficient management, under suitable governance structures. These structures should be presented as far as possible in the programmes, along with the necessary capacity-building and support measures and the required resources for technical assistance to finance such measures. Advice on these structures, to be discussed between the parties hereto, could

be made available to the national and regional authorities during the preparation of the relevant Operational Programmes.

5. *Monitoring implementation of operational programmes including integrated plans for sustainable urban development.*

The parties hereto, in partnership with the competent national or regional authorities, wish to exchange information and, where appropriate, to coordinate their respective monitoring of operational programmes and co-financed projects, when they relate to sustainable urban development and renewal.

II. *Financing of social housing projects.*

The EIB and CEB intend to adopt a coherent approach with regard to the conditions for the financing of social housing. Their approach, including the definition of social housing, should be adaptable to the circumstances of specific countries. It should also take into account the definition of social housing in Article 7 paragraph 2 of ERDF Regulations, in particular where the same project is financed by a combination of EIB and/or CEB loans and ERDF contributions<sup>7</sup>.

Integrated plans for sustainable urban development and renewal addressed by operational programmes can include a social housing component, possibly eligible for loan financing by the EIB and CEB in accordance with their rules and procedures, or by ERDF contributions where eligible. The participation of other IFIs, public banks and, where appropriate, commercial banks and other private sector participants in social housing development, would be encouraged. The EIB and CEB will only support financially sustainable and technically and environmentally adequate social housing projects that form part of an integrated urban renewal and development plan and/or a carefully considered housing strategy, which gives priority to urban renewal over greenfield developments.

III. *Coordination with Commission initiatives.*

1. *Coordination with JESSICA actions within operational programmes.*

In the framework of the new strategic approach, the European Commission began development in February 2006, in consultation with the European Investment Bank and the Council of Europe Development Bank, of new initiative for sustainable urban development in the regions of the European Community supported by the Structural and Cohesion Funds: Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas (JESSICA).

The coordinated approach agreed between the parties hereto will contribute to better preparation and successful implementation of urban projects to be co-financed by them, including under the JESSICA initiative. It is however independent of interventions by the EIB or the CEB under the

JESSICA initiative aiming at leveraging financing for projects supported by urban development funds, notably in case the EIB is mandated by Member States or managing authorities to assume holding fund management tasks under this initiative.

However, the parties hereto agree to hold at least annually and in cooperation with Member States and managing authorities joint meetings in order to exchange information on their respective experiences under this initiative in view of coordinating their approach, jointly define best practices and optimise complementarities of their actions.

## 2. *Coordination with JEREMIE actions within operational programmes.*

The coordinated approach agreed between the parties hereto, does not preclude the EIB group, through the EIF, being independently involved in the sustainable communities concept through interventions under the JEREMIE initiative, improving access to finance for micro to medium enterprises, small businesses and artisans, which will necessarily have a major urban dimension.

## 3. *Coordination with JASPERS.*

The coordinated approach agreed between the parties hereto is independent of any interventions by the EIB under the JASPERS initiative, providing technical assistance facility to help in planning, programming and preparation of projects in the beneficiary Member States. The limited resources available under JASPERS will be concentrated on the preparation of major projects, notably in transport and environmental infrastructure. However, some resources could be devoted to assisting Member States or managing authorities in the preparation of integrated urban development plans and their key projects, depending on JASPERS annual action plans and availability of resources.

## IV. *Status of Memorandum of Understanding.*

This Memorandum records the understandings of the parties hereto and does not create legally binding obligations. (*Omissis*).



MEMORANDUM OF UNDERSTANDING  
in respect of  
a coordinated approach to improving access to finance for micro  
to medium enterprises in the regions supported by the European Regional  
Development Fund  
(Joint European Resources for Micro  
to medium Enterprises - JEREMIE)  
between  
THE EUROPEAN COMMISSION  
and  
THE EUROPEAN INVESTMENT FUND

This MEMORANDUM OF UNDERSTANDING is entered into on this 30th day of May 2006 between

The EUROPEAN COMMISSION, (hereinafter referred to as the «Commission»), established 200 Rue de la Loi, B-1049 Brussels which is represented for the purposes of the signature of this Memorandum of Understanding by Commissioner Danuta Hubner,

of the first part, and

the EUROPEAN INVESTMENT FUND (hereinafter referred to as the «EIF»), established at 43, Avenue J.F. Kennedy, Luxembourg, Grand Duchy of Luxembourg, represented for the purposes of signature of this Memorandum of Understanding by Mr Francis Carpenter, Chief Executive Officer,

of the second part,

1. *Context.*

The Commission's Communication of July 2005, «Cohesion policy in support of growth and jobs, Community strategic guidelines 2007-2013» stresses the importance of improving access to finance for the development of SMEs. In particular, the Commission refers to the need to enhance support for start-ups and micro-enterprises, through technical assistance, grants as well as non-grant instruments such as loans, equity venture capital or guarantees, and highlights the added value of undertaking these actions in cooperation with the European Investment Fund and European Investment Bank (hereinafter EIB).

In this context, a proposal for a joint initiative to support improved access to finance for SMEs and development of micro-credit for the next programming period, referred to as «JEREMIE» (Join European Re-



sources for Micro to Medium Enterprises) has been prepared by the Commission (DG REGIO) in consultation with the EIF.

The JEREMIE initiative was presented by the Commission and the EIF at a Ministerial meeting on 11 October 2005 and, subsequently, at a conference on 24 November 2005 with the regions and the international financial institutions on «*Financing growth and cohesion in the enlarged EU*», where it received wide support.

## 2. *Objectives and general principles.*

This Memorandum of Understanding has been established in the context of the JEREMIE initiative and aims at setting out the principles for a coordinated approach and cooperation between the Commission and the EIF, in close cooperation with the Member States, to the preparation, programming and implementing of the JEREMIE initiative in the context of operational programmes co-financed by the European Regional Development Fund (hereinafter ERDF) for the period 2007-2013.

The coordinated action of the parties hereto shall be manifested through the joint work in the Steering Committee (c.f. item 4), regular exchanges of information and the adoption of a common approach, in close cooperation with Member States, aiming at improving access to finance for micro to medium enterprises in the regions supported by the ERDF.

## 3. *Coordinated approach in the preparatory phase of JEREMIE.*

### *JEREMIE evaluations.*

During the preparatory phase in 2006-2007, the EIF with the Commission, and in cooperation with national and regional authorities, financial intermediaries and SMEs as appropriate, will undertake evaluations of the gaps between supply and demand for financial engineering products in the regions. The objective of the JEREMIE evaluations is to identify gaps between, on the one hand, the potential demand for financial engineering products in support of SMEs and micro-credit operations in the regions and, on the other hand, the existing supply capacity of the local specialised financial intermediaries for such products. The evaluations will include a proposed action plan.

The parties hereto can envisage extending the evaluations both after 2007 as appropriate, and to the sub-regional level, for example, in order to prepare the ground for the JEREMIE initiative to be accessible to interested urban authorities.

### *Results of evaluations.*

The results and conclusions of evaluations, including proposed action plans, will be made freely available to the regions and the competent programme authorities in the Member States, as well as to SMEs, interested holding funds and financial intermediaries.

*Financing JEREMIE evaluations.*

The Commission intends to contribute 75% of the funds required to finance the evaluations and the EIF intends to contribute the remaining 25%. The total budget for the year 2006 amounts to EUR 3.500.000. The Commission's contribution in 2007, and possibly in subsequent years, will be subject to signature of corresponding legal commitments (annual contribution agreements) between the Commission and the EIF. In addition, the Commission's contribution is subject to budgetary availability and will only be made available to the extent that the budgetary authority of the European Community makes available the necessary appropriations.

4. *Common understanding on operational principles for the implementation of JEREMIE.*

The parties hereto confirm their common understanding and approach concerning operational principles for the implementation of JEREMIE, in accordance with the new Council regulation laying down general provisions on the Structural Funds and the Cohesion Fund for the period 2007-2013, and the relevant Commission's implementation regulation, as follows:

*Preparing and adopting operational programmes.*

The evaluations including the proposed action plan will be used by the Commission and the Member States for the preparation of operational programmes for the period 2007-2013. These programmes are prepared in partnership between the Member States and the Commission. The programmes will set out, as appropriate, objectives and the relevant resources for actions to improve access to finance for micro to medium enterprises.

*Implementing JEREMIE - selecting a holding fund.*

The implementation of programmes and projects is the responsibility of Member States and managing authorities. For operations to improve access to finance for micro to medium enterprises under the JEREMIE initiative, Member States or managing authorities must select a suitable holding fund.

They can select it either by awarding a grant to the EIF or to a financial institution pursuant a national law compatible with Community legislation, or by awarding a public service contract to a financial institution in accordance with public procurement law. EIF may participate, alone or in cooperation with other international or specialised financial institutions in any such tendering procedure.

*Funding agreement with the holding fund.*

Following the selection of a JEREMIE holding fund, Member States or managing authorities must negotiate and sign a «funding agreement»

with it. The Funding agreement shall in particular include provisions for:

- i) the terms and conditions for contributions from the operational programme to the holding fund,
- ii) the call for expression of interest addressed to financial intermediaries,
- iii) the description of the process for appraisal, selection and accreditation of financial intermediaries by the holding fund,
- iv) setting up and monitoring the investment policy, including the targeted small and medium enterprises and the financial engineering products to be supported,
- v) reporting by the holding fund to Member States or managing authorities, and monitoring implementation of actions as well as auditing requirements,
- vi) the investment exit policy, and the winding up provisions for the holding fund.

*Local presence of JEREMIE holding funds.*

JEREMIE holding funds would undertake to ensure a sufficient presence in the Member States, or as appropriate, the regions concerned, possibly in local offices. This local presence will help to provide information, marketing and similar contacts with the financial intermediaries, and the SMEs in the regions concerned. The operational cost to the holding fund for this presence will be included in the eligible management cost, for the amounts and on the conditions to be specified by the funding agreement, respecting Commission's regulation for the implementation of the Council regulation for the Structural Funds 2007-2013.

*Operational programmes contribution to JEREMIE holding funds.*

Initial and supplementary contributions from the operational programme will be possible, on the conditions to be specified in the funding agreement. Each contribution from the operation programme to the selected holding fund will be irreversible for the programming period 2007-2013. It will constitute an eligible interim payment for the ERDF under the rules of the Structural Funds.

*Selecting financial intermediaries.*

The JEREMIE holding fund will make an open call for expression of interest addressed to all financial intermediaries concerned (including possibly venture capital, loan or guarantee funds or micro-credit providers), offering them the possibility to participate in the initiative. The call should be sufficiently flexible and remain open for at least the first half of the programming period 2007-2013. The holding fund will evaluate, select and formally accredit financial intermediaries. Such accreditation will be subject to periodic review.

The terms and conditions for contributions to funds, from the JEREMIE holding funds supported by operational programmes, including deliverables, investment strategy and planning, monitoring implementation, investment exit policy and winding up provisions, will be set up in a specific funding agreement, to be concluded between the fund on one hand, and the holding fund on the other.

*Contributions from JEREMIE holding funds to financial intermediaries.*

Drawing on the contributions from operational programmes, the holding fund will provide equity, guarantees or loans, to accredited financial intermediaries. Member States or managing authorities could decide to make available technical assistance credits from the relevant operation programme(s) to accredited financial intermediaries, in accordance with operational details to be agreed between the managing authority of the operation programme and the selected holding fund.

*Financial intermediaries supporting SMEs.*

The selected financial intermediaries will in turn make available equity, loans or guarantees, on competitive terms the principles of which would be agreed between the programme authority and the holding fund, to micro, small or medium sized enterprises. Special emphasis would be given to supporting technology transfer, start-ups, technology and innovation Funds, micro credit. The financial intermediaries will monitor investment implementation by supported SMEs.

*Recycling contributions from operational programmes.*

Resources returned to the holding fund from investments undertaken by it, reimbursement of loans, or left over after all guarantees have been honoured shall be reused by the Member States for the benefit of micro to medium enterprises, possibly under the JEREMIE holding fund, on the terms and conditions specified by the funding agreement. This revolving character of operational programmes resources contributed and used for improved access to finance for micro to medium enterprises will be a key point for ongoing and sustainable support for the social and economic fabric of the regions.

*Leverage for contributions from operational programmes.*

Contributions from operational programmes to JEREMIE actions, are expected to give rise to a significant leverage effect, bringing in additional loan capital from banks, the EIB, notably where the EIF ensures the holding fund tasks, and other international financial institutions. Such loan capital and financial products to be contributed would be used to cofinance complementary actions with the operation programme(s) concerned, to support micro to medium enterprises in the region(s).

5. *Governance - Steering committee.*

The parties hereto agree to exchange information on their respective experience under the JEREMIE initiative, in view of coordinating their approach in close cooperation with Member States, aiming at improving access to finance for micro to medium enterprises. This exchange of information and coordinated approach will be monitored by a Steering Committee, which shall consist of:

- three members appointed by the Commission;
- three members appointed by the EIF;
- one member appointed by the EIB acting as an observer without voting powers.

The Commission, EIF and EIB members of the Steering Committee shall act on behalf of the party appointing them to the Committee. The rules and procedures governing the Steering Committee will be set out and adopted by it.

6. *Status of memorandum of understanding.*

This Memorandum records the understandings of the parties hereto and does not create legally binding obligations. (*Omissis*).

# incontri - convegni - tavole rotonde

---

## RELAZIONI E INTERVENTI

HIROKO KUDO

### **ETHICS LAW AND ETHICS CODE IN JAPAN: BACKGROUND, CONTENTS, AND IMPACT ON NATIONAL PUBLIC SERVICE (\*)**

SOMMARIO: Introduction. — 1. The background: the rise and decline of «Japan Inc.». — 1.1. «Japan Inc.». — 1.2. The political and administrative reform in the 1990s. — 2. The promulgation of the Ethics Law in the context of scandal. — 3. The Ethics Law. — 3.1. Organizational framework. — 3.1.1. Central level: The «National Public Service Ethics Board». — 3.1.2. Level of the Ministry: «Ethics supervisory officer». — 3.2. Policy measures. — 3.2.1. Reporting procedures for gifts. — 3.2.2. The National Public Service Officials Ethics Code. — 3.2.3. Training and promotional activities. — 3.2.4. Investigation and disciplinary action. — 4. The impact of the Ethics Law and Ethics Code. — 5. Conclusion. — References.

#### INTRODUCTION.

Why reform government? The answer to this question varies relative to context and timing. Sometimes reform is stimulated by a shortage of financial resources. Sometimes it is brought on by a change in political power. At other times it may be forced by citizen demand. And, at times it results as a response to corruption and scandal. Moreover, in many cases, more than one of these aspects work together to push forward government reform. This is also why reformers adopt various strategies ranging from institutional reorganization, rationalization of administrative procedures, and introduction of new managerial techniques.

The management of public services ethics has featured high priority in many industrialized countries (OECD, 2000) and Japan is no exception to this. This paper discusses the most important measure of ethics management in Japan in recent years: the approval of Ethics Law in 1999, which implied the establishment of central «Ethics Board» and the acceptance of «Ethics Code».

The paper will first analyse the recent changes in Japanese politico-administrative system and will then focus on the scandals that contributed to the creation of the Law. The paper then describes the Ethics Law and as-

---

(\*) Relazione al 3<sup>rd</sup> Regional International Conference, IIAS, Monterrey, 16-20 luglio 2006.

sesses its measures. The last paragraph briefly attempts to assess the impact of the measures. The paper will conclude with a suggestion for the further development of ethics management in Japanese bureaucracy.

1. THE BACKGROUND: THE RISE AND DECLINE OF «JAPAN INC. ».

1.1. «*Japan Inc.* ».

The economic success of post-war Japan is widely known. After the Second World War, Japanese institutions were drastically reformed into those of a liberal democracy. By the end of the occupation in 1952, Japan had already started its dazzling climb to the «economic miracle». One of the most popular views to explain this development is that power in Japan was centralized in the hands of «Japan Inc.»: a ruling triad, consisting of the elite of bureaucracy, the main political party LDP (Liberal Democratic Party) and big business(1). This theory sees bureaucracy as the key actor among the three, helped by its long tradition and its prestige and expertise. The theory assumes that this «iron triangle» of small administrative, political and economic elite, both explains the «economic miracle» and the present difficulties to reform (see, e.g., Kerbo and McKinstry, 1995).

The empirical validity of «Japan Inc» model is increasingly questioned. Although the idea of small cohesive elite that decides everything might have been still true in the 1960s, «Japan Inc.» has been significantly fragmented since then (Hayao, 1993). Curtis, who particularly focuses on what is generally called the «1955 system» or «1955 regime», provides one of these accounts. The long period of dominance of the LDP began in 1955, when a decade of fragmented party politics ended as the different conservative parties were united in the LDP and two wings of the Socialist Party were reunited. Curtis describes how this system was maintained by four mutually supportive pillars (Curtis, 1999): a broad public consensus over the common goal to make Japan a leading economic force, the presence of large interest groups with close links to political parties, one-party dominance and, a prestigious and powerful bureaucracy(2). These pillars contributed to the impressive economic success-story of Japan into a leading economy in the 1980s. However, partly because of its success, the system gradually showed its weaknesses. This process started in the 1970s, continued in the «economic bubble» years of the second half of the 1980s and accelerated after the bubble end in the early 1990s. The four pillars were gradually weakening, partly due to internal dynamics, partly due to international pressures.

---

(1) «In this view, the ruling triad is united in promoting high economic growth above all else while at the same time subordinating Japan's defense and foreign policy more generally to that of the United States» (Hayao, 1993).

(2) For an alternative, but similar, description of the «1955 system», see e.g. Stockwin 1997.

First, once the goals of economic success were achieved, the consensus underlying the focus on these goals disappeared. Both the public opinion and the opinion leaders developed a very ambiguous attitude towards reform (Curtis, 1999). And the actual reforms often turned out to be rather modest. Public opinion was much more sceptical about drastic changes to the system that brought them wealth. At the same time, they realize that something has to be done to deal with the country's economic problems. Underlying these ambiguities is of course a lack of consensus about the direction of reforms.

Second, the system where large interest groups, representing big business, labour and farmers had significant impact on political parties and government also gradually unravelled in the last quarter of the century. As the country moved closer towards its goal of economic success and moved from an industrial to a post-industrial society, the interests of business, farmers and labour became more diverse and the cohesion of their large interest groups weakened (3).

Special interests became represented by political representatives and are called «*zoku*» (literally meaning «tribe»). These are members of the Japanese parliament (the Diet), usually of the dominant party LDP, who specialise in a particular policy area and have close contacts with public servants in the responsible ministry or bureau. This allows them to act as agents of specific interests, mediating between bureaucrats and interest groups. The iron triangle in the «Japan Inc.» model is now reinvented at the level of these «sub governments» (Hayao, 1993) or policy communities. Particularly the *zoku* politicians are said to protect the vested interests of their interest groups, rather than to stimulate change.

A third crucial pillar of the 1955 system was the dominance of the LDP. This long-term dominance had allowed for long-term policies and had reinforced the «iron triangle» between the LDP, the bureaucracy and interest groups. But, like the other pillars, this also gradually weakened. Its majority declined gradually, until it was lost in the upper house of the Diet in 1989 and subsequently in the lower house in 1993, when the LDP was forced into opposition. The party regained power soon, but the electorate had shown to be much less loyal and predictable than before and had thus marked the end of the era of LDP dominance.

The fourth pillar deserves some more discussion in this context. The bureaucracy (4) has long been perceived as a beacon of competency and integrity, safeguarding the Japanese national public interest against

---

(3) Curtis describes this evolution as «a shift from interest group politics to the politics of special interests» (Curtis, 1999).

(4) Curtis summarizes the bureaucrats' position as follows: «Recruited by competitive examination from among the best and the brightest graduates of Japan's most prestigious universities, especially from the Faculty of Law of the University of Tokyo, Japan's bureaucratic elite possessed high morale, a sense of mission, and a reputation for competence and integrity. They might have been haughty and arrogant (...), but the image of the Japanese bureaucrat was one of a man of ability and dedication who had foregone opportunities for material gain to serve the nation» (Curtis, 1999).



sort-sighted behaviour of the politicians who, in this picture, are mainly focussed on collecting electoral support and money for the expensive campaigns by taking care of special interests.

Even this certitude disappeared, particularly in the 1990's, due to a number of widely criticised policy failures, in particular the Ministry of Finance was held responsible for the economic recession, and a number of high-profile scandals about ethical misbehaviour by public servants. A case in point was the «*jusen* bailout» (Inoguchi, 1997), which was a combination of both a policy failure and an issue for serious ethical concern.

In 1995-1996, the Ministry of Finance took the highly debatable decision to use taxpayers' money to bail out bankrupt loan companies that had made ill-advised decisions during the bubble years. Inoguchi suggests that this decision can at least partly be explained by the fact that these *jusen* were popular destinations for *amakudari* (literally meaning «descending from heaven»). The latter is a notorious Japanese practice, which entails that senior public servants leave public service some years before their official retirement age to transfer to the private sector or government-affiliated organisations. These former top administrators then often receive a wage that is significantly higher, which then somewhat compensates for their relatively lower (compared to top positions in the private sector) wage as public servants. At the same time, this practice allows the ministry to provide opportunities at the top for younger, promising public servants. This practice also serves for a smooth relationship between bureaucracy and business, through personal ties. However, this practice is under heavy criticism, partly because it is considered to be an important cause for integrity violations (e.g. Black, 2004).

The *jusen* bailout is an example of this. It is questionable whether the Ministry of Finance top officials would have been equally foregoing to the *jusen* loan companies if they did not have the prospect of well-paid top positions in those companies after their career as public servants (Inoguchi, 1997) (5). As a result of these and other policy failures and scandals, «bureaucrat-bashing» became popular among politicians, including those of the governing LDP. It was in fact a convenient way to avoid taking responsibility for the bad performance of the government (Curtis, 1999). However, not only the prestige and reputation of the bureaucracy diminished, but here are also indications that their actual power decreases.

### 1.2. *The political and administrative reform in the 1990s.*

The economic problems and the concomitant unravelling of the 1955 system lead to a strong discourse among the elite in favour of reform.

---

(5) An explanation for the political support for this bailout is the fact that local farmer cooperatives had invested heavily in these *jusen*. With the farmers being the governing party LDP's most important constituency, this provided a strong incentive for the governing politicians to support the bailout (Curtis, 1999).

However, the emphasis in this rhetoric rather seems to be on the calamities that would happen if there would be no reform than on constructive proposals about how this reform could actually look like (Curtis, 1999). Moreover, the dramatic rhetoric does not seem to match the extent of the actual economic, political and administrative reforms.

The discourse about political reform became very strong with the establishment of the eight-party Hosokawa government in 1993, the first that did not include the LDP since the establishment of the 1955 system. The Hosokawa government had an ambitious reform plan that included restrictions on donations to political parties, increased public subsidies for parties, increased penalties for corruption and proposals for electoral reform. However, the government fell in April 1994 and it had only the time to achieve part of its agenda, most importantly its electoral reform.

Under the new system, 200 members of the lower house would be elected in 11 regional proportional representation districts and, more importantly, 300 members would be elected in single-member districts instead of in the traditional multi-member districts that had been blamed for «pork-barrel parochial politics and immobilises checks and balances between multifarious interests» (Stockwin, 1997). The jury is still out on the long-term impact of these electoral changes, but one effect was that «the resultant political turmoil to a considerable extent immobilized policy making» (Curtis, 1999). Subsequent political reforms include a law in November 2000 that prescribes penal sanctions for Diet members and members of local assemblies, if they receive financial gain in return for efforts to influence the awarding of contracts or administrative positions.

The history of post-war administrative reform in Japan can be read as succession of campaigns to reduce the size of government, in terms of both costs and staff, leading to a Japanese government that is the smallest among the industrialised democracies and has the fewest administrators relative to population size of any OECD country (Curtis, 1999). For example, the proposals of both the first «Professional Commission for Administrative Reform» (PCAR) of the beginning of the 1960s and the second PCAR of the beginning of 1980s lead to significant cutbacks, to devolution to local government, and to public corporations in the '60s and privatization in the '80s (see e.g. Furukawa, 1999).

The main administrative reform of the 1990s was initiated by Prime Minister Hashimoto, who chose this as his government's top issue. Mishima describes how this decision to give top priority to administrative reform linked to two developments mentioned above: the increasing scepticism towards the bureaucracy for both its policy failures and ethical lapses and the widespread calls for drastic economic reform that would also imply administrative reform (Mishima, 1998)(6). In line with Japa-

---

(6) Mishima cites as a third reason Hashimoto's lack of power base within the LDP, making public popularity a very important political resource for him (Mishima, 1998).

nese tradition, Prime Minister Hashimoto promised to reduce the number of government personnel by at least 10% over 10 years.

But the reform package that was initiated under Hashimoto's government and implemented under Prime Minister Obuchi after 1998 went further than simple cutbacks. Its two main measures are the following.

First, in line with the popular «New Public Management» movement, the Diet approved a Policy Evaluation Act in 2001, which in effect proposed the introduction of a performance management system. The Act is inspired by the Government Performance and Results Act of the US federal government of 1993, but is more decentralised than the American example, giving more freedom to ministries and agencies to organise their own system (Kudo, 2003; Yamamoto, 2003).

The second main measure was a reorganisation of the national bureaucracy from one office and 22 ministries and agencies into one office (the Cabinet Office) and 12 ministries and agencies. This reorganisation was enacted in 1998 and came into effect in 2001.

Mishima e.g. observes, with approval, how the bureaucracy was less obstructive and more prepared to compromise in the course of the Hashimoto reforms «than ever before in the past» (Mishima, 1998). However, most observers are more sceptical (e.g. Furukawa, 1999) and tend more towards Campbell's conclusion that «the main impact that will last for quite some time is upset and tumult as officials try to make sense of what is happening to their organizations» (Campbell, 1999). It is interesting to note the similarity between this assessment of administrative reform and Curtis' evaluation of the political reforms.

This paragraph described the broader context of Japanese politics and administration that is relevant to understand the passing of the Ethics Law. The overview showed how Japan's stable and economically successful post-war political system had been unravelling in the last quarter of the 20<sup>th</sup> century. The most relevant aspects in this story for our purposes are the reduction of power and prestige of the bureaucracy, an increasingly unpredictable and concerned electorate that appears to become less tolerant for corruption and a strong rhetoric about far-reaching reform that is not matched by actual reforms. All these events had helped to prepare the policy agenda for proposals on ethics management in the bureaucracy. However, it was eventually a number of scandals that acted as the «focusing events» (Kingdon, 1995) that pushed the proposals forward on the agenda. These scandals will be discussed in the next paragraph.

## 2. THE PROMULGATION OF THE ETHICS LAW IN THE CONTEXT OF SCANDAL.

Scandals and concerns about political corruption are definitely not new to Japan. In fact, a look at history shows that each decade since the Second World War had at least one major corruption scandal and many smaller ones (Curtis, 1999). The difference between the scandals in the 1990s and those in previous decades was the almost constant emergence of new scandals (Stockwin, 1997) and, even more importantly, the

fact that now bureaucrats were also involved in a very visible way. Here is the list of some most high-profile scandals that involved bureaucrats.

One of the most prominent scandals in post-war Japan was the Recruit Scandal (about insider stock deals) that broke out in June 1988. The scandal claimed many top politicians as its victims, including Prime Minister Takeshita, Minister of Finance Miyazawa and the LDP's Secretary-General Abe. However, even more shocking than the quantity of its political casualties was the revelation that senior public servants were also implicated in the scandal.

In 1996, a former Vice-minister (the administrative head of a ministry) of Health and Welfare was arrested for accepting bribes from the head of a welfare business group, in return for favours regarding the construction of specially subsidised nursing homes. This arrest was one of the main triggers for the 1996 measure to establish ethics codes in the ministries.

Most affected by the scandals of the 1990s was the Ministry of Finance. In 1995 a high-ranking official of the Ministry was found to have failed to report money he received from donors to the tax authorities (Hartcher, 1998). In January 1998, a former director-general of the Ministry was arrested for leaking information in return for bribes. One week later, two bank inspectors of the Ministry of Finance were arrested for revealing information to several banks regarding the timing of upcoming «surprise» inspections in return for accepting expensive hospitality at restaurants, night clubs and golf clubs. Both the Minister and the administrative Vice-minister of Finance resigned in a reaction to these scandals. Prime Minister Hashimoto's decision to set up a committee that would prepare the eventual Ethics Law was a direct reaction to these scandals. However, the scandals only proved to be the proverbial tip of the iceberg, as it emerged in the subsequent months that many more Ministry of Finance officials had accepted allegedly illicit «entertainment» by private financial institutions (Brown, 1999, Kaneko, 1999).

Another practice that regularly caused public outrage was that of «*kankan settai*»: the wining and dining of officials in the central bureaucracy by their counterparts at the level of local governments. The latter claim, that, if they do not follow this practice of entertaining central bureaucrats, they will not receive appropriate funding by the central government (Inoguchi, 1997).

This list would conclude with Curtis' observation that this is «just a small part of a seemingly endless exposé of corruption at the heart of the nation's professional elite bureaucracy» (Curtis, 1999).

Against the background of the more general decline of trust in the bureaucracy that was discussed above, these scandals worked as the «focusing events» that pushed proposals for ethics legislation forward on what Kingdon calls the «governmental agenda»: the «list of [issues] to which government officials are paying attention» (Kingdon, 1995). «Government officials» should be interpreted broadly here as both politicians and bureaucrats. The former favoured measures of ethics management for the bureaucrats not only as a way to react to the public outrage,

but also because it fitted in the bureaucrat-bashing tendency. However, even the bureaucrats, notorious for their resistance to administrative reform proposals, seemed to realise how the scandals were threatening their own prestige and power, and seemed more cooperative on these ethics measures than on other proposals for administrative reform. Mishima (7) adds to this that the scandalous events not only reduced the public trust in the bureaucrats, but also the bureaucrats' own self-confidence.

The issue of ethics management in the bureaucracy eventually promoted to the «decisional agenda» (Kingdon, 1995) on three noted moments, in addition to a number of smaller and less visible measures.

First, after the Recruit Scandal surfaced, the Cabinet took a decision «Regarding the Enforcement of Official Discipline» (December 1988), stating that government officials should refrain from acts that could invite public suspicion.

Second, following the wave of scandals in the mid-nineties, the Council of Vice-Ministers reached an agreement in 1996, requiring each ministry and agency to establish its own codes of conduct concerning contacts with persons or entities (from the private sector or from other public organisations) whose interests are affected by the public servants' decisions (see e.g. OECD, 2000). Public servants who would violate the code could be reprimanded on the basis of the National Public Service Law (Kaneko, 1999). The Council provided a model code and the ministries and agencies developed their own code on the basis of this.

However, the scandals continued and perception grew that self-disciplinary measures by the government were not sufficient. Hence, in February 1998, Prime Minister Hashimoto established a committee that had to prepare ethics measures. This committee included the members of the Vice-ministers Council, which had approved the 1996 measure (Kaneko, 1999). The committee considered the ethics legislation in close cooperation with the ruling coalition parties (the Liberal Democratic Party, the Social Democratic Party and the Sakigake Party) and the opposition parties. Two legislative proposals for an Ethics Law were submitted to the Diet in 1998, one by the ruling parties and one by the opposition parties. The final version of the proposal was submitted to the lower house by the chair of the relevant parliamentary committee. This was a compromise between the proposals from respectively the ruling and the opposition parties, in the form of an amendment to the proposal of the former. The proposal was unanimously approved by both the lower and upper house of the Diet and the Law was promulgated on August 13, 1999. The Law included the prescription that an Ethics Code had to be established, which would replace the codes of the ministries that were mentioned above.

---

(7) «Some bureaucrats had begun to recognise that their traditional way of formulating and advancing policies would not work anymore and came to doubt the legitimacy of their current policies» (Mishima, 1998). «(Mishima, 1998: 983-984)».

### 3. THE ETHICS LAW.

The National Public Service Ethics Law was promulgated on August 13, 1999. It essentially addresses the following topics:

1. It formulates three general ethical principles.
2. It draws the organisational framework for ethics management in the national administration by establishing the Ethics Board and introducing the function of «ethics supervisory officer».
3. It establishes a procedure for the reporting of gifts (for senior officials) and a procedure for the reporting of stocks and income (for top officials).
4. It proposes some specific measures for ethics management in public corporations and formulates the general goal to introduce ethics management in local government (8).

This paragraph summarises the contents of the Ethics Law and of the subsequent Ethics Code. It first describes the organisational framework that is established on the basis of the Ethics Law and then addresses the different measures that were taken.

#### 3.1. *Organizational framework.*

##### 3.1.1. *Central level: The «National Public Service Ethics Board».*

The Ethics Board was established by the Ethics Law in 1999. It is situated within the National Personnel Authority. The latter is an independent agency with considerable powers and responsibilities that was established under the American occupation after the Second World War in 1948. Its primary duties are to ensure fairness in personnel management, to protect public servants' welfare and interests in compensation for certain restrictions on their labour rights and to develop and advance appropriate personnel policies (National Personnel Authority, 2005). The Ethics Board is established within this National Personnel Authority, but acts with considerable independence. The Board is composed of a president, who works full-time for the Board, and four members. All members of the Board are appointed by the Cabinet. The Board also has a secretariat of about 15 people, managed by a secretary-general.

The Board has a significant number of responsibilities and competencies in ethics management:

1. formulating recommendations to the Cabinet about the contents and revisions of the Ethics Code;
2. preparing and revising standards for disciplinary action against employees who violate the Ethics Law, the Ethics Code and other ethics regulations;
3. planning and coordinating ethics training programmes;

---

(8) Ethics management in both public corporations and local government is beyond the scope of this paper.

4. conduction research concerning ethics issues;
5. giving guidance and suggestions to the heads of ministries and agencies about ethics management;
6. reviewing reports on gifts, stock transactions and income;
7. investigating alleged violations of the Ethics Law and taking disciplinary actions against violations or requesting ministers to do so for violations in their ministry.

### 3.1.2. *Level of the Ministry: « Ethics supervisory officer ».*

The Ethics Law also created the function of «ethics supervisory officer», appointed in each ministry or agency. These officers are the administrative head of the ministry (Vice-minister) or of the agency. Their task is to give the necessary guidance and advice to their co-workers in ethics matters and to establish «management systems for the retention of ethics». They usually delegate part of their responsibility to their directors. The daily operation of ethics measures is typically performed by the personnel section within the ministry or agency, which e.g. ensures that employees are familiar with the Ethics Law and Ethics Code, organises training sessions and investigates suspected violations.

## 3.2. *Policy measures.*

### 3.2.1. *Reporting procedures for gifts.*

Senior officials (assistant director or above) should report to the head of their ministry or agency any gift, hospitality or compensation for their labour worth more than 5,000 Yen. For certain categories of very senior officials, copies of these reports are forwarded to the Ethics Board. When the reports concern gifts beyond 20,000 Yen, they are open to the public. Top officials (Deputy Director-general or above) have the additional obligation to report annually about their exchange of stocks and bonds and about their income to the head of their ministry or agency. A copy of this report is forwarded to the Ethics Board.

The Ethics Board systematically reviewed all these forwarded reports (over 3,000 reports annually), but found only one case in the period between 1999 and 2003 that violated the Ethics Law: «a case in which an official did not obtain the approval of the Ethics Supervisory Officer prior to giving a lecture at the request of an [interested] party wherein compensation was provided» (National Personnel Authority, 2005).

### 3.2.2. *The National Public Service Officials Ethics Code.*

The establishment of National Public Service Officials Ethics Code (as a government order, after recommendations from the Ethics Board) was prescribed in the Ethics Law. The Code was promulgated on March 28, 2000 and has been in force since April 1<sup>st</sup> of 2000.

The code (9) starts out by setting 5 general standards «for ethical behaviour», of which the first three are literally taken from the Ethics Law:

1. «Employees shall not give unfair, discriminative treatment to the public (...) and shall always engage in their duties with fairness, recognising that they are servants of the whole nation and not of any group thereof.

2. Employees shall always distinguish between public and private affairs and shall not use their duties or positions for private gain for themselves or the organisation they belong to.

3. Employees shall not take any actions that create public suspicion or distrust against the fairness of public service while performing their duties, such as receiving a gift from entities influenced by their duties.»

4. «Employees shall, in performance of their duties, aim at increasing public interests and exert their utmost efforts.

5. Employees shall always behave recognising that their actions may influence the trust in the public service, even outside of their official hours».

After these general principles, the code becomes very specific and in fact focuses on only one issue of ethics management: whether or not public servants can accept favours (presents, hospitality, benefits, etc.) from individuals or entities, particularly when the latter are «interested parties.» The paper now lists the prohibited and allowed acts exhaustively (Ethics Code, Chapter III, art. 1) to show the extent of detail of the code.

The code prohibits the following actions:

1. «receive a gift of money, goods or real estate (including a farewell gift, a celebration gift, a monetary offering to the departed soul and a flower gift at the funeral) from an interested party;

2. get a loan from an interested party (excluding a loan from a financial institution with payment of normal interest);

3. rent free goods or real estate from or at the expense of an interested party;

4. receive free provision of service from or at the expense of an interested party;

5. receive stocks that are not held public from an interested party with or without payment of the price;

6. accept hospitality of an interested party;

7. dine with an interested party;

8. participate in any inappropriate game, or golf with an interested party; or

9. travel with an interested party (excluding official travel)».

---

(9) There are two other important sources where ethical principles of the Japanese public administration have been formulated (OECD, 2000). First, the Japanese Constitution prescribes: «All public officials are servants of the whole community and not of any group thereof» (art. 15, section 2). Second, the National Public Service Law states: «Any employee, as a servant of the people, shall attend to his/her duties in the interest of the public, and exert his/her utmost effort in the performance of his/her duties» (art. 96, section 1).



The code permits the following actions:

1. accepting a gift from an interest party which is distributed widely as advertisement goods or as a souvenir;
2. accepting a souvenir at a party attended by many people;
3. using goods at the office of an interest party on an official visit;
4. riding in a car provided by an interest party on an official visit to the office of the interest party (...);
5. accepting a provision of refreshment at an official meeting from an interest party;
6. at a party attended by many people, accepting refreshment from an interest party, and/or eating with an interest party;
7. at an official meeting, accepting a provision of modest food and drink from an interest party, and consuming modest food and drink with an interest party; and
8. dining with an interest party if an employee pays his own expenses.

An employee must get the approval of the Ethics Supervisory Officer if he dines with an interest party at night (excluding modest dining at an official meeting or negotiation).

«*Interested parties*» are defined as «people or entities that could be affected by the actions of government officials during the course of their work» (Goda, 2001). Who exactly these individuals or entities are is described in considerable detail in the code. Some examples can illustrate this. For public servants who deal with permissions or subsidies, «interested parties» are corporations or organisations that enjoy permissions or subsidies or are applying (or evidently going to apply) for permissions or subsidies. For public servants who are engaged in inspection, the interested party is the entity or individual that is under inspection. For public servants who are engaged in administrative guidance, the interested party is the entity or individual that is requested to take or not to take, certain action as a consequence of the administrative guidance (10).

Interestingly, the code also specifies that when an employee is appointed or transferred to another position, the interested party at the previous position continues to be the interested party for three years after the appointment or transfer. It should also be noted that public servants are allowed to receive presents or hospitality from interested parties with whom they have a private relationship, e.g. a relative or old friend (Goda, 2001), but «only if taking that action is regarded as not causing public suspicion or distrust on the fair performance of public duties (...)» (Ethics Code, chapter IV, article 1). Finally, if a public servant is uncertain whether a certain action is allowed or not, he should consult with the ethics supervisory officer (Vice-minister) and follow that guidance.

The Ethics Code prescribed, in its supplementary provisions that the Ethics Board had to review the implementation of the Code within 5 years

---

(10) The Code also prescribes that hospitality or benefits «beyond ordinary social courtesy, such as accepting frequent hospitality» are not allowed with any business entity, regardless of whether it is an interested party or not.

of its enforcement date, and make recommendations to the Cabinet about possible revisions to the Code. The Ethics Board indeed performed such a review and the Cabinet adopted its recommendations, which were enforced from April 1<sup>st</sup> 2005 onwards. These changes are rather modest and incremental. They contain:

1. arrangements about compensation for publications that are authored by public servants;
2. arrangements for disciplinary sanctions against supervisors who neglect or falsely report violations of their co-workers;
3. a relaxation of the rule that the top civil servants of a ministry had to ask for prior approval if they were to accept any hospitality from an individual or institution who could be considered as an interested party for any of the public servants in their ministry (The new rule now prescribes that such approval is only needed for the direct supervisor of that public servant, not for his or her top managers);
4. a relaxation of the rule that dining with an interest party is excluded from prohibited actions and prior approval is required only when the expense is worth more than 10,000 Yen.

### 3.2.3. *Training and promotional activities.*

By means of example, here is the list some more prominent training and promotional activities that are conducted or coordinated by the Ethics Board.

The Ethics Board organises training sessions for public servants who are responsible for ethics management (usually in the personnel management section) in the ministries and in local offices of those ministries. These training sessions typically include a detailed explanation of the Ethics Law and Ethics Code and the discussion of specific cases, including actual cases of violations against the Law or the Code. The Board also conducts «train the trainer» programmes for instructors of ethics training.

The Ethics Board also provides ministries with training materials for their own internal training, including a «casebook on public employees ethics: points of the Ethics Code as seen in specific cases» that has been revised several times. The book explains the Ethics Law and Ethics Code by means of real-life and imaginary cases. Its main aim is to make public servants more sensitive to ethical considerations in those cases where they might not have done so in the past.

The Ethics Board also distributes an «ethics handbook for national public employees» among all national public servants, in which the ethical regulations are explained. This manual mainly focuses on the Ethics Law and Ethics Code, describing situations where actions that previously might have been perceived by some as acceptable, are now prohibited under the new principles. This handbook has been revised a few times.

Finally, the Ethics Board also established a large website, developed and distributed brochures for both the public and the private sector, provided information about its activities in government publications,

launched a «week of national public employee ethics», provided guidance on how to prepare reports on gifts, etc.

#### 3.2.4. *Investigation and disciplinary action.*

The Ethics Law (Chapter 6) also details the procedures and responsibilities in case of suspected violations of the Ethics Law or Code. The primary actor here is «the appointing officer» (the minister, for a ministry), but the Ethics Board is also a very important actor, with significant investigatory competencies. The minister reports suspicions of violations to the Ethics Board, but supervises the investigation himself. He then reports about the investigation and its results to the Board. If necessary, the minister and the Board can investigate together. In exceptional cases, the Board itself may also conduct an investigation.

When a minister wants to impose disciplinary sanction, he needs the prior approval of the Board. The Board can also impose disciplinary sanctions itself, particularly in those cases where it has conducted its own investigation.

The Board can receive and collect all kinds of information about violations of the Ethics Law from all kinds of sources, including the news (National Personnel Authority, 2004). The Board reviews this information and, when necessary, investigates the allegations or asks the minister to do so.

As for the figures, the annual reports of the National Personnel Authority show that about 50 cases were investigated between 2000 and 2003 of which about half lead to disciplinary sanctions.

#### 4. THE IMPACT OF THE ETHICS LAW AND ETHICS CODE.

This paragraph will draw some tentative conclusions about the impact of the Ethics Law and Ethics Code. These conclusions will mainly be based on the results of a number of surveys that were conducted by the Ethics Board at several points in time and among different groups. The conclusions on the basis of these surveys can only be tentative because of the risk of social desirability in the responses to surveys by a government institution. However, some of the more critical responses to the surveys do suggest that this risk of social desirability should not be exaggerated. Moreover, the observations that are cited below are strong trends, observed in several of the surveys. Specifically, the survey results and some anecdotal evidence collected by the authors in interviews, suggest the following conclusions about the impact of the Ethics Law and Code.

First, there are strong indications that the Law and Code indeed had an impact. The Ethics Board cites some anecdotal evidence of changes. It e.g. observed how evening meetings with private enterprises were replaced by daytime discussions (National Personnel Authority, 2001).

More importantly, this is also confirmed in two surveys, both conducted in May 2003, which both asked the question: «Have the awareness and actions of public employees changed regarding maintenance of their

ethics?» In a survey among 5000 «regular service» public servants, 79.5% responded that their awareness and actions had indeed changed and in a survey among 2481 listed corporations, 62.8% responded that the awareness and actions of public servants had changed (11). This is not a gratuitous observation. It is a common complaint of ethics policy makers that ethics codes are launched quite easily but that they often subsequently quietly disappear in drawers or dustbins without having had any significant impact upon the ethics of employees. The drafters of the Ethics Law as well as the members of the Ethics Board deserve credit for indeed having made an impact.

The obvious next question is about the direction of this impact. How should the impact be evaluated? Overall, the evaluation among the respondents in the different surveys seems to be rather positive. For example in a survey, conducted by the Ethics Board, in June 2002 among 200 «intellectuals», 62.5% responded that the Ethics Law and Ethics Code had mainly (though not only) positive effects. Only 5.4% found that the survey had mainly negative effects (National Personnel Authority, 2004).

Thus, although the overall evaluation appeared to be rather positive, there were some problems and concerns. In fact, these problems are not very surprising and could easily have been predicted on the basis of the observation in the previous paragraph that the Ethics Law and Code show a strong tendency towards a compliance-oriented ethics management. There is an extensive literature about the built-in deficiencies that are likely to occur if the emphasis lies strongly on this approach. This literature builds on the tradition of critique on bureaucracy that dates back to the classic works of Crozier and others. A famous recent representative of this critique is the work of Anechiarico and Jacobs who concluded that too much reliance on the compliance approach to ethics management can lead to deficiencies such as decision making delay, defensive management, goal displacement, and poor morale (Anechiarico and Jacobs, 1996).

These traditional negative effects of strong reliance on the compliance approach were indeed observed in the Japanese case, as the following survey results show.

1. In a survey in June 2001 among 500 «monitors», more than 54% of the respondents answered that they found the opinions (or some of the opinions) that «public employees are too constricted by the Ethics Code» and «information gathering has become more difficult due to the code of conduct» «reasonable» (National Personnel Authority, 2002).

2. In a survey in 2002 among 200 intellectuals, those who responded that the Ethics Law and Code had negative effects cited the following as the top reasons for this evaluations: «*National Public employees feel daunted and their motivation has deteriorated*» and «*Information gathering and exchange of opinions between the public administration and private corporations was hindered*».

---

(11) The combined response ratio for both surveys is 82.7%.

3. In surveys in May 2003 public servants and representatives of private corporations were asked to assess their evaluation of «the contents of the actions regulated under the Ethics Code». 50.4% of the public servants and 28.7% of the representatives of private corporations answered that they thought these contents were «strict» or «rather strict.» Those who responded «strict» or «rather strict» were asked to list up to three points that the feel are particularly restricting. The most popular response among the public servants was that they feel «*regulated in their relationship with their former co-workers or superiors if they could be considered as [interested] parties.*» The most popular response among the representatives of private corporations was that those public servants «*cannot be provided with foods or drinks from interested parties with the exception of at meetings, regardless of its type.*»

The Board recognises this problem and is conscious of the risk that its regulations might hinder public service operations or could have a negative impact on public servants' pride (National Personnel Authority, 2002). However, it systematically ascribed these problems to too strict interpretations of the regulations by employees, not to the compliance-orientation of the policy itself. In the annual report of 2000, for example, the Board describes that «some employees who misunderstood the Ethics Code considered the scope of restricted activities excessive, and other employees who were afraid of violating the Code controlled their own conduct excessively» (National Personnel Authority, 2001).

With such a problem description in mind the Board's policy was mainly to expand their training and promotional activities in order to better explain the Law and Code, rather than to move the policy closer towards the «integrity» side of the ethics management continuum. The changes of the Code that were made in the spring of 2005 are also limited and definitely do not indicate a significant move towards an integrity-oriented ethics policy.

## 5. CONCLUSION.

The paper discussed how the decline of the reputation of the bureaucracy, an increasingly unpredictable electorate that is becoming less tolerant for corruption and a widespread discourse about reform, provided the broader context for the introduction of a Japanese Ethics Law in 1999. However, it was a number of high-profile scandals that acted as the focussing events that pushed the issue of public sector ethics management towards the decisional agenda. It was suggested that these scandals were not only the immediate cause of the promulgation of the Ethics Law, they also account at least partly for its strong emphasis on the gift problem, for its strong tendency towards the compliance pole of the compliance-integrity continuum and for its implicit bias towards senior officials.

Although the scandals help to understand these three characteristics of the Ethics Law, it is obvious that they do not (and at least not anymore) justify them. Each of them has important problems.

First, the strong emphasis on one specific ethical problem, however important that problem is, narrows the scope of ethic management too much. It implies that other instruments of ethics management feature under other labels than ethics management and are managed by other actors than the Ethics Board. This significantly reduces the opportunities for a broad and integrated ethics management strategy, devised and coordinated by a single central actor such as the Ethics Board. This in turn diminishes the scope for coordinating the different instruments of ethics management in such a way that they all work together in achieving one overall and internally consistent vision of desirable ethical behaviour.

Second, the weaknesses of a single focus on compliance instruments are well known and were confirmed in the surveys that measured the impact of the Ethics Law. However important clear guidelines and their enforcement are, this has to be complemented by integrity-based instruments that support public servants in dealing with their discretion rather than simply trying to reduce it. Particularly training sessions that go beyond explaining regulations, but rather focus on developing the skill of ethical decision-making can be a very effective instrument.

Third, the empirical public administration literature shows abundantly that discretion is not only limited to the top levels of the bureaucracy, whatever the formal regulations say. Good ethics management should therefore not only target the top officials and their attitudes towards gifts and hospitality, but ethically sensitive behaviour by all public servants.

To conclude, the promulgation of the Ethics Law and the Ethics Code and the establishment of the Ethics Board were important steps in the development of a genuine public sector ethics policy in the Japanese administration, but they are not sufficient. There should be an evolution towards a strategy that broadens the focus of the ethics policy beyond the gift problem, complements the compliance instruments with a host of stimulating instruments and ensures that the policy reaches all corners of the bureaucracy from the Vice-minister in Tokyo to the clerk in a distant field office.

#### REFERENCES.

ANECHIARICO, F. & JACOBS, J.B. (1996), *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*, Chicago, University of Chicago Press.

BLACK, W.K. (2004), *The Dango Tango: why corruption blocks real reform in Japan*. *Business Ethics Quarterly*, 14 (5), 603-623.

BROWN, J.R. (1999), *The Ministry of Finance. Bureaucratic practices and the transformation of the Japanese economy*, Westport, Quorum Books.

CAMPBELL, J.C. (1999), *Administrative reform as policy change and policy non-change*. *Social Science Japan Journal*, 2 (2), 157-176.

COOPER, T.L. (1998), *The responsible administrator: an approach to ethics for the administrative role*, Jossey-Bass / San Francisco (Calif.).

CROZIER, M. (1964), *The bureaucratic phenomenon*, Chicago, University of Chicago Press.

- CURTIS, G.L. (1999), *The logic of Japanese politics*, New York, Columbia University Press.
- FOX, C.J. (2001), *The use of Philosophy in administrative ethics*. In: COOPER, T.L. (ed.), *Handbook of Administrative Ethics*, New York, Marcel Dekker., pp. 105-30.
- FURUKAWA, S. (1999), *Political authority and bureaucratic resilience*, Administrative reform in Japan, *Public Management*, 1 (3), 439-448.
- GODA, H. (2001), *Preparation and implementation of Japan's National Public Service Law*. In: OECD, ADB. *Progress in the fight against corruption in Asia and the Pacific*, Seoul, OECD, ADB., pp. 175-79.
- HARTCHER, P. (1998), *The ministry. How Japan's most powerful institution endangers world markets*, Boston, Harvard Business School Press.
- HAYAO, K. (1993), *The Japanese prime minister and public policy*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- HEJKA-EKINS, A. (1994), *Ethics in inservice training*. In: COOPER, T.L. (ed.), *Handbook of administrative ethics*, New York, Marcel Dekker. pp. 63-80.
- INOUCHI, T. (1997), *Japanese bureaucracy: coping with new challenges*. In: PURNENDRA, J. & INOUCHI, T., *Japanese politics today. Beyond karaoke democracy?*, South Melbourne, Macmillan Education Australia. pp. 92-107.
- JAPANESE GOVERNMENT, *National Public Service Ethics Law*. (Law No. 129 of 1999: August 13, 1999) <http://www.jinji.go.jp/rinri/eng/index.htm>.
- JAPANESE GOVERNMENT, *National Public Service Officials Ethics Code* (Cabinet Order No. 101 of 2000: March 28, 2000).
- KANEKO, Y. (1999), *History of unethical conduct and recent measures to raise ethical standards in the government of Japan*. *Global Virtue Ethics Review*, 1 (4), 266-282.
- KERBO, H.R. & MCKINSTRY, J.A. (1995), *Who rules Japan?* Westport, Praeger Publishers.
- KINGDON, J.W. (1995), *Agendas, alternatives and public policies*, New York, HarperCollins.
- KOH, B.C. (1989), *Japan's administrative elite*, Berkeley, University of California Press.
- KUDO, H. (2003), *Between the «governance» model and the Policy Evaluation Act: New Public Management in Japan*. *International Review of Administrative Sciences*, 69 (4), 483-504.
- LOCKHART, C. (2001), *Using grid-group theory to explain distinctive Japanese political institutions*. *East Asia*, 19 (3), 51-83.
- MAESSCHALCK, J. (2005), *Approaches to ethics management in the public sector: a proposed extension of the compliance-integrity continuum*. *Public Integrity*, 7 (1), 21-41.
- MCVEIGH, B.J. (1998), *The nature of the Japanese state. Rationality and rituality*, London, Routledge. 265 p.
- MISHIMA, K. (1998), *The changing relationship between Japan's LDP and the bureaucracy*. *Asian Survey*, 38 (10), 968-985.
- NATIONAL PERSONNEL AUTHORITY (2000), *Annual report 1999*, Tokyo, National Personnel Authority Japan.
- NATIONAL PERSONNEL AUTHORITY (2001), *Annual report 2000*, Tokyo: National Personnel Authority Japan.
- NATIONAL PERSONNEL AUTHORITY (2002), *Annual report FY 2001*, Tokyo, National Personnel Authority Japan.
- NATIONAL PERSONNEL AUTHORITY (2004), *Annual report FY 2002*, Tokyo, National Personnel Authority Japan.

---

NATIONAL PERSONNEL AUTHORITY (2005), *Annual report FY 2003*, Tokyo, National Personnel Authority Japan.

OECD (2000), *Trust in Government. Ethics Measures in OECD countries*, Paris, OECD.

PRESSMAN, J. & WILDAVSKY, A. (1973), *Implementation*, Berkeley, University of California Press.

STOCKWIN, J.A.A. (1997), *Reforming Japanese politics: highway of change or road to nowhere?*, In: PURNENDRA, J. & INOGUCHI, T., *Japanese politics today. Beyond karaoke democracy?*, South Melbourne, Macmillan Education Australia, pp. 75-91.

YAMAMOTO, HIROMI (2003), *New Public Management - Japan's Practice*, Tokyo, Institute for International Policy Studies.





HELENE GISSEROT

**TRANSPARENCE ET CONTROLE DES FINANCES PUBLIQUES:  
PROGRES ET LIMITES: LE CAS DE LA FRANCE (\*)**

SOMMARIO: Introduction. — I. Les progrès de la transparence dans les contrôles de la Cour des comptes. — II. Les conditions de la transparence. — III. Progrès et limites de la transparence. — Résumé.

*Introduction.*

Au sens propre, le mot « transparence » qualifie un corps qui laisse passer la lumière et distinguer avec une certaine netteté ce qui est derrière lui. Au sens figuré, il désigne la qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer.

Appliqué à la gouvernance, dont la transparence serait une condition de qualité, le terme est actuellement en vogue. L'idée est pourtant ancienne. En France on la trouve déjà exprimée dans deux articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: l'article 14 d'une part qui établit le droit des citoyens d'être éclairés sur « la nécessité de la contribution publique » et « d'en suivre l'emploi », l'article 15 d'autre part qui proclame que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Ainsi était-il affirmé qu'il n'est pas de démocratie sans transparence de l'action publique, ce qui implique d'appréhender, à travers des comptes publics exacts, l'utilisation faite des deniers publics qui sont le produit de l'impôt prélevé sur les citoyens.

Tous les Etats de droit s'accordent, dans cette perspective, sur la nécessité de se doter d'un contrôle externe dont les objectifs et les moyens mis en oeuvre témoignent d'une grande similitude alors même qu'il est exercé par des institutions de nature variée.

La France a la particularité de disposer, à côté des juridictions administratives et judiciaires, de juridictions financières qui empruntent aux tribunaux beaucoup de leurs caractéristiques, qu'il s'agisse de l'institution nationale supérieure de contrôle, la Cour des comptes créée en 1807 par Napoléon, ou des institutions régionales de contrôle, les chambres régio-

---

(\*) Relazione alla 3<sup>ème</sup> Conférence internationale régionale, IIAS Monterrey, 16-20 luglio 2006.

nales des comptes, d'origine plus récente, puisqu'elles ont vu le jour en 1982 à la faveur des premières lois de décentralisation.

Limité à l'origine à la régularité des opérations décrites dans les comptes publics et à la possibilité d'engager la responsabilité des comptables qui les tiennent à raison des défaillances qui auraient pu affecter l'exercice de leur mission, le contrôle de la Cour des comptes n'a pas tardé à s'étendre à l'examen des gestions correspondantes. Sans négliger la vérification de la régularité, cet examen s'est progressivement intéressé aux notions d'économie, d'efficacité et d'efficacités. Il a pris une place croissante dans les activités de la Cour des comptes au point d'en représenter aujourd'hui environ les deux tiers.

Ressenti comme sensible, le produit de ce contrôle n'était jusqu'à une époque récente, exception faite des observations que la Cour décidait de mentionner dans son rapport public annuel, communiqué qu'aux autorités administratives concernées (responsables des services et organismes contrôlés, administrations de tutelle, ministres), ce qui lui conférait un caractère largement confidentiel. Sous la pression du Parlement et de l'opinion publique, des exigences de plus grande transparence se sont manifestées si bien que la situation aujourd'hui est bien différente de celle d'il y a vingt-cinq ans. Cette évolution s'est traduite par l'extension des contrôles de la Cour des comptes qui couvrent désormais, à l'exception, notable il est vrai, des assemblées parlementaires, l'ensemble du domaine d'intervention publique. Favorisée par la nature même de l'institution, caractérisée par son indépendance, cette évolution n'a pas manqué de réagir sur les conditions de fonctionnement de la Cour. Si personne ne doute plus aujourd'hui des effets bénéfiques de la transparence sur l'amélioration de la gouvernance, encore convient-il de se demander si une transparence absolue est possible et même souhaitable et si les exigences mêmes d'une bonne gouvernance n'imposent pas de conserver une place à la confidentialité.

#### *I. Les progrès de la transparence dans les contrôles de la Cour des comptes.*

Les progrès de la transparence dans les contrôles de la Cour des comptes sont le fruit de plusieurs facteurs qui, bien que d'origine différente, se sont conjugués. Ils sont en effet liés à l'extension des compétences de la Cour sur tous les champs de la gestion publique, à l'approfondissement de ses pouvoirs d'investigation, à l'accroissement de la publicité donnée à ses constatations.

##### *A) L'extension des compétences de la Cour des comptes.*

Force est de constater que, sous l'effet des décentralisations successives, de la construction européenne, du développement de partenariats public/privé, les gestions publiques tendent à sortir plus que par le passé du cadre de l'administration classique pour se diversifier. L'augmentation du nombre et de la variété des opérateurs, la complexité des circuits de financement ont exigé l'adaptation constante du champ d'intervention du juge financier.

Cette adaptation a été pour l'essentiel le fait du législateur; elle a été aussi le fait de la Cour elle-même qui n'a parfois pas hésité à donner aux textes une interprétation large.

Débordant le contrôle des comptes de l'Etat et des organismes dotés d'un comptable public qui lui avait été dévolu à l'origine, la compétence de la Cour des comptes a été étendue à l'ensemble des personnes morales de droit public quel qu'en soit le statut (établissements publics, groupements d'intérêt public...). Elle concerne les organismes privés qui, a un titre ou un autre, gèrent des deniers publics. Tel est le cas de ceux dont l'Etat ou des organismes déjà soumis au contrôle de la Cour des comptes détiennent, ensemble ou séparément, la majorité du capital ou bénéficient d'un concours financier des mêmes personnes, en espèces ou en nature. Il en est de même de ceux autorisés à percevoir le produit de prélèvements institués par la puissance publique, ce qui a attiré dans le champ de compétence de la Cour le domaine des finances sociales devenu aujourd'hui plus vaste que celui des finances de l'Etat. Plus récemment, les avantages fiscaux octroyés dans le cadre du mécénat ont justifié de soumettre au contrôle de la Cour l'utilisation des fonds collectés, notamment par les associations, à la suite de campagnes nationales d'appel à la générosité publique pour s'assurer de sa conformité à l'objet social de l'organisme bénéficiaire et, le cas échéant, à l'affectation annoncée par l'appel.

Enfin la Cour n'a pas hésité à sortir du cadre du budget national pour contrôler les versements opérés par la France au profit du budget européen et les dépenses effectuées sur crédits en provenance de ce dernier dès lors qu'ils transitent par une caisse publique. Depuis 1996 elle dispose du droit de contrôler l'emploi des subventions européennes accordées directement à une personne morale.

Ces missions sont appelées à s'exercer dans un cadre rénové par l'introduction depuis 2001 dans la pratique politique et administrative française de deux principes nouveaux: celui de la recherche de la performance qui conduira la Cour à porter une attention plus grande aux résultats concrets de l'action publique et celui de la qualité de l'information financière délivrée que la Cour appréciera à travers la mission de certification qui lui a été dévolue pour les comptes de l'Etat en 2001 et étendue en 2005 aux comptes de la sécurité sociale.

*B) L'approfondissement des pouvoirs d'investigation de la Cour des comptes.*

L'extension du champ de compétences de la Cour des comptes a été assortie de celle de ses pouvoirs d'investigation qui sont aujourd'hui larges, même s'ils n'atteignent pas ceux reconnus aux autorités judiciaires.

Effectués principalement à partir du dépouillement des documents comptables produits à la Cour et des pièces justificatives à l'appui des opérations décrites, les contrôles sont complétés par des visites sur place, dans l'organisme contrôlé, où le rapporteur a notamment accès à l'ensemble des données informatiques, peut rencontrer et interroger tout agent et obtenir tout document qu'il juge utile à l'exécution de sa mission. Il dispose d'un large pouvoir de communication auprès des autorités de

tutelle de l'organisme, des commissaires aux comptes, des services fiscaux, des banques ou d'autres tiers en relation avec l'organisme contrôlé (fournisseurs et clients notamment) sans que la notion de secret puisse lui être opposé. Le rapporteur peut se mettre en relation avec une juridiction pénale, si une instruction est ouverte contre des agents de l'organisme ou du service qu'il contrôle, pour obtenir communication de pièces de la procédure dont il aurait besoin. Enfin il a la faculté, encore peu utilisée mais qui se développe, de recourir à un expert pour des enquêtes de caractère technique.

Ces pouvoirs sont sanctionnés depuis 1993 par l'institution d'un délit spécifique réprimant «le fait de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués» aux rapporteurs de la Cour des comptes. Jusqu'ici la seule menace de saisir l'instance judiciaire a suffi à lever les réticences, au demeurant rares, auxquelles les demandes de la Cour se sont heurtées.

C) *L'accroissement de la publicité des contrôles.*

L'extension des compétences de la Cour et l'augmentation de ses pouvoirs d'investigation vont de pair avec le caractère public croissant donné aux résultats de ses contrôles.

Au rapport public adressé chaque année au Président de la République et déposé simultanément sur le bureau des deux assemblées parlementaires (Assemblée nationale et Sénat) se sont ajoutés depuis 1991 des rapports publics thématiques, fruit d'enquêtes à caractère souvent évaluatif dont le nombre s'est accru. Six rapports de cette nature ont été ainsi publiés en 2005 sur des sujets aussi variés que le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs, la Banque de France, les transports publics urbains, la gestion de la recherche dans les universités, les personnes âgées dépendantes, l'intercommunalité en France. La Cour publie également systématiquement ses observations définitives sur les organismes faisant appel à la générosité publique qu'elle a décidé de contrôler, soit quinze rapports depuis que cette compétence lui a été dévolue en 1991.

Plus spécifiquement destinés au Parlement, les rapports annuels sur l'exécution de la loi de finances (rapport sur les résultats et la gestion budgétaire, rapport sur les comptes, rapport préliminaire au débat d'orientation budgétaire) et le rapport sur l'application de la loi de financement de la sécurité sociale donnent également lieu à publication par la Cour. Déposés respectivement en juin et septembre, ils sont conçus pour aider le Parlement dans sa tâche de législateur: vote de la loi de règlement de l'exercice passé, vote de la loi de finances initiale de l'exercice à venir, vote des lois de finances rectificatives de l'exercice en cours, vote de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année suivante.

La Cour communique en outre un nombre croissant de ses travaux au Parlement. Tel est le cas depuis 1976 de la transmission systématique aux commissions des finances des deux assemblées des rapports établis sur les comptes et la gestion des entreprises publiques. Il en est de même, depuis 2000, trois mois après leur envoi, des observations de la Cour adressées

aux ministres sous la signature du Premier Président, accompagnées, le cas échéant, des réponses apportées.

Cette évolution est liée au développement par le Parlement de sa compétence de contrôle de l'administration qui s'est notamment traduite par la constitution, au sein de la commission des finances de l'Assemblée nationale, d'une « mission d'évaluation et de contrôle ». Bien accueillis les documents transmis ont suscité un intérêt renouvelé des parlementaires pour la Cour des comptes marqué notamment par l'envoi de questionnaires destinés à compléter leur information ainsi que par l'audition du Premier Président et des membres de la Cour compétents. A la faveur de la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001, le Parlement utilise en outre plus largement que par le passé le droit dont il dispose depuis 1967 de demander à la Cour d'effectuer des enquêtes (dix en 2005 dont deux pour l'Assemblée nationale et huit pour le Sénat).

Même si elles ne sont pas à proprement parler publiques, ces transmissions contribuent d'autant plus à la transparence de la gestion publique qu'il est loisible au Parlement de décider de les publier. Parallèlement, l'exploitation par les médias des critiques de la Cour a suscité des questions récurrentes de l'opinion publique sur leurs effets. Longtemps la Cour a estimé qu'il ne lui incombait pas de recenser les suites effectives données à ses contrôles et aux préconisations dont elle s'attache de plus en plus systématiquement à les assortir. Ce suivi n'étant toutefois pas davantage assuré par les administrations, la Cour a décidé de s'organiser pour l'effectuer elle-même et en faire connaître les résultats dans son rapport annuel. Il s'agit certes d'informer sur les suites, mais aussi d'obtenir qu'il y en ait en prenant l'opinion publique à témoin. Le rapport public de la Cour pour 2005 a concrétisé cette orientation en lui consacrant près du tiers de son volume.

Ces évolutions répondent aux exigences de transparence que les citoyens souhaitent sur l'emploi qui est fait des contributions qu'ils versent à des fins d'intérêt général, que ces contributions leur soient imposées ou qu'elles résultent d'un don spontané.

## II. *Les conditions de la transparence.*

L'efficacité de la contribution de la Cour des comptes à la transparence de la gestion publique impose en contrepartie des garanties qui constituent autant d'exigences pour l'institution. Ces exigences sont celles d'indépendance et d'impartialité.

### A) *L'indépendance.*

L'indépendance des institutions supérieures de contrôle est une nécessité partagée par tous les Etats de droit démocratique. Celle de la Cour des comptes n'a jamais été contestée. Elle se fonde sur son statut qui est celui d'une juridiction. De ce statut découlent sa position institutionnelle à égale distance du Parlement et du Gouvernement et l'indépendance de ses membres.

1) *Le positionnement institutionnel de la Cour des comptes.*

En chargeant, dans son article 47, la Cour des comptes d'assister le Parlement et le Gouvernement dans des tâches aussi importantes que le contrôle de l'exécution des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale, la Constitution de 1958 l'a placée à égale distance entre exécutif et législatif.

Ce positionnement a été récemment confirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 25 juillet 2001. Se fondant sur l'indépendance reconnue aux juridictions administratives, il a en effet affirmé la liberté de la Cour des comptes d'établir son programme de contrôle sans avoir à le soumettre préalablement à aucune autorité, en l'espèce les commissions des finances des deux assemblées parlementaires, même pour avis. Cette décision précise en outre que si le Parlement possède la possibilité de saisir la Cour des comptes de demandes d'enquête, il appartient aux autorités compétentes de celle-ci «de faire en sorte que l'équilibre voulu par le constituant ne soit pas faussé au détriment de l'un des deux pouvoirs».

Cette dernière phrase, essentielle, du juge constitutionnel a trouvé une application récente avec la décision de donner à la Cour son autonomie budgétaire. Il a été en effet mis fin au rattachement, souvent critiqué, du budget de la Cour à celui du ministère des finances que la Cour contrôle et auquel sont subordonnés les comptables publics. Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001, un programme des juridictions financières a été créé; il est inscrit dans une mission de contrôle et de conseil des pouvoirs publics rattachée au Premier ministre par l'intermédiaire du ministre des relations avec le Parlement.

2) *Le statut des membres de la Cour.*

Du statut de juridiction administrative découle aussi le statut des membres de la Cour des comptes qui ont la qualité de magistrat; ils bénéficient de l'inamovibilité attachée à cette qualité ce qui les protège contre les pressions de quelque origine que ce soit susceptibles d'affecter leurs décisions. Ainsi sont-ils en mesure de statuer en toute conscience, ce qui garantit la liberté d'expression de la Cour.

L'indépendance de la Cour comme celle de ses membres est moins conçue comme un droit que comme un devoir essentiel de la fonction de contrôle. Au-delà des dispositions juridiques, elle constitue un état d'esprit.

B) *L'impartialité.*

Permise par son indépendance, la liberté d'expression de la Cour des comptes implique une deuxième condition qui est aussi une vertu, celle d'objectivité et d'impartialité.

L'impartialité de la Cour des comptes résulte en premier lieu de son mode de fonctionnement qui est celui d'une juridiction. La qualité de magistrat ne se divise pas. Le même mode de fonctionnement s'applique à l'ensemble des attributions de la Cour, qu'elles soient juridictionnelles

ou non. A partir du jugement des comptes, la Cour a élaboré une discipline de travail qui trouve autant à s'appliquer à l'appréciation de la gestion et à l'évaluation des politiques publiques.

Cette discipline de travail repose la collégialité des délibérations et le respect des procédures contradictoires.

La collégialité des délibérations est essentielle car elle assure la neutralité des décisions de la Cour des comptes; elle est systématique contrairement à de nombreuses autres juridictions où les décisions prises à juge unique sont fréquentes en dehors même des procédures d'urgence.

Le rôle du rapporteur qui effectue le contrôle est bien sûr déterminant puisqu'il propose les interventions à faire sur la base des constatations qu'il a effectuées. Pour autant ce n'est pas lui qui engage à la Cour et ses propositions peuvent ne pas être suivies.

L'impartialité de la Cour est assurée en second lieu par la rigueur des procédures contradictoires qui caractérise l'ensemble de ses activités.

Héritée de la matière juridictionnelle où se pratique depuis l'origine la règle du double arrêt, d'abord provisoire, puis, après examen des réponses du comptable, définitif, la procédure en deux temps a été progressivement étendue à tous les secteurs de compétence de la Cour des comptes. La Cour n'arrête ses observations définitives qu'après avoir envoyé à l'organisme contrôlé un rapport de constatations provisoires et examiné les réponses apportées. Principalement écrite, la procédure comporte néanmoins la possibilité d'audition du contrôlé, soit à l'initiative de la Cour qui peut ainsi compléter l'instruction effectuée par le rapporteur, soit à la demande du contrôlé, auquel cas l'audition est un élément de la procédure contradictoire. Largement accordé et même systématique dans le cas où les observations de la Cour sont destinées à être publiées ou transmises au Parlement, le droit à audition est fréquemment utilisé. Il est complété par le droit d'accès aux pièces du dossier de contrôle qui ont servi d'appui aux constatations provisoires de la Cour.

Enfin la publication des observations de la Cour des comptes est accompagnée de celle des réponses des organismes contrôlés, de leurs administrations de tutelle et, le cas échéant, de tiers mis en cause dans l'observation.

Ainsi le système français présente des traits originaux qu'il paraît utile de préserver car ils comportent d'incontestables garanties. La question se pose néanmoins des évolutions qu'il serait souhaitable de lui apporter pour améliorer encore la contribution de la Cour des comptes à la transparence de la gestion publique et des limites de cette évolution.

### *III. Progrès et limites de la transparence.*

Si certaines évolutions peuvent paraître souhaitables, celles-ci doivent être compatibles avec l'efficacité dont la Cour doit faire preuve dans la conduite de ses programmes de contrôle. La question se pose en outre de la marge qu'il convient de conserver à la confidentialité de certaines informations.



A) *Les évolutions possibles.*

S'agissant des compétences, le champ actuel d'intervention de la Cour des comptes sur les dépenses publiques, dont on a vu dans la première partie qu'il avait été largement étendu au cours des dernières décennies, serait satisfaisant s'il n'excluait pas les assemblées parlementaires et d'autres pouvoirs publics tels que la Présidence de la République. Formulée à plusieurs reprises, la proposition d'un contrôle a posteriori des comptes des assemblées parlementaires n'a pas rencontré d'écho jusqu'ici. Derrière se profile en effet un débat d'ordre plus politique que juridique entre les atteintes que l'instauration d'un contrôle externe indépendant par la Cour des comptes porterait au principe de l'autonomie financière des assemblées et les exigences, auxquelles un tel contrôle répondrait, de sécurité des responsables de la gestion et de transparence au regard de l'opinion publique.

Sur le plan des procédures, l'équilibre paraît aujourd'hui atteint entre transparence et efficacité.

Si les garanties offertes par la procédure contradictoire devaient toutefois encore progresser, ce développement devrait se concilier avec la nécessité de ne pas compromettre la sécurité des travaux de la Cour des comptes.

La Cour est en effet trop souvent confrontée aux contreparties négatives de ces garanties lorsqu'un relevé de constatations provisoires fait l'objet de fuites dans la presse à l'occasion de la procédure de contradiction. Certes ces fuites dénotent une curiosité pour les travaux de la Cour que l'on pourrait considérer comme flatteuse. Elles sont nuisibles dans la mesure où elles divulguent le résultat d'investigations qui ne sont pas encore validées et doivent donc rester couvertes par la confidentialité de l'instruction. Elles portent ainsi atteinte à la crédibilité de la Cour comme à la réputation du contrôle.

La question a été soulevée à plusieurs reprises de savoir si la transparence n'exigeait pas que, par une sorte de transposition de ce qui existe en matière juridictionnelle avec l'appel, les organismes contrôlés puissent bénéficier de voies de recours pour obtenir la rectification des observations de la Cour des comptes qui ne leur paraîtraient pas fondées. L'ouverture d'une telle possibilité a été jusqu'ici écartée pour la Cour en prenant argument de la nature particulière des communications par lesquelles la Cour fait connaître ses observations définitives, qu'elles soient publiques ou non. Même si les critiques de la Cour sont de plus en plus souvent assorties de recommandations, celles-ci n'impliquent pas d'obligation de faire et sont donc sans effet juridique sur les organismes qu'elles concernent.

Pour autant, l'examen de la gestion doit donner lieu, quelle que soit la nature des organismes contrôlés, à une unité d'approche qui implique l'adoption par toutes les formations délibérantes de la Cour de normes de contrôle communes et d'étalons de critiques clairs et harmonisés. La Cour s'est engagée dans cette voie en s'ouvrant elle-même davantage à la transparence. L'ouverture d'un site internet qui lui est consacré constitue à cet égard une étape importante. Il en est de même du rapport d'ac-

tivité qu'elle joint depuis quelques années à son rapport public annuel. La certification des comptes de l'Etat à laquelle elle procèdera à partir de 2007 lui imposera, comme à tout commissaire aux comptes, d'afficher ses méthodes dans des guides d'audit dont la plupart sont déjà élaborés, de décrire ses diligences et d'explicitier son raisonnement. Cet effort devra s'étendre à tous les aspects du contrôle de la gestion sous une forme adaptée.

Il revient enfin à la Cour des comptes de travailler à accroître l'audience donnée à ses travaux pour mieux contribuer au débat public. A cet égard, des progrès sont encore à faire pour donner aux travaux publiés un style et un langage qui améliorent leur compréhension par le grand public sans nuire à l'exactitude et à la précision technique qui fondent la crédibilité de la Cour. Relever ce défi conduira également la Cour à aller davantage au devant des médias ainsi que des publics cibles de ses publications selon la nature du sujet traité.

#### B) *Des limites à la transparence.*

Maîtresse de son programme de contrôle, la Cour est également maîtresse de la décision de publier ou non ses travaux, à l'exception de ceux que la loi lui impose de transmettre au Parlement. Il a déjà été indiqué qu'au cours de la période récente la Cour n'avait pas hésité à user de cette faculté pour donner une ampleur accrue à ses publications. Non seulement leur nombre a augmenté, mais certains portent sur des sujets sensibles tels que le régime indemnitaire des fonctionnaires qui auraient pu être considérés naguère comme confidentiels.

On pourrait dès lors se demander s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin en obligeant la Cour des comptes à publier la totalité de ses travaux sans rien exclure du résultat de ses investigations.

Une transparence intégrale se heurterait en premier lieu à la nécessité de respecter certains secrets protégés par la loi. Il a été indiqué que ces secrets ne sont pas opposables à la Cour des comptes dans le cadre de ses investigations. Mais une chose est de lever les obstacles au contrôle; autre chose est de les divulguer à des tiers et encore plus de les mettre sur la place publique. La Cour est ainsi tenue à la prudence, voire à une grande réserve dans l'exploitation qu'elle fait d'informations couvertes par le secret de défense nationale, le secret des affaires ou le secret bancaire. La circulation des documents correspondants donne d'ailleurs lieu, au sein même de la Cour, à une procédure sécurisée.

La réserve s'impose également pour les dossiers dont la Cour des comptes a décidé la transmission à la Justice; cette transmission, effectuée pour information, laisse en effet les autorités judiciaires libres d'engager ou non les poursuites. Une divulgation prématurée porterait atteinte à la présomption d'innocence et risquerait de compromettre l'efficacité ultérieure de la police ou de la justice dans la mesure où elle pourrait provoquer la disparition de preuves.

La Cour des comptes est tenue d'assurer le secret de ses investigations. Evidemment non opposable à l'organisme contrôlé, ce secret a conduit à exonérer la Cour des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 sur la

communication des documents administratifs, en excluant la possibilité de communiquer à des tiers les rapports et documents d'instruction.

Certaines périodes appellent également à la discrétion, telles que les semaines précédant des élections nationales pendant lesquelles la Cour des comptes, sans interrompre ses travaux, s'abstient de procéder à des publications qui pourraient être exploitées de façon polémique.

Enfin un problème particulier est posé par les contrôles que la Cour effectue sur les opérations liées au budget européen. Si les résultats des ses travaux sont ici comme pour les autres contrôles destinés d'abord au gouvernement et au parlement français, est-il possible de ne pas les communiquer ou de ne les communiquer que partiellement aux autorités communautaires, au risque d'exposer l'Etat français à des sanctions en cas d'infraction à la réglementation européenne? La Cour n'hésite plus aujourd'hui à porter au rapport public certaines de ses constatations en matière d'emploi des crédits européens. Sa hardiesse dans cette voie sera sans doute ici fonction de celle des pays voisins confrontés au même problème.

\* \* \*

Le concept de «gouvernance transparente» requiert des principes clairs pour régir le fonctionnement de l'administration publique, en amont comme en aval de ses décisions. En aval, il implique notamment l'obligation pour l'administration de rendre compte a posteriori de sa gestion. Sous l'influence de la Cour des comptes, cette obligation de rendre compte a pris en France, au fil des années un contenu concret. Les compétences de la Cour lui permettent aujourd'hui d'appréhender la quasi-totalité de l'emploi des deniers publics et l'approfondissement de ses pouvoirs d'investigation a réduit les zones d'ombre.

Parallèlement, sous l'effet de la publicité croissante donnée à ses observations, de l'écho rencontré dans l'opinion publique, de l'intérêt du Parlement, la pression pour leur donner suite est devenue plus vive. La transparence contribue ainsi à l'efficacité de la gestion publique. L'expérience de la Cour des comptes montre qu'il est possible de concilier la nécessaire confidentialité que requièrent les nécessités de l'action de l'Etat et le respect du droit des personnes avec la non moins nécessaire publicité qui seule est de nature à permettre aux citoyens de comprendre et de respecter leur administration.

#### RÉSUMÉ.

Même si la transparence est aujourd'hui présentée comme une des conditions indispensables à une bonne gouvernance, l'idée est ancienne. On la trouve déjà exprimée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et elle est à l'origine de la création en 1807 par Napoléon de la Cour des comptes française, institution supérieure de contrôle des finances publiques qui a la particularité d'être une juridiction administrative.

Limité à l'origine à la régularité des opérations décrites dans les comptes publics et à la possibilité d'engager la responsabilité des comptables qui les tiennent, le contrôle de la Cour des comptes s'est étendu à l'examen des gestions correspondantes dont elle apprécie, en plus de la régularité, l'économie, l'efficacité et l'efficacé. Les vingt-cinq dernières années sont marquées par une extension importante des compétences de la Cour des comptes qui couvrent aujourd'hui la quasi-totalité du champ d'intervention publique. Parallèlement ses pouvoirs d'investigations ont été consolidés. Le résultat de ses contrôles et des suites qui leur sont données a été porté de plus en plus largement à la connaissance du Parlement avec lequel des liens plus étroits ont été noués et de l'opinion publique.

Une telle évolution vers davantage de transparence exigeait de la part de la Cour des comptes indépendance et impartialité. L'indépendance de la Cour se fonde sur son statut de juridiction qui la place à égale distance du Parlement et du Gouvernement et confère à ses membres le statut de magistrat, avec l'inamovibilité qui s'y attache.

Le statut de juridiction garantit aussi l'impartialité de la Cour des comptes. Il implique en effet un mode de fonctionnement rigoureux qui repose sur la collégialité des décisions et le respect de procédures contradictoires écrites et orales qui donnent à l'organisme contrôlé toute possibilité de répondre aux observations faites. Si des progrès restent à faire, ils concernent principalement la Cour elle-même dans les informations à donner sur ses méthodes de travail ainsi que dans ses efforts pour accroître l'audience donnée à des travaux.

La question qui se pose est de savoir si l'équilibre actuel entre transparence et efficacité est satisfaisant. Sur le plan des compétences, une extension du contrôle de la Cour des comptes aux assemblées parlementaires notamment a été parfois évoquée sans rencontrer d'écho. Sur le plan des procédures, il convient de veiller à ce que trop de contradiction ne nuise ni à la capacité de la Cour de conduire efficacement ses programmes de contrôle ni à la sécurité de ses travaux. Sur le plan de la publicité, le débat concerne le point de savoir si la Cour doit rester maîtresse de la décision de publier ou non ses travaux ou si une obligation de publication exhaustive doit lui être imposée. Différents arguments tels que l'existence de secrets protégés par la loi, le respect de certains principes généraux du droit ou les contraintes internationales, militent d'autant plus en faveur de la première solution que la Cour a démontré au cours des dernières années qu'elle savait porter sur la place publique des sujets sensibles dès lors qu'elle avait la conviction que ses constatations, sous la pression du débat public qui s'ensuivait, contribuent à accélérer et orienter les réformes souhaitables.



---

PARTE GENERALE

VINCENZO CERULLI IRELLI

**IMPRESA PUBBLICA, FINI SOCIALI,  
SERVIZI DI INTERESSE GENERALE**

SOMMARIO: 1. Premessa: l'intervento pubblico nell'economia tra il vecchio e il nuovo ordinamento. — 2. L'impresa pubblica nella Costituzione economica: dal diritto costituzionale interno al diritto europeo. — 2.1. Art. 41 Cost. — 2.2. Fini sociali dell'impresa pubblica. — 2.3. Art. 43 Cost. 2.4. Principio del libero mercato e regole di concorrenza nel Trattato europeo. — 3. Impresa pubblica e pubblica amministrazione: forme organizzative e regime dell'attività. — 3.1. Intorno allo «statuto» dell'impresa pubblica nell'ambito delle attività dei pubblici poteri. — 3.2. Impresa e pubblica amministrazione nella giurisprudenza europea. — 4. Servizi di interesse economico generale e deroghe alle «regole di concorrenza». — 4.1. Servizi di interesse economico generale e servizi pubblici in senso oggettivo. — 4.2. Art. 86, 2° par., Trattato CE. — 5. Fini sociali dell'impresa pubblica tra vincoli europei e vincoli nazionali. — 5.1. Caratteri tradizionali nell'intervento pubblico dell'economia mediante imprese pubbliche. — 5.2. La questione del divieto di «aiuti di Stato». — 5.3. Questioni aperte circa lo spazio dell'impresa pubblica nel nuovo ordinamento.

**1. PREMESSA: L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA TRA IL VECCHIO E IL NUOVO ORDINAMENTO.**

L'intervento pubblico nell'economia, attraverso imprese pubbliche organizzate nelle diverse forme previste dall'ordinamento (aziende pubbliche, enti pubblici economici, società per azioni a partecipazione pubblica) è stato assai cospicuo nella nostra esperienza positiva, quasi pervasivo in determinati settori, investendo massicciamente le attività di servizio pubblico spesso in posizione monopolistica ed operando anche al di fuori di queste attività, in settori di mercato in concorrenza con operatori privati. Da una parte, lo Stato operatore in via esclusiva nella produzione e nella distribuzione dell'energia elettrica o del gas, o nella coltivazione degli idrocarburi, o nella telefonia; dall'altra parte lo Stato fab-

bricante di panettoni o di automobili o costruttore edile, in concorrenza con i privati (1).

Questa situazione si è venuta radicalmente modificando, negli ultimi anni, attraverso i fenomeni delle privatizzazioni (alienazione progressiva di parti consistenti dell'azionariato pubblico, smantellamento del sistema organizzativo delle partecipazioni statali) e delle liberalizzazioni (che hanno investito i principali servizi aprendo alla concorrenza le relative attività economiche ed in alcuni casi ritraendo del tutto o in gran parte la presenza pubblica da essi) (2).

I fenomeni sono tuttavia in corso, come è noto, e non possono dirsi compiuti anche se ormai irreversibili. Essi trovano la loro radice non solo in mutati orientamenti della politica economica e finanziaria dei governi che si sono succeduti negli ultimi anni (dal primo Amato in giù, si direbbe) dovuti anche ad esigenze di riequilibrio della finanza pubblica e di contenimento del debito (esigenze ancora del tutto insoddisfatte); ma anche in un diverso assetto del sistema costituzionale venutosi a delineare per effetto dell'erompere del diritto europeo, dal momento in cui i principi scritti nei Trattati sono divenuti senz'altro operativi, attraverso la normazione europea applicativa (secondaria) e soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia. Da qui una serie di principi (di rango costituzionale) che via via si sono imposti agli ordinamenti degli Stati membri, e segnatamente al nostro, parecchio distante da quei principi, modificandone la costituzione economica.

Ciò ha prodotto (sta producendo) una trasformazione rilevante del ruolo dell'impresa pubblica, presenza dominante da noi nei primi decenni dell'esperienza dello Stato costituzionale, sup-

---

(1) Sul sistema delle imprese pubbliche nel nostro ordinamento anteriormente alla nuova fase, v. per tutti M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; sul piano metodologico, ID., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss. Più di recente, dello stesso illustre autore, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985, dove ancora si registrava una presenza massiccia dell'impresa pubblica nel nostro sistema economico, presenza della quale non veniva ancora affrontato il problema della sua compatibilità con i principi dell'ordinamento europeo; S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980 (sul quale la mia recensione in *Dir. impr.*, 1982, 183 ss.); G. GUARINO, *Pubblico e privato nella organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, 206 ss.; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Studi per Liebmann*, Milano, 1979; M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983.

(2) Sul fenomeno delle privatizzazioni, v. per tutti F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, 994 ss.; M. SANINO, *Le privatizzazioni. Stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1997.

portata peraltro dalla normativa della stessa Carta, e adesso in principio marginale e recessiva (anche se *di fatto* ancora cospicua); una diversa configurazione dei servizi pubblici come attività consistenti in prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica (e perciò attraverso imprese), prima espletate per regola dai pubblici poteri attraverso proprie strutture operative ed adesso gestite da operatori indifferentemente pubblici o privati, ma tendenzialmente privati, sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri; un ridimensionamento del ruolo di questi ultimi (dello Stato), ricondotti si direbbe alla loro posizione originaria di soggetti esercenti funzioni pubbliche (di regolazione, di direzione, di sanzione) piuttosto che gestori diretti di servizi attraverso operazioni e prestazioni.

In questo nuovo scenario emerge la necessità di distinguere, al fine di delimitare i giusti confini del «pubblico», cioè della sfera di azione propria dei pubblici poteri, l'economico dal sociale, se così può dirsi; le attività che in quanto necessarie in un determinato assetto di vita della società devono essere rese ai cittadini (servizi pubblici), nella forma di attività economiche, (e a fronte di esse, il pubblico recede ai compiti di regolazione); dalle attività che viceversa non sono rese in forma economica (non possono essere rese in tale forma, ovvero si ritiene che non debbano essere rese in tale forma) ed in esse il pubblico resta operatore e gestore delle prestazioni. In tale settore si situano i cd. Servizi sociali, noti nella nostra legislazione positiva, e da ultimo emersi anche nell'ambito delle politiche europee(3).

## 2. L'IMPRESA PUBBLICA NELLA COSTITUZIONE ECONOMICA: DAL DIRITTO COSTITUZIONALE INTERNO AL DIRITTO EUROPEO.

### 2.1. *Art. 41 Cost.*

Nella Costituzione italiana, com'è noto, l'art. 41, al 3° co., prevede che «l'attività economica pubblica e privata possa essere

---

(3) Sul punto R. CAMELI, *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2006. V. anche COM (2006) 177, in data 26 aprile 2006, *Social services of general interest in the European Union*, nonché COM (2003) 270 Libro verde sui servizi di interesse economico generale, in data 21 maggio 2003, punti 45 e 47; e COM(2004)374, Libro bianco sui servizi di interesse generale, in data 12 maggio 2004, punto. 4.4.



indirizzata e coordinata a fini sociali», mediante la determinazione per legge di programmi e controlli opportuni.

Questa norma, situata in un contesto, che costituisce il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, equipara le imprese pubbliche e le imprese private («l'attività economica», infatti, ad entrambe è riferita); consentendo che possano essere sottoposte a regimi particolari, derogatori evidentemente rispetto al regime comune dell'attività di impresa, perché possano essere realizzati determinati fini sociali.

Mentre l'art. 42, 1° co., stabilisce a sua volta che i beni economici appartengano allo Stato, ad enti o a privati, affermando in tal modo il principio, proprio di una economia mista, che l'attività economica (quella che si svolge per regola attraverso imprese) possa essere svolta da soggetti indifferentemente pubblici o privati.

L'antico principio sancito dal codice di commercio (ma già del tutto superato nell'evoluzione dell'ordinamento) inteso al divieto per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa («non possono acquistare la qualità di commercianti»: art. 7) viene così definitivamente accantonato.

Ma l'art. 41, nel principio stabilito al primo comma, garantisce anzitutto la libertà dell'iniziativa economica privata (che presuppone, appunto, l'autonomia negoziale dei privati), la quale non può essere limitata dalla legge (mediante obblighi e vincoli) se non per evitare che il suo (libero) esplicarsi si ponga in contrasto con esigenze superiori (la sicurezza, la dignità umana, etc.).

È da ritenere condivisibile la posizione di coloro che ritengono che nella norma ci sia già (si direbbe *ante litteram*) la garanzia e la tutela della libertà di mercato, come il luogo nel quale, appunto, la libera iniziativa economica si manifesta e si svolge; e sul quale il legislatore ha la possibilità di intervenire correttivamente, «nel limite in cui il perseguimento di un fine sociale collettivamente riconosciuto lo imponga»(4).

Solo al 3° comma compaiono le imprese pubbliche; come quelle che, al pari delle imprese private, possono essere assoggettate a programmi e controlli perché la relativa attività «possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». La norma, che è stata

---

(4) B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss.

intesa per lungo tempo nel suo significato estensivo, come la base costituzionale della programmazione economica (da ritenere ormai superata in questa accezione)(5) nonché come quella nella quale si fonda il concetto dei servizi pubblici in senso oggettivo (attività nelle quali operatori pubblici e operatori privati agiscono sotto il controllo pubblico, poiché presentano interesse generale)(6), abilita il legislatore a sottoporre in determinati settori, imprese pubbliche e private, equiparate tra loro, a determinati obblighi e vincoli perché possano essere perseguiti determinati fini sociali.

La dizione «fini sociali» (che compare in Costituzione, solo nell'art. 41), da ritenere sostanzialmente coincidente con quella di «utilità sociale» di cui allo stesso art. 41, nonché con quella di «utilità generale» di cui all'art. 43, indica nozioni e oggetti diversi tra loro, nella cui determinazione il legislatore è vincolato da altre norme costituzionali (e adesso, come si vedrà segnatamente dai principi dell'ordinamento europeo). Indica anche i fini che caratterizzano le attività di servizio pubblico; intendendosi con questa espressione le attività ritenute in un determinato momento storico e in un determinato contesto sociale, necessarie nell'interesse della collettività; al di là di quelle ascritte alla pubblica amministrazione in senso stretto(7).

Esse perciò devono essere esercitate in maniera tale da consentire, almeno tendenzialmente, l'accesso ad esse (poterne usufruire), a tutti i membri della collettività medesima. Attività a ca-

---

(5) Sulla politica della programmazione economica nei suoi aspetti giuridici, per tutti, A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962; ID., *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *ibidem*. Per una riflessione di sintesi M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 299 ss.

(6) Per tutti, U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

(7) Su questa distinzione, per nulla chiara invero, si può dire, con qualche approssimazione, che l'area della pubblica amministrazione è quella nella quale alla cura concreta degli interessi collettivi si fa fronte mediante l'esercizio di poteri amministrativi (area nella quale rientra anche l'attività amministrativa mediante contratti), nello schema dell'art. 97 1° co., Cost.; cui, sul piano organizzativo, corrispondono «pubblici uffici» secondo il medesimo schema (nozione alla quale corrispondono figure assai diverse tra loro). Questa nozione di pubblica amministrazione trova riscontro nel diritto europeo (cfr. S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 10 ss.). Mentre l'area dei servizi copre attività ritenute bensì necessarie in un determinato contesto storico sociale e il cui espletamento nell'interesse della collettività deve perciò essere assicurato, ma che non necessitano dell'esercizio di poteri, e possono perciò essere svolte in forme privatistiche, in via di principio, da parte di ogni soggetto dell'ordinamento.

rattere economico o non economico, esercitate o meno in forma imprenditoriale, da parte di soggetti pubblici o privati. Ma nella norma sono contemplate le attività economiche; ch  solo per queste si pone un problema di deroga alle comuni regole del mercato, mentre le altre, almeno nella concezione del nostro costituente, rientrano senz'altro nella pubblica amministrazione, nelle varie forme in cui essa si articola.

## 2.2. *Fini sociali dell'impresa pubblica.*

Fini sociali dell'impresa (di una impresa) si possono considerare i fini (come obiettivi della propria azione) che l'impresa stessa si pone o che ad essa vengono imposti dall'esterno (ad esempio dalla legge o da atti dell'autorit  amministrativa) diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri della attivit  imprenditoriale, cio  di una attivit  economica (intesa alla realizzazione di un profitto) esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.). Fini cio , che secondo le esigenze proprie delle attivit  economiche nelle quali si realizza l'impresa, non verrebbero perseguiti. Le relative azioni non verrebbero poste in essere, perch  appunto non necessarie o senz'altro superflue e finanche contrastanti con le finalit  proprie dell'impresa; anche soltanto per i mezzi finanziari che vengono distorti, in conseguenza, da codeste finalit .

Il perseguimento di fini sociali, da intendere in tal modo, appaiono (si direbbe naturalmente) propri dell'impresa pubblica; cio  dell'impresa che appartiene allo Stato o ad altro pubblico potere (da intendere, nell'ordinamento italiano, secondo la classificazione dell'art. 114, Cost., come enti del governo territoriale) o ad enti pubblici (accomunati ai primi, nell'accezione dell'ordinamento europeo)<sup>(8)</sup>; sulla quale cio , essi esercitano un'influenza

---

(8) La direttiva della Commissione relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (80/723/CEE, modif. dirett. 2000/52/CE), definisce com'  noto, l'impresa pubblica, come l'impresa «nei confronti della quale i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di propriet , di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina» (art. 2). V. M.T. CIRENEI, *Liberalizzazione, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 281 ss. «Poteri pubblici», per il diritto europeo, secondo la cit. direttiva, sono, com'  noto, «tutte le autorit  pubbliche, compresi lo Stato, le amministrazioni regionali e locali e tutti gli altri enti territoriali» (con una definizione che invero appare conforme all'impostazione del nostro art. 114 Cost.).

dominante (nel senso stabilito dalla normazione comunitaria e recepito nell'ordinamento interno (art. 2, d.lgs. n. 333/03). Ciò perché si presume che lo Stato e i pubblici poteri, che sono organizzazioni serventi gli interessi della collettività, allorché creano e gestiscono un'impresa, ancorché dotata delle caratteristiche sue proprie (cioè quelle indicate dal codice) lo facciano, appunto, al fine di servire interessi della collettività, quali che essi siano, e non per meri scopi di profitto; anche se non si può escludere, che in determinate circostanze anche meri scopi di profitto, meri fini economici, coincidano con interessi della collettività, producendo risorse finanziarie utilizzabili a loro volta a fini sociali: si pensi alla categoria dei monopoli fiscali, la cui esistenza si giustifica proprio per la finalità di «procurare allo Stato o ad altri enti pubblici delle entrate»(9).

Effettivamente, se si guarda all'esperienza storica dell'impresa pubblica nel nostro Paese, la gran parte delle imprese pubbliche sono nate per far fronte a determinate esigenze di carattere sociale (o di utilità generale, se si vuole); e segnatamente per la gestione di servizi pubblici, come attività (anche economicamente rilevanti) caratterizzate come si è detto.

Tuttavia, non si può dire che nel nostro ordinamento sia presente un principio (né che lo fosse stato in passato) secondo il quale possano istituirsi imprese pubbliche soltanto laddove ciò sia richiesto da ragioni di interesse pubblico (o di utilità generale o sociale); e soltanto laddove l'iniziativa economica privata non sia presente. L'art. 9 della Carta del lavoro del 1927, orientato in tal senso («l'intervento dello Stato nella produzione economica, ha luogo soltanto quando manca o è insufficiente l'iniziativa privata e quando sono in gioco gli interessi politici dello Stato») sembra essere rimasto, anche all'epoca, lettera morta(10).

---

(9) G. LORENZONI, *Monopoli fiscali*, in *Enc. giur.*, XX, Milano, 1990.

(10) D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss; (particolarmente a p. 408) afferma come principio generale del nostro diritto pubblico «che una iniziativa pubblica anche se si risolve in una attività imprenditoriale deve avere giustificazione in un interesse pubblico, giustificazione a prima vista difficile da scorgere se dei privati sono in grado di svolgere tale attività». Sul punto del medesimo autore, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1146 ss. A me non sembra che nel nostro diritto pubblico sussista questo principio il quale peraltro sarebbe smentito da una esperienza durata decenni che ha visto la presenza pubblica nell'economia del tutto slegata da giustificazioni di interesse pubblico. Tuttavia, sul punto si deve tenere presente l'incidenza del principio di economicità,

Invero, vi è la presenza di imprese pubbliche sul mercato, accanto alle imprese private si è via via formata, si direbbe casualmente, in molti settori, a prescindere dalla presenza privata; mentre, in altri importanti settori, l'iniziativa economica pubblica è stata avanzata da intenti di carattere sociale. D'altra parte, l'art. 42, al 1° co., come s'è ricordato, contempla la presenza pubblica nell'economia, del tutto a prescindere da tali intenti.

Né si può dare rilievo sul punto, alla previsione di uno statuto particolare delle società in mano pubblica, ai sensi del codice, in ordine alla disciplina organizzativa di dette società (art. 2449 c.c.), tuttavia del tutto accomunate alle altre, quanto alla loro finalizzazione imprenditoriale. Mentre le società «di interesse nazionale» del codice possono essere indifferentemente, com'è noto, pubbliche o private (art. 2451 c.c.).

In conclusione, su questo primo punto, secondo l'impostazione dell'art. 41 Cost., imprese pubbliche ed imprese private sono accomunate nella configurazione istituzionale, e nella disciplina; entrambe possono essere sottoposte a programmi e controlli pubblici (cioè della pubblica autorità, oggi si direbbe delle autorità di regolazione) per finalità sociali. E allo stesso tempo, imprese pubbliche possono essere istituite ed operare al di fuori di dette finalità, in concorrenza con imprese private, negli stessi settori di mercato.

### 2.3. *Art. 43 Cost.*

Di diverso tenore è l'art. 43, nel quale compaiono espressamente i servizi pubblici (quelli essenziali, e perciò più importanti, di maggior rilievo nell'ambito della comunità nazionale); servizi pubblici a carattere economico che, per la loro importanza, ovvero al fine di far fronte a situazioni di monopolio (da intendere privato) che si siano verificate o che si possano verificare, ovvero per far fronte a esigenze di approvvigionamento energetico del Paese, possono essere riservati in favore di soggetti pubblici, i quali si configurano come imprese (imprese pubbliche, perciò). La norma costituzionale, in questo caso, privilegia evidentemente l'impresa pubblica; come quella cui, almeno tendenzialmente, i servizi pubblici a carattere economico di maggiore importanza

---

questo si principio generale operante in tutto l'ambito dell'azione amministrativa v. *infra* n. 53.

per il Paese debbono essere riservati. E anzi, la norma considera in qualche modo fisiologico il monopolio nell'esercizio di queste attività, purché si tratti di monopolio affidato a un soggetto pubblico (11).

Qui l'impresa pubblica è vista come quella che rompe il mercato, escludendo dal suo ambito di attività le altre imprese, per la realizzazione di fini ritenuti dal legislatore come «di utilità generale». Attraverso questa norma, il legislatore costituzionale prendeva atto di orientamenti consolidati dell'ordinamento positivo, nel quale in determinati settori operavano imprese pubbliche e imprese private insieme sul mercato (secondo lo schema dell'art. 41), ma in altri settori operavano imprese pubbliche cui erano conferite, sia a livello nazionale che locale, posizioni di esclusivo monopolio.

Queste posizioni venivano così legittimate dalla normativa costituzionale, purché rispondessero alle condizioni ivi previste. E successivamente, com'è noto, la norma è stata utilizzata per altre importanti operazioni di riserva pubblica di attività economiche.

---

(11) Sulle riserve pubbliche di attività di cui all'art. 43, per tutti A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.; F. GALGANO, *Commento all'art. 43*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, artt. 41-44, Bologna, 1982. Importante la giurisprudenza costituzionale, formata sulla norma, con specifico riferimento ad alcune sue applicazioni. V. Corte cost. n. 11/1960, in materia di centrali del latte, che riconobbe la legittimità della facoltà concessa ai comuni di istituire centrali con esclusiva per la vendita del latte, impresa pubblica, per la quale secondo la Corte ricorrevano le condizioni richieste dall'art. 43 in quanto esse hanno «il compito di preparare un alimento di largo consumo; la pastorizzazione e la distribuzione del latte è un servizio pubblico con i caratteri di servizio essenziale di preminente interesse generale; il diritto esclusivo di vendita concesso alle centrali è un mezzo di protezione di un interesse igienico sanitario pubblico e quindi risponde a fini di utilità generale». Corte cost., n. 14/1964, in materia di energia elettrica che riconobbe la legittimità della riserva delle attività di produzione, distribuzione, trasporto dell'energia elettrica a un ente pubblico economico appositamente costituito, con riferimento alla discrezionalità politica spettante all'organo legislativo» che ha individuato la riserva delle attività elettriche all'Enel come quella che realizza «lo scopo di conseguire una migliore soddisfazione degli interessi della collettività in un settore economico di particolare rilievo. In questa soddisfazione degli interessi della collettività sta l'utilità generale». Più di recente, con sentenza n. 63/1991, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa che condizionava l'attivazione di nuovi panifici all'autorizzazione della Camera di commercio, con riferimento all'art. 41, secondo il quale «la libertà di iniziativa economica privata... è indirizzata e coordinata a fini sociali che legittimano la previsione ad opera del legislatore ordinario di programmi e controlli». Ma nella sentenza si afferma ancora che la libertà di iniziativa economica privata «può talora essere del tutto compressa nel caso in cui — avendo ad oggetto servizi pubblici essenziali o fonti di energia o situazioni di monopolio e rivestendo preminente interesse nazionale — il legislatore ordinario ne riservi originariamente a sé o ne trasferisca l'esercizio (art. 43 Cost.)».

Tra tutte è importante quella delle attività di produzione, commercializzazione e trasporto dell'energia elettrica (12).

Con riferimento ai servizi pubblici essenziali, la norma è ispirata invero ad una concezione pubblicistica delle attività che a codeste nozione si possono ascrivere che la fa apparire desueta. Dietro la norma c'è infatti l'idea che la garanzia delle esigenze proprie del servizio pubblico sia assicurata dal suo affidamento ad un soggetto imprenditoriale pubblico che possa operare in regime di monopolio (cd. riserva originaria).

Mentre nel modello dell'art 41, come si è appena visto, le attività di servizio pubblico (che sicuramente rientrano tra quelle di cui al 3° co.) possono essere affidate indifferentemente ad imprese pubbliche e private sottoposte entrambe a programmi e controlli, nel modello dell'art. 43 l'esercizio dei principali servizi è contemplato come proprio dell'impresa pubblica in forma monopolistica. Ed entrambi i modelli hanno avuto, com'è noto, ampia applicazione nella nostra esperienza positiva, la quale si caratterizza infatti per la presenza, in molteplici settori di attività di servizio pubblico, di imprese pubbliche e private, entrambe soggette ad un sistema assai penetrante di controlli pubblici (e l'attività delle imprese private in questi settori, normalmente assoggettata al regime concessorio o autorizzatorio); e allo stesso tempo, vede la presenza, in settori di attività economica assai rilevanti e dotati di grande rilievo pubblico (servizi pubblici essenziali), di grandi imprese pubbliche, cui le attività stesse sono riservate in via esclusiva.

Questa impostazione del nostro sistema positivo si rileva nel periodo anteriore alla Costituzione (che la Costituzione recepisce nei suoi principi) nonché nel periodo posteriore; un sistema tradizionalmente qualificato come sistema ad economia mista, ma invero fortemente orientato in favore della presenza pubblica nell'economia, tanto nelle attività economiche sottoposte alle normali regole del mercato, che nelle attività economiche caratterizzate

---

(12) Sulla nazionalizzazione dell'industria elettrica, tra i tanti, G. GUARINO, *L'elettricità e lo Stato* (1962), *L'impresa pubblica ENEL* (1963), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II ed., Milano, 1970; C. LAVAGNA, *Il trasferimento all'Enel delle imprese elettriche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 593 ss; G. LANDI, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; F. DI SABATO, *Espropriazione di azienda e nazionalizzazione delle imprese elettriche*, Napoli, 1975.

dal perseguimento di scopi di interesse generale (perciò *grosso-modo* ascrivibili alla nozione di servizio pubblico).

#### 2.4. *Principio del libero mercato e regole di concorrenza nel Trattato europeo.*

Questi principi costituzionali (al loro interno invero contraddittori), nel vigente ordinamento, devono confrontarsi con i principi che, nella nostra materia, pone il Trattato europeo, e ancora più incisivamente la giurisprudenza della Corte di giustizia. Da queste fonti emerge un vero e proprio *corpus* normativo che in virtù della nota impostazione circa i rapporti tra diritto interno e diritto europeo, si configura come un *corpus* di principi di rango costituzionale (come tali vincolanti l'attività legislativa interna) (13).

Il principio del libero mercato espresso con la nota forma del «mercato aperto ed in libera concorrenza» (art. 4), investe tutto il sistema della costituzione economica europea e comporta l'applicazione, in via di principio e salve deroghe consentite dallo stesso diritto europeo, a tutte le imprese, a prescindere dal settore e dal tipo di attività espletata, nonché dalla loro appartenenza, di una serie di regole: cd. «regole del mercato» (14).

Ciò è affermato, com'è noto, dalla norma fondamentale di cui all'art. 86, 1° par. (norma nella quale compare nel Trattato la nozione di impresa pubblica, che ricompare nelle norme introdotte dal Trattato U.E. relative al divieto di facilitazioni finanzia-

---

(13) Sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, sui quali viene adesso ad incidere il nuovo testo dell'art. 117, 1° co., Cost., v. per tutti G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 160 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2005 dove i necessari riferimenti. Sul punto, con specifico riferimento all'assetto (parzialmente innovativo delineato nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario dalla c.d. Costituzione europea, da noi ratificata ma non entrata in vigore) avevo tentato una sia pure sommaria ricostruzione in *La Costituzione europea*, a cura F. BASSANINI E G. TIBERI, Bologna, 2004, 263 ss.. La questione del primato del diritto europeo resta invero perplessa sino a che non si definisca in maniera soddisfacente l'ambito delle rispettive competenze. V. anche M. CARTABIA, J.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.

(14) Questa nozione, del tutto convenzionale invero, e perplessa dal punto di vista dell'analisi economica, significa in buona sostanza soggezione alle regole poste dal Trattato e dalla normazione applicativa, comunitaria e nazionale (da noi sulla base della legge n. 287/90, «per la tutela della concorrenza e del mercato») a tutela della concorrenza. V. in dottrina, per tutti M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.; AA.VV., (a cura di M. SIRAGUSA, L. PROSPERETTI, M. BERETTA, M. MERINI), *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001.



rie; artt. 101, 102, 103): nessuna misura contraria alle norme del Trattato, e segnatamente, a quelle appena citate poste a tutela del mercato può essere adottata dagli Stati (introdotta, mantenuta ferma) nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi(15).

Tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche, sono dunque soggette nell'ambito del diritto europeo alle regole del mercato. Questo principio non trova riscontro nella nostra Costituzione, nonostante l'equiparazione dell'art. 41, 3° co., di cui s'è detto. L'affermazione che imprese pubbliche e private possono essere, entrambe, sottoposte a fini sociali, significa, nel nostro contesto, che a tali obblighi e vincoli possono essere sottoposte anche le imprese private; ma non che le imprese pubbliche non possano usufruire, in quanto tali, di regimi differenziati e privilegiati, nell'ambito del mercato. Anzi, l'art. 43 afferma il principio opposto, sia pur con riferimento ai casi ivi espressamente previsti, e cioè che le imprese pubbliche possano in quei casi dettati usufruire di regimi differenziati e privilegiati nell'ambito dell'attività di impresa.

Possiamo invero affermare che nella materia in esame il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; nel senso che con i suoi principi (alcuni chiari ed altri meno chiari e più perplessi), ne copre tutto l'ambito; il che significa che i nostri principi costituzionali, intanto possono trovare applicazione in quanto siano conformi; e per la parte difforme essi, almeno allo stato, non possono trovare applicazione (il che non significa, com'è noto, che le relative norme siano abrogate).

Ciò comporta che la legittimità delle leggi nazionali che regolano la materia, nonché delle singole azioni dei governi, sfuggono al sindacato del giudice nazionale (anche del giudice costituzionale interno) per transitare nella competenza del giudice europeo.

---

(15) Sull'art. 86, V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in AA.VV., (a cura di L.G. RADICATI DI BROZOLO), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001; G. PERICU, M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in AA.VV. (a cura di M. CHITI, G. GRECO), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, 1997; G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al servizio comunitario*, in *Il Filangeri*, 2004, 7 ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 1, 7 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit.; ID., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 337 ss.

Peraltro, i principi costituzionali nella nostra materia (la c.d. costituzione economica) non si ascrivono a quelli «fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» che in quanto tali non sarebbero derogabili da norme dell'ordinamento europeo (secondo la nota impostazione della giurisprudenza costituzionale)(16).

Che i pubblici poteri (nella definizione di cui alle direttive citate) secondo il diritto europeo, possano farsi imprenditori, cioè operare nell'economia mediante imprese (pubbliche) è da ritenere pacifico. Anzi, diciamo pure che l'ordinamento europeo, sul punto, «si sfilia»: spetta agli Stati membri stabilire il regime delle proprietà (e perciò anche della proprietà delle imprese) ai sensi dell'art. 295. Ciò è da intendere nel senso che imprese pubbliche possono esserci o non esserci, accanto alle imprese private, sul mercato, a seconda delle decisioni dei singoli Stati. Questo non significa (ovviamente) che gli Stati possano decidere che tutte le imprese operanti sul mercato debbano essere in mano pubblica, sia pure in concorrenza tra loro; ché ciò, a tacer d'altro, contrasterebbe col principio del libero mercato di cui all'art. 4. Sul punto, si afferma da ultimo, da autorevole dottrina, che «un regime viene riconosciuto come di «mercato» solo se la prevalenza della sfera privata su quella pubblica sia effettivamente dominante»(17).

Ma il primo principio che deriva dai Trattati nella nostra materia, è appunto il principio del libero mercato. Le attività economiche espletate attraverso le imprese seguono le cd. regole del mercato, che, *grossomodo* consistono in ciò: che le imprese, plurime in ogni settore di mercato, possano competere tra loro lealmente, in posizione di parità, senza che nessuna possa abusare della propria posizione dominante e nessuna sia privilegiata nella sua posizione sul mercato e quindi nella concorrenza con le altre, da interventi esterni di carattere pubblico (diritti speciali o esclusivi, aiuti di Stato nelle varie forme possibili) tali da sfalsare, appunto, le regole della concorrenza.

---

(16) Sulla nuova costituzione economica, formatasi a seguito dell'applicazione dei principi del diritto europeo, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, ivi, 21 ss.; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari 2004. Sul limite dei principi fondamentali come quelli la cui violazione da parti di fonti europee darebbe luogo al controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato, v. Corte cost. n. 232/89.

(17) G. GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, p. 42 ss.

Disciplina assai complessa, questa, com'è noto, le cui teste di capitolo sono contenute negli artt. 81 ss., «regole applicabili alle imprese» (da noi svolte dalla l. n. 287/90) e negli artt. 87 ss. del Trattato (disciplina degli aiuti di Stato).

Questa disciplina si estende a tutte le imprese, a prescindere dalla loro appartenenza: ciò è evidente nei principi, ma il Trattato sottolinea con forza, si direbbe, questo punto, laddove afferma che gli Stati non possono avere regimi privilegiati (misure contrarie alle norme del Trattato, segnatamente quelle appena ricordate) per le imprese pubbliche nonché per le imprese cui sono riconosciuti «diritti speciali o esclusivi» (art. 86, 1° par.). Dalla norma sembra invero riconosciuta la possibilità di conferire da parte degli Stati «diritti speciali o esclusivi» a determinate imprese, a prescindere dalle condizioni, di cui subito appresso, poste al 2° par. della norma (ciò che indubbiamente dà luogo a una contraddizione); ma quel che in questa sede interessa, è l'affermazione che tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche, sono soggette alle regole del mercato (18).

### 3. IMPRESA PUBBLICA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: FORME ORGANIZZATIVE E REGIME DELL'ATTIVITÀ.

#### 3.1. *Intorno allo «statuto» dell'impresa pubblica nell'ambito delle attività dei pubblici poteri.*

Una volta che le imprese pubbliche, nell'ambito di questi principi, vengono del tutto equiparate alle imprese private, anche nelle deroghe rispetto alle «regole del mercato» di cui le une e le altre possono usufruire, come subito si vedrà, sulla base dell'art. 86, 2° par. (laddove siano deputate all'esercizio di servizi di interesse generale), si pone il problema di stabilire lo «statuto» (diciamo così, la posizione istituzionale) dell'impresa pubblica nel nuovo contesto ordinamentale.

---

(18) Sul punto, con molta precisione, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., che richiama l'esigenza della lettura congiunta del primo e del secondo paragrafo dell'art. 86. Ciò significa «che la concessione e il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi sono sostanzialmente leciti solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo di interesse generale o servizio pubblico che dir si voglia e solo ed esclusivamente nella misura in cui le limitazioni alla concorrenza che ne derivano siano strettamente funzionali all'assorbimento di quegli obblighi di servizio pubblico» (pag. 764).

Sul punto, si pongono segnatamente due questioni: *a*) quale sia (debba essere) la forma organizzativa della impresa pubblica, in un sistema nel quale, a differenza di quanto precedentemente accadeva, l'impresa pubblica è tenuta al rispetto delle «regole della concorrenza» (o del mercato) al pari di quella privata (a concorrere su un piano di parità con essa); *b*) quale sia (debba essere) lo spazio (diciamo così) che nell'ambito dell'attività dei pubblici poteri, deve essere riservato all'impresa, intesa questa come modello organizzativo e insieme come modo di esercizio dell'attività; cioè quali attività dei pubblici poteri debbono essere esercitate in forma di impresa, e perciò assoggettate alle «regole del mercato» e destinate a competere con le imprese private, e quali viceversa possono essere esercitati nella forme della pubblica amministrazione e dunque sottratte alle «regole del mercato».

3.1.1. Sulla prima questione, si ricorda che la forma organizzativa dell'impresa è passata nella nostra esperienza, dal tipo del tutto prevalente dell'ente pubblico economico, al tipo, a sua volta oggi prevalente, della società per azioni. Sul punto, non si rinvencono nel diritto interno e neppure nel diritto europeo, specifiche preclusioni. È da ritenere invero che ogni forma sia consentita (atipicità delle forme organizzative dell'impresa) purché compatibile con i principi del Trattato. Infatti l'unica norma che si rinviene nel Trattato sul punto, a proposito del diritto di stabilimento, norma che ha ad oggetto le «società» (da intendere come le organizzazioni tipicamente deputate all'esercizio dell'attività economica in forma non individuale) accomuna in unico contesto le società di diritto civile e di diritto commerciale, nonché «le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato» (art. 48), perciò anche quelle che non hanno le forme tipiche dell'impresa secondo i canoni privatistici; ciò che comprende gli enti pubblici e altre organizzazioni di diritto pubblico. Mentre vi fanno eccezione le «società che non si prefiggono scopi di lucro» (con ciò ammettendo l'utilizzo di tali forme organizzative anche per attività non economiche).

Le «società» di cui alla citata norma, con esclusione di quelle che «non si prefiggono scopi di lucro» devono essere disciplinate in modo tale (secondo altra norma, sempre a proposito del diritto di stabilimento, questa tuttavia non espressamente ri-

chiamata a proposito dei servizi) da assicurare le garanzie richieste «per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi» (art. 44, par. 2°, lett. g). Ciò pone un problema, evidente: se la forma organizzativa dell'ente pubblico economico, in quanto tale è ammessa («le persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico»), la relativa disciplina deve essere tale da garantire, al pari di quella delle società commerciali, gli interessi dei soci e dei terzi. Per quanto riguarda i soci, non sembra vi siano problemi: l'ente pubblico economico non ha soci, ed opera sulla base di un fondo di dotazione stanziato dall'ente che lo ha costituito (e al quale appartiene, se così può dirsi); ma per quanto riguarda i terzi, emergono due deroghe vistose al diritto comune che caratterizzano la disciplina di questi enti: il particolare regime dei beni, che sono sottratti, come è noto, alle comuni regole della responsabilità patrimoniale, nei confronti dei creditori, laddove destinati agli scopi di servizio propri dell'ente o a sua sede (art. 830 c.c.), ed in secondo luogo, la sottrazione dell'ente alle procedure fallimentari in caso di dissesto (art. 1 l. fall.).

Ma ancora si pone il problema delle risorse finanziarie dell'ente pubblico economico che sono costituite dal fondo di dotazione e da altri finanziamenti pubblici; risorse cioè per le quali non sussiste in capo all'ente un obbligo di remunerazione (come nelle società commerciali) verso coloro che il capitale hanno sottoscritto. E ciò può essere ritenuto un elemento contrastante con la normativa di divieto di aiuti di Stato, di cui si dirà, in quanto potenzialmente atto a «falsare la concorrenza» (art. 87 Tratt.).

A proposito delle società già in mano pubblica (imprese pubbliche in senso tecnico) e successivamente privatizzate (e in genere a loro volta derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici), operanti in determinati settori (considerati di rilievo pubblico), si pone il problema della compatibilità con i principi dell'ordinamento europeo dello statuto speciale che in alcuni casi esse conservano in virtù di speciale disciplina. Infatti, il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche è stato accompagnato da noi (e non solo da noi, come è noto) dalla conservazione in capo alle autorità di governo, di «poteri speciali» che consentono di controllare l'assunzione di partecipazioni da parte delle società privatizzate, la conclusione di patti o accordi di sindacato, la cessione di rami di azienda, e così via; anche attraverso l'esercizio di veri e propri poteri di veto con oggetto determinate attività (art.

31 maggio 1994 n. 332 conv. in l. 30 luglio 1994 n. 474 modif. con l. n. 24 dicembre 2003 n. 350; d.p.c.m. 10 giugno 2004).

Questi poteri assumono la forma di poteri amministrativi in senso tecnico, e i relativi atti sono impugnabili davanti al TAR (art. 2 cit.); perciò si differenziano dalla c.d. *golden share*, ma in realtà svolgono la medesima funzione, quella di perpetuare in diversa forma la posizione dell'azionista di controllo nell'ambito delle società privatizzate, sostituendo, ai poteri societari che ad esso spettano (allo Stato proprietario), poteri amministrativi attribuiti allo Stato stesso in quanto autorità di governo.

La previsione di questi poteri è stata ritenuta più volte illegittima dalla Corte di giustizia, con riferimento a diverse leggi degli Stati membri (per l'Italia, Corte giust. CE 23 maggio 2000 C-58/99), per contrasto con gli artt. 43, 49, 56, Trattato CE, in quanto limitativi delle libertà di stabilimento, della prestazione di servizi, di movimento di capitali, nonché dei principi in materia di uguaglianza tra gli azionisti nell'ambito delle società commerciali (19).

E ancora, nell'ambito del processo di privatizzazione, si pone il problema, in qualche modo inverso rispetto a quello appena ricordato, della legittimità dei divieti posti dal legislatore nazionale

---

(19) L'esercizio di poteri speciali nel nostro ordinamento è ancorato alla tutela di interessi pubblici ritenuti primari nei diversi settori operativi delle società (gravi pericoli di carenza di approvvigionamento nazionale di energia, di beni essenziali alla collettività, nei livelli minimi dei servizi di telecomunicazioni e di trasporto, nella sicurezza degli impianti e delle reti, nella sicurezza nazionale etc.). La Corte di giustizia (sentenza ultima cit.) non esclude in radice la legittimità dei poteri speciali di codesto tipo previsti dalle legislazioni degli Stati membri purché «giustificati da motivi imperativi di interesse generale... idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito», senza «andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo». V. in dottrina S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2752 ss. dove tutti i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza. Sulla sentenza della Corte relativa all'Italia, v. P. DE PASQUALE, *Golden share all'italiana*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2000, 1233 ss., F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, III, 1236 ss.. M.T. CIRENEI, *Le società di diritto «speciale» tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza*, cit.; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. società*, 1996, 368 ss; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006.

Di recente la Commissione ha avviato nei confronti dell'Italia un ulteriore procedimento di infrazione in ordine alla disciplina dei poteri speciali, pure a seguito della modifica attuata con la citata legge n. 350/03 e con il decreto attuativo in data 10 giugno 2004. Secondo la Commissione i criteri stabiliti da detto decreto per l'esercizio dei poteri speciali «non giustificano il controllo dell'assetto proprietario e della gestione delle società privatizzate interessate, che configurano pertanto una restrizione ingiustificata della libera circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento» (v. comunicato Commissione in data 13 ottobre 2005, in [www.europa.eu.int/rapid/pressReleases](http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleases))

all'ingresso nel capitale delle società privatizzate di altre imprese pubbliche, anche appartenenti ad altri Stati membri dell'Unione, che superi determinate quote di partecipazione al capitale; nonché di limitazioni poste al diritto di voto da parte di esse nell'ambito delle società medesime (d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, art. 8; d.p.c.m. 8 novembre 2000; d.l. 25 maggio 2001 n. 192, conv. in l. 20 luglio 2001 n. 301; Corte giust. CE 2 giugno 2005 C-174/04). Anche queste normative, pur espressamente previste dal legislatore nazionale al fine di completare il processo di liberalizzazione (nella specie, nel settore dell'energia elettrica) evitando una successiva ripubblicizzazione delle società privatizzate attraverso acquisti da parte di altre imprese pubbliche, è da ritenere si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento europeo in quanto limitative della libertà di stabilimento (e aggiungerei, in quanto prevedono statuti particolari per le imprese pubbliche) (20).

Ed invero, essi appaiono contrastanti con i principi della costituzione economica europea, nella quale affermazione fondamentale, come si è visto, è quella dell'assoggettamento al medesimo statuto delle imprese pubbliche e delle imprese private, senza alcuna possibilità, ai sensi dell'art. 86, 1° par., di uno statuto speciale delle prime (e a maggior ragione, deve ritenersi, per le imprese pubbliche a seguito della privatizzazione). Mentre le deroghe consentite dall'art 86, 2° par. valgono indifferentemente per le une e per le altre.

3.1.2. La seconda questione, circa lo spazio dell'attività di impresa nell'ambito delle attività dei pubblici poteri, rimane, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, una questione assai perplessa.

Innanzitutto, sono escluse dalle attività di impresa le attività degli Stati o degli altri enti pubblici che si manifestano nell'esercizio di poteri pubblici; da intendere, secondo il nostro lessico, sia come poteri amministrativi in senso tecnico (funzioni amministrative) sia come attività anche di carattere materiale (operazioni) nelle quali si esprime l'autorità (intesa in senso tecnico come ca-

---

(20) Nella sentenza ult. cit. la Corte afferma con grande precisione: «le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali non operano alcuna distinzione tra le imprese private e le imprese pubbliche né tra le imprese dominanti e quelle che non godono di una siffatta posizione».

pacità di incidere nella sfera soggettiva altrui, ovviamente nei limiti e nelle forme di legge). E dunque le attività rapportabili all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla protezione civile, alla difesa e così via. Da intendere secondo la terminologia usata dalla Corte, come «tipiche prerogative dei pubblici poteri»(21).

Sul piano organizzativo, a queste attività corrispondono pubbliche Amministrazioni (o soggetti equiparati); i «pubblici uffici» di cui all'art. 97, secondo il nostro ordinamento. Queste organizzazioni (e le relative attività) sono disciplinate dal diritto amministrativo o dal diritto privato speciale proprio della pubblica amministrazione. Le relative attività non sono ascrivibili a quelle di carattere economico e perciò non c'è alcuno spazio per la forma organizzativa dell'impresa né per i relativi moduli di azione.

Nel sistema del Trattato, come è noto, il concetto di pubblica Amministrazione compare soltanto all'art. 39, 4° co., norma tuttavia riferita esclusivamente al rapporto di lavoro (esclude dalla disciplina comune sulla libera circolazione dei lavoratori gli impieghi nella pubblica amministrazione). Mentre la nozione di «esercizio di pubblici poteri» compare all'art. 45, a proposito del diritto di stabilimento. Invero la nozione europea di pubblica amministrazione varia a seconda degli scopi applicativi per i quali viene usata(22). Per quanto ci riguarda, essa rileva per sottrazione si direbbe, al fine di individuare quelle parte delle attività dei pubblici poteri, che non vi sono ascrivibili (appunto perché ascrivibili alla nozione di impresa).

Il problema si pone a proposito di queste ultime attività, di quelle cioè che non si ascrivono alla pubblica amministrazione intesa nel senso formale (attività) con riferimento all'esercizio di poteri pubblici. Chè tra di esse vi sono tutte quelle attività (si direbbe prevalenti nello Stato sociale) che constano nella prestazione di beni e di servizi in favore di terzi (cittadini, utenti) prive di carattere autoritativo, economicamente valutabili almeno in

---

(21) Corte giust. CE, tra le tante, *Eurocontrol*, C-364/92, in data 19 gennaio 1994, nella quale si afferma che le attività svolte da Eurocontrol «sono di interesse generale, il cui scopo è quello di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea».

(22) S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione* cit., dove tutti i necessari riferimenti; J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. pubbl. com.*, 1998, 561 ss; P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2003, IV, 332 ss.



astratto, ed esercitabili, e nella pratica esperienza spesso esercitate, da privati. Esse, in quanto ascritte al *genus* dei servizi pubblici, sono sottoposte a programmi e controlli pubblici, secondo lo schema dell'art. 41 (ma anche dell'art. 86, 2° par. del Trattato) al fine di assicurarne l'esercizio (ritenuto necessario) nei confronti dell'intera collettività servita (universalità).

Per questo tipo di attività, il problema se possano o debbano esercitarsi come attività economiche (perciò nella forma di impresa) ovvero come attività di pubblica amministrazione, si pone in ogni caso. Esse in via di principio potrebbero sempre configurarsi come attività economiche laddove i servizi e le prestazioni fossero offerti all'utenza sul mercato a prezzi tali da remunerarne il costo sino a produrre un utile (sia pure sotto il controllo della pubblica amministrazione, secondo il modello di cui si dirà, dei servizi di interesse economico generale); anziché erogate attraverso una programmazione rigida dell'offerta, gratuitamente, o sulla base di tariffe meramente simboliche e comunque non remunerative dei costi (e perciò gravanti sulla fiscalità generale).

In dottrina, autorevolmente è stata proposta una sorta di semplificazione della questione, qualificando come «impresa» quella che produce «un bene o un servizio in astratto suscettibile di essere prodotto da un imprenditore sul mercato»; contrapposta alla «attività del pubblico potere», come quella che «non è impresa» (23). Ma invero la questione è assai perplessa, proprio perché codeste attività intese alla produzione di un bene o servizio, in astratto suscettibile «di essere prodotto da un imprenditore sul mercato» possono a loro volta essere organizzate (e gestite) nelle forme dell'impresa ovvero nelle forme della pubblica amministrazione; come servizi di interesse economico ovvero come «servizi sociali», secondo la dizione prevalente nella nostra legislazione sui servizi pubblici locali: dove la distinzione è posta ai medesimi fini, come quella che consente di escludere determinate attività di pertinenza dei pubblici poteri dalla applicazione di una serie di regole poste a tutela della concorrenza (cui quelle di interesse economico sono soggette) (24).

---

(23) G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit.

(24) Sui servizi pubblici locali (settore che resta ancora, in larga misura, escluso dall'applicazione delle nuove regole e perciò ancora dominato da una massiccia presenza dell'impresa pubblica spesso in posizione monopolistica) v. di recente G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; S. VARONE, *Servizi pubblici locali*

La questione si evidenzia nei grandi settori nei quali principalmente si esprime lo Stato sociale: sanità, assistenza, scuola, previdenza. In questi settori infatti l'attività pubblica si manifesta attraverso prestazioni economicamente valutabili (tant'è che le medesime prestazioni in questi settori vengono rese da imprese private, in forma economica, in genere sotto il controllo della pubblica amministrazione) che potrebbero essere offerte sul mercato da una pluralità di imprese (pubbliche e private) in concorrenza tra loro secondo lo schema dei servizi di interesse economico generale (essendo possibile, nell'ambito di questo schema, provvedere ad erogazioni pubbliche in favore dei non abbienti o a prestazioni gratuite in determinati casi).

Sul punto, la scelta tra l'uno e l'altro modello (impresa, organizzazione pubblica in forma non imprenditoriale) appare invero come scelta esclusivamente politica; salvi i limiti costituzionali, da noi come è noto presenti, a proposito della scuola (settorio nel quale la presenza di organizzazioni statali nelle forme della pubblica amministrazione è obbligatoria, ai sensi dell'art. 33), e in misura meno incisiva a proposito dell'assistenza e della previdenza (art. 38); mentre nella sanità l'unico vincolo costituzionale è quello di assicurare cure gratuite agli indigenti (art. 32).

Il diritto nazionale non contempla altri vincoli specifici alla capacità del legislatore di determinare il regime giuridico proprio di codeste attività.

D'altra parte, nella nostra giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 396/88; n. 259/90, a proposito delle IPAB e delle Comunità israelitiche), si rinvencono principi che limitano, come è noto, il fenomeno delle pubblicizzazioni (trasformare in pubblico un soggetto che non ha i caratteri della pubblicità); ma all'interno della sfera pubblica il discrimine tra soggetto organizzato nelle forme di impresa e soggetti organizzati nelle forme della pubblica amministrazione (servizi economici e servizi sociali), appare affidato alla discrezionalità del legislatore.

---

*e concorrenza*, Torino, 2004; S. PIGNATARO, *I servizi pubblici locali del nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali - Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; P. ROSSI, *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e antitrust*, Milano, 2004; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico - L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

### 3.2. *Impresa e pubblica amministrazione nella giurisprudenza europea.*

Diversa, come è noto, l'impostazione del diritto europeo, nel quale è presente il principio che l'attività a carattere economico (definita come si è detto) deve essere esercitata nelle forme dell'impresa, sottoposta perciò alle regole del mercato; salve deroghe, da valutare caso per caso, che risultino necessarie per il perseguimento di scopi di solidarietà sociale (deroghe sindacabili secondo le norme dell'ordinamento europeo). Sul punto, perciò alla questione che si è posta, è necessario rispondere con lo sguardo rivolto non al diritto nazionale ma al diritto europeo.

Ma la giurisprudenza della Corte di giustizia appare assai incerta e si direbbe casuale; per cui al di là della casistica che può essere puntualmente rilevata, non risulta un criterio in base al quale distinguere i casi in cui prevale lo scopo di solidarietà sociale (accompagnato dall'assenza di scopo di lucro) dai casi in cui in assenza di ciò l'attività di cui si tratta deve essere esercitata nelle forme dell'impresa.

Da segnalare, sul punto, è l'indifferenza per la giurisprudenza comunitaria della forma giuridica che una determinata organizzazione riveste nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Impresa (con quel che ne segue in termini di disciplina applicabile) può essere identificata sia in una organizzazione dotata di propria autonomia e personalità giuridica, sia in una articolazione organizzativa dello Stato o di altro ente pubblico (25).

Sono state riconosciute ad esempio, come attività costituenti «tipiche prerogative dei pubblici poteri» (si badi, a prescindere dall'esercizio in concreto di poteri pubblici in senso tecnico che ai sensi degli art. 45 e 55 del Trattato concretizzano attività comunque escluse dalla problematica in esame): le attività relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, compresa la riscossione dei contributi di rotta effettuata per conto degli Stati, trattandosi dell'espletamento di «compiti di interesse generale, il cui scopo è quello di contribuire alla conservazione e al miglioramento della sicurezza della navigazione aerea», che «si ricollegano all'eserci-

---

(25) Corte giust. CE, *Hoefner*, C-41/90, in data 23 aprile 1991: «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento».

zio di prerogative... tipiche dei pubblici poteri», mentre «non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza» (26); nonché le attività di previdenza sociale gestite da enti, attività basate sul principio di solidarietà nazionale, e prive di ogni scopo di lucro, che si estrinsecano in prestazioni «stabilite dalla legge e indipendenti dall'importo dei contributi» (27).

Sulla distinzione tra attività basate sul principio di solidarietà e prive di scopo di lucro e attività economiche vedi anche le puntualizzazioni della Commissione, anche con riferimento alla nozione di servizi sociali, nel Libro verde del 2003 già citato ai punti 45 e 47, nonché l'ultima Comunicazione COM (2006) 177, *Social services of general interest in the European Union*, cit. sui servizi sociali.

Viceversa, sono state riconosciute come attività di impresa le attività di collocamento per l'occupazione svolte da un ufficio pubblico; attività non «necessariamente esercitate da enti pubblici», i quali per altro non presentano una capacità sufficiente a far fronte a tutte le esigenze della domanda (28); le attività di assicurazione integrativa svolta da un ente, anche senza fine di lucro, ma in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita, attività le cui prestazioni «dipendono solo dall'ammontare dei contributi versati nonché dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente incaricato della gestione» (29); la gestione di un regime pensionistico complementare, da parte di una organiz-

---

(26) Corte giust. CE, *Eurocontrol*, C-364/92 cit.

(27) Corte giust. CE, *Poucet*, C-151/91, 160/91, in data 17 febbraio 1993.

(28) Corte giust. CE, *Hoefner*, C-41/90 cit. («Le attività di collocamento non sono sempre state né sono necessariamente esercitate da enti pubblici. Il collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie. Ne consegue che un ente come un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza comunitarie»). V. anche sul punto, Corte giust. CE, *Job Centre coop a r.l.*, C-55/96, in data 11 dicembre 1997, in cui si afferma che «un ente come un ufficio pubblico di collocamento può essere qualificato impresa ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitaria».

(29) Corte giust. CE, *Fédération Française des sociétés d'assurance*, C-244/99, in data 16 novembre 1995: «un ente che, senza perseguire scopo di lucro gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia destinato ad integrare un regime di base obbligatorio ... e che opera, nel rispetto delle norme stabilite dalle autorità amministrative... secondo il principio della capitalizzazione, è una impresa ai sensi dell'art. 85. Infatti un ente del genere, anche se non persegue uno scopo di lucro, ed il regime da esso gestito comporta alcuni elementi ispirati al principio di solidarietà che hanno una portata limitata e non sono paragonabili a quelli che caratterizzano i regimi previdenziali obbligatori, esercita una attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita».

zazione ad iscrizione obbligatoria, rappresentativa dei membri di una professione liberale, dove l'organizzazione (nella specie, fondo pensionistico dei medici specialisti) fissa essa stessa «l'importo dei contributi e delle prestazioni e funziona secondo il principio della capitalizzazione», mentre l'importo delle prestazioni fornite dal fondo dipende dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati e per i quali è soggetto, al pari di una compagnia di assicurazioni, al controllo della Camera delle assicurazioni (30).

La questione della natura, imprenditoriale o meno, di una certa organizzazione (e della relativa attività) collegata ai pubblici poteri, viene perciò effettuata caso per caso, attraverso si direbbe un criterio di prevalenza, tra lo scopo di solidarietà sociale perseguito rispetto al carattere economico delle prestazioni erogate. Ma per effetto dei principi europei cui questa giurisprudenza cerca di dare attuazione, il legislatore nazionale, come è limitato dai principi costituzionali (interni) circa la definizione dell'area del «pubblico» (ciò che ha i caratteri della soggettività privata non può essere trasformato in pubblico), così viene ad essere limitato (da principi anch'essi di rango costituzionale) circa la definizione, nell'ambito dell'area del pubblico, delle attività che rispettivamente vengano esercitate nella forma dell'impresa ovvero nella forma della pubblica amministrazione. Su questo punto, il vincolo è più elastico, e la discrezionalità del legislatore più ampia (a fronte di una giurisprudenza della Corte di giustizia che tende ad essere nella sostanza rispettosa delle scelte legislative nazionali).

Occorre tuttavia sottolineare la novità rappresentata dall'emergere di questo secondo vincolo nella nostra esperienza positiva (per altro, anche l'emergere del primo vincolo nell'ambito della giurisprudenza costituzionale ha rappresentato una novità, in un ordinamento come il nostro tradizionalmente abituato a spostare i soggetti dal pubblico al privato e viceversa, senza troppi scrupoli).

---

(30) Corte giust. CE, *Pavlov*, C-180/98, C-184/98, in data 12 settembre 2000: «Il fondo pensione di categoria che fissa esso stesso l'importo dei contributi e delle prestazioni e che funziona secondo il principio della capitalizzazione, che è stato incaricato della gestione di un regime pensionistico complementare, istituito da un ente rappresentativo dei membri di una professione liberale e al quale l'iscrizione è stata resa obbligatoria dalla pubblica autorità per tutti i membri di tale professione, è impresa ai sensi degli art. 85, 86, e 90 del Trattato».

4. SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE E DEROGHE ALLE «REGOLE DI CONCORRENZA».

4.1. *Servizi di interesse economico generale e servizi pubblici in senso oggettivo.*

Le deroghe al principio fondamentale della sottoposizione di ogni tipo di attività economica (quella che deve essere esercitata, appunto, nelle forme dell'impresa) alle regole del mercato, sono previste al secondo paragrafo dello stesso art. 86, come è noto; laddove viene introdotta la nozione dei servizi di interesse economico generale (o aventi carattere di monopolio fiscale); deroghe operanti evidentemente, a proposito delle attività economiche, ché le altre attività dei pubblici poteri, quelle ascrivibili alla pubblica amministrazione, sono del tutto escluse dall'ambito stesso della norma.

Le imprese incaricate della gestione di tali attività possono essere sottoposte a regimi particolari (ovvero privilegiare di regimi particolari), cioè derogatori rispetto alle norme del Trattato, «e in particolare alle regole della concorrenza»; laddove l'applicazione di queste norme «osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata», senza in ogni caso compromettere «lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità». L'art. 16, d'altra parte, sottolinea «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione»(31).

La norma si riferisce a tutte le imprese, non specificamente a quelle di cui al primo parg. (le imprese pubbliche e quelle a cui sono riconosciuti i diritti speciali esclusivi); anche a queste come a tutte le altre, laddove esse, appunto, siano incaricate (nell'am-

---

(31) Sulla nozione di servizi di interesse economico generale nell'ambito del Trattato, anche a seguito delle integrazioni introdotte con il Trattato U.E., v. da ult. V. DI COMITE, *La nozione di imprese nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2004; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 337 ss.; R. URSI, *L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea*, in *Nuove autonomie*, 2002, 143 ss.; M.T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la direttiva della commissione 2000/52/Ce e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Dir. comm. inter.*, 2001, 281 ss.; L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in questa *Rivista*, 2001, 479 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Unione europea*, 1998, 527 ss.

bito della normativa interna degli Stati membri) della gestione di codesti servizi.

Che cosa siano, come debbano essere individuate queste attività denominate servizi di interesse economico generale, risulta sufficientemente chiarito nella giurisprudenza comunitaria. Si tratta di attività: *a*) a carattere economico (e perciò come si diceva, necessariamente esercitate in forma di impresa); *b*) le cui prestazioni rivestono carattere di necessità, con riferimento ad una generalità di utenti indifferenziata, in qualche caso alla intera generalità dei cittadini di uno Stato membro, in favore dei quali esse debbono essere erogate, a prescindere dalle condizioni geografiche, sociali, logistiche, nonché economiche, nelle quali essi si trovino. Ciò che può comportare anche l'esigenza di particolari agevolazioni per fasce di utenza e interventi finanziari pubblici a sostegno di una parte delle prestazioni, le quali debbono essere erogate anche se non presentano in se stesse carattere remunerativo.

Ci troviamo perciò nel settore, da noi tradizionalmente conosciuto, dei servizi pubblici in senso oggettivo, con la caratteristica però (ciò che distingue queste attività dalle altre attività ascrivibili alla categoria dei servizi pubblici) di essere attività aventi carattere economico, svolte sia da imprese private che da imprese pubbliche (servizi pubblici, appunto, in senso oggettivo), indifferente-

mente. Si può affermare che, su questo punto, vi sia coincidenza tra le due nozioni: quella del diritto europeo di cui all'art. 86, 2° par. e quella dell'ordinamento nazionale di cui all'art. 41, 3° co. Attività economiche in entrambi i casi, esercitate da imprese pubbliche e da imprese private, sottoposte a regimi derogatori (o privilegiati) rispetto all'ordinario regime dell'attività di impresa per assicurare il perseguimento di fini sociali (ovvero l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico)(32). Ma la parità di trattamento che deve accomunare le due categorie di imprese qui è più pregnante; ché non sono consentiti, come si è mostrato, sulla base del 1° par. della norma, regimi privilegiati per le imprese

---

(32) Sulla nozione di obblighi di servizio pubblico e su quella connessa di servizio universale v. di recente L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

pubbliche (ciò che viceversa, come si è ricordato, l'art. 41 Cost. non esclude) (33).

Per le attività di impresa, ascritte dunque alla specie dei servizi di interesse generale, il Trattato prevede possibilità di deroghe alle «regole del mercato». E deve tenersi conto che si tratta di deroghe a principi fondamentali del diritto europeo, da applicarsi perciò in modo assai rigoroso e attraverso un'interpretazione restrittiva delle norme relative (34).

In ordine a codeste deroghe consentite, si è formata un'ampia giurisprudenza del giudice comunitario, che in determinati casi ha riconosciuto l'ammissibilità della deroga, in altri casi non l'ha riconosciuta; tenendo conto da un lato, della particolarità della missione o dell'insieme degli obblighi di servizio pubblico che all'impresa sono affidati, ma dall'altro lato della stretta necessità della deroga stessa al fine dell'adempimento della missione; da valutare caso per caso.

In termini generali e di principio, il giudice afferma che l'art. 86, 2° co., deve essere interpretato nel senso che agli Stati membri è consentito di conferire «ad imprese cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione della concorrenza da parte di altri

---

(33) G. CORSO (*Attività amministrativa e mercato* cit.) in base alla esatta osservazione circa le profonde modifiche che la nostra costituzione economica ha subito per effetto della «costituzionalizzazione del diritto europeo» per cui essa non è più formata solo dai vecchi art. 41, 42 e 43 della Costituzione «ma anche dalle norme del Trattato, ivi comprese quelle dedicate alla concorrenza», afferma che anche l'art. 41, 3° co., sarebbe in netto contrasto con i principi europei. Infatti, e qui indubbiamente l'A. ha ragione, «perché l'attività economica pubblica e privata possa essere coordinata ed indirizzata a fini sociali attraverso programmi e controlli pubblici determinati dalla legge occorre derogare alla regola di concorrenza e prescindere da essa»; ma i fini sociali cui fa riferimento l'art. 41 debbono essere interpretati nel vigente ordinamento alla luce del diritto europeo e in essi sicuramente rientrano i fini perseguiti dalle attività di servizio pubblico (i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 86, 2° par. del Trattato), nonché gli altri fini sociali che la normativa europea consente di perseguire, anche sulla base dell'art. 87. A me sembra dunque che l'art. 41 Cost. correttamente interpretato alla luce dei principi europei conservi pienamente la sua validità (anzi esso parificando imprese pubbliche e private segue una impostazione, del tutto conforme al diritto europeo), mentre sicuramente l'art. 43, laddove privilegia la posizione dell'impresa pubblica in determinati settori risulta in contrasto con il diritto europeo.

(34) Corte giust. CE, *Commissione*, C-157/94, in data 23 ottobre 1997: «l'art. 90, n. 2, in quanto disposizione che consente di derogare alle norme del Trattato, deve essere interpretato restrittivamente»; nello stesso senso vedi anche C-159/94, in data 23 ottobre 1997.



operatori economici sono necessari per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi» (35).

La specifica necessità della deroga al fine di assicurare alle imprese l'espletamento delle attività di interesse generale loro affidate, viene valutata tenendo conto della situazione dell'impresa, dell'esigenza di assicurare ad essa sufficiente remunerazione del capitale investito con riferimento ai costi aggiuntivi che su di essa gravano per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, ma tenendo conto altresì, dell'esigenza di non alterare l'andamento del mercato di settore conferendo all'impresa stessa diritti esclusivi non strettamente necessari all'adempimento di quegli obblighi.

#### 4.2. Art. 86, 2° par., Trattato CE.

Sull'applicazione dell'art. 86, 2° par., si pongono due ordini di questioni, entrambe ampiamente esaminate dalla giurisprudenza comunitaria (anche qui non sempre lineare e spesso perplessa): *a*) quali attività possono essere ascritte alla nozione di servizi di interesse generale (tra le attività economiche da esercitare nelle forme dell'impresa, circa le quali possono perciò essere consentite deroghe alle «regole del mercato»); *b*) quali deroghe possono essere ammesse con riferimento ai diversi settori di attività di cui si tratta.

I servizi di interesse generale sono attività ascrivibili ai servizi pubblici in senso oggettivo, come sopra si diceva, secondo la nostra terminologia, circa le quali deve essere assicurata (necessarietà) l'accessibilità e l'universalità delle relative prestazioni. I c.d. obblighi di servizio pubblico (o di servizio universale, secondo altra dizione, nella sostanza corrispondente) costituiscono quelle prestazioni cui le imprese sono soggette, anche in virtù della regolazione pubblica della loro attività, che non verrebbero espletate in applicazione di una stretta logica imprenditoriale; i «fini sociali» che la normativa europea consente di imporre alle imprese

---

(35) Corte giust. CE, *Corbeau*, C-320/91, in data 19 maggio 1993, nella quale da un lato si riconosce il diritto esclusivo di raccogliere, trasportare e distribuire la corrispondenza conferito a carico dell'Ente poste francese, e dall'altro si ritiene che una tale limitazione della concorrenza non è ritenuta ammissibile qualora si tratti di servizi specifici, separabili dal servizio di interesse generale quali la raccolta a domicilio, una maggiore rapidità o affidabilità nella distribuzione e la modifica della destinazione durante l'inoltro della corrispondenza.

nell'ambito del mercato comune. Fini sociali come obblighi di servizio pubblico, cui possono essere sottoposte tutte le imprese deputate all'esercizio di determinate attività. Si tratta perciò di attività le cui modalità di svolgimento, le prestazioni offerte all'utenza (i servizi) sono determinati, in misura più o meno rilevante, e attraverso strumenti diversi, dal potere pubblico. L'attività risulta conformata dalla pubblica autorità, proprio perché essa è attività di servizio rispetto agli interessi della collettività (36).

Nell'ampia casistica giurisprudenziale (peraltro assai nota) sono state riconosciute come attività ascrivibili ai servizi di interesse economico generale, ad esempio, l'attività di distribuzione regionale di energia elettrica da parte di una impresa; che «ha ricevuto, attraverso una concessione di diritto pubblico non esclusiva, il compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica in una parte del territorio nazionale», fornitura che deve essere garantita «in tutto il territorio oggetto dalla concessione, a tutti gli utenti, distributori locali o consumatori locali, nella quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizione che possano variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela» (37); le operazioni di ormeggio nell'ambito di un porto che gli ormeggiatori sono tenuti a prestare in qualsiasi momento e qualsiasi utenze come «servizio universale di ormeggio», per motivi di sicurezza nelle acque portuali (38); la fornitura di servizi sanitari, che consiste nell'obbligo di garantire in permanenza il trasporto d'urgenza di persone malate o ferite in tutto il territorio interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale (39); i servizi di raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza, «a favore di

---

(36) G. MARCOU, *op. cit.*

(37) Corte giust. CE, *Almelo*, C-393/92, in data 27 aprile 1994: «Restrizioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata».

(38) Corte giust. CE, *Corsica Ferries*, C-266/96, in data 18 giugno 1998: «non è incompatibile con gli artt. 86 e 90 n. 1 del Trattato inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del mantenimento del servizio universale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano, e di prevedere, per questo servizio, tariffe diverse a seconda delle caratteristiche proprie di ciascun porto».

(39) Corte giust. CE, *Firm Ambulance Glockner*, C-475/99, in data 25 ottobre 2001: l'estensione «dei diritti esclusivi delle organizzazioni sanitarie al settore del trasporto non urgente di malati permette loro di espletare il compito di interesse generale ri-

tutti gli utenti, su tutto il territorio dello Stato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ciascuna singola operazione (40); il trasporto pubblico locale (urbano, extraurbano o regionale), i cui oneri sono compensati da sovvenzioni pubbliche (41); la attività di distribuzione e fornitura di medicinali da parte di grossisti ai quali «è imposto l'obbligo di disporre in permanenza di un assortimento di medicinali sufficiente a soddisfare le esigenze di un territorio geograficamente determinato e di assicurare la consegna dei medicinali richiesti in tempi brevissimi su tutto il territorio in questione, di modo che sia garantito in ogni momento un adeguato approvvigionamento di medicinali all'insieme della popolazione» (42).

Non sono state invece riconosciute servizi di interesse economico generale, ad esempio, le operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento delle merci, ritenute non aventi «un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica» (43); le operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento delle merci operate da una impresa pubblica proprietaria di un porto commerciale (44). E così via.

Le deroghe consentite caso per caso sono ascrivibili a tre tipologie: sovvenzioni pubbliche, esenzioni fiscali, diritti esclusivi

---

guardante il trasporto d'urgenza, in condizioni di equilibrio economico. La possibilità che avrebbero gli imprenditori privati di concentrarsi nei settori di trasporto non urgente su tragitti più redditizi potrebbe comprometterne la redditività economica del servizio fornito dalle organizzazioni sanitarie».

(40) Corte giust. CE, *Corbeau*, C-320/91 cit.: «è indiscutibile che la Régie des postes sia incaricata di un servizio di interesse economico generale».

(41) Corte giust. CE, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, in data 24 luglio 2003: «un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza».

(42) Corte giust. CE, *Acoss*, C-53/00, in data 22 novembre 2001.

(43) Corte giust. CE, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, in data 10 dicembre 1991.

(44) Corte giust. CE, *G.T. - Link A/S*, 242/95, in data 17 luglio 1997: non la gestione di qualsiasi porto commerciale rientra «nella gestione di un servizio d'interesse economico generale, né, in particolare tutte le prestazioni fornite in siffatto porto rientrano in tale missione». Una impresa pubblica, che è proprietaria di un porto commerciale e lo gestisce non può riscuotere tasse portuali dovute per l'uso di impianti ... «che non sono necessarie per l'adempimento da parte di detta impresa della specifica missione affidatale».

circa l'esercizio di attività collaterali. In ogni caso si tratta di misure, sicuramente derogatorie rispetto al principio della parità di condizioni tra le imprese operanti in un determinato mercato (concorrenza), poiché esse pongono le imprese beneficiarie in una posizione privilegiata rispetto alle altre (in termini finanziari a causa di risparmi fiscali, o per il ricevimento di sovvenzioni pubbliche ovvero in termini imprenditoriali potendo gestire di attività e goderne gli utili preclusi in capo ad altri operatori del settore).

La giurisprudenza comunitaria (45) ha fissato sul punto tre requisiti perché le deroghe siano consentite, e al fine di stabilirne la misura (nei limiti consentiti). Anzitutto, come si accennava, deve trattarsi di misure *strettamente necessarie*; dove la necessità deve essere riferita all'esigenza di copertura dei costi del mantenimento del servizio come servizio pubblico (o servizio universale), cioè i costi aggiuntivi che cadono sull'impresa che deve far fronte ai relativi obblighi. Ciò che può essere rappresentato da una componente aggiuntiva del prezzo del servizio (46) ovvero dall'ammontare della sovvenzione pubblica ovvero dalla presunta redditività delle attività collaterali che all'impresa sono riservate in via esclusiva, etc.

In secondo luogo si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa economica incaricata del servizio, non essendo necessario, tuttavia, al fine di valutare l'ammissibilità delle misure derogatorie (nella specie concessioni di di-

---

(45) Sul punto, v. part. Corte giust. CE, *Almelo*, cit., in cui si afferma che «restri- zioni della concorrenza da parte di altri operatori economici devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sop- portare»; ma anche v. *Corbeau* cit., in cui l'obbligo del titolare del diritto esclusivo «di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e di quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi».

(46) Corte giust. CE, *Corsica Ferries France Sa*, C-266/96, in data 18 giugno 1998: «non è incompatibile con gli art. 86 e 90 n. 1 del Trattato inserire nel prezzo del servizio una componente destinata a coprire il costo del mantenimento del servizio uni- versale di ormeggio, in quanto corrisponda al supplemento di costo che le caratteristiche specifiche di questo servizio comportano»; ma v. anche Trib. 1° grado CE, *FFSA ed al- tri*, T-106/95, in data 27 febbraio 1997, secondo cui uno sgravio fiscale concesso alle Po- ste è giustificato dalla esistenza per la Posta «di un costo supplementare generato in primo luogo dal mantenimento dei servizi di interesse economico generale ai sensi del- l'art. 90 n. 2, del Trattato, cui la Posta è tenuta, vale a dire al rispetto dei vincoli di ser- vizio pubblico in tutto il territorio nazionale».

ritti esclusivi) che in assenza, «risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa» (47).

In terzo luogo, come espressamente disposto dalla norma, si deve trattare di misure, pur derogatorie rispetto alle «regole del mercato», tali da non compromettere lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità (48).

Al termine di questa rapida carrellata, sembrano emergere alcuni dati ormai consolidati, che configurano, per questa parte, la vigente costituzione economica secondo caratteri assai differenti rispetto a quelli del nostro tradizionale ordinamento (quello anteriore all'erompere del diritto europeo).

Le attività ascrivibili a quelle di interesse economico generale si esercitano in forma di impresa (indifferentemente pubblica o privata) e in quanto soggette a particolari obblighi di servizio (consistenti in attività che non verrebbero posti in essere secondo una logica imprenditoriale), obblighi imposti dalla legge o dalla pubblica autorità (*regolazione*) possono usufruire di regimi particolari o privilegiati nell'esercizio dell'impresa che altrimenti sarebbero vietati dal principio fondamentale del Trattato che assicura la soggezione di tutte le imprese alle «regole del mercato».

Nessuna posizione particolare è data alle imprese pubbliche.

Risulta perciò del tutto superato lo schema logico sistematico del servizio pubblico in senso soggettivo, secondo il quale le attività di servizio pubblico devono essere gestite per regola da soggetti pubblici (secondo diverse forme organizzative); schema che domina la nostra legislazione positiva (dalla legge sulle municipalizzazioni alle leggi istitutive dei grandi servizi nazionali, dalle poste, alle ferrovie, ai telefoni, all'approvvigionamento energetico etc.) e che aveva trovato nell'art. 43 Cost. (e nella giurisprudenza costituzionale che ne è seguita) la sua base costituzionale.

Nel settore dei servizi di interesse economico generale, l'azione dei pubblici poteri che resta tuttavia necessaria perché deve

---

(47) Corte giust. CE, *Commissione*, C-157/94, in data 23 ottobre 1997, nella quale viene riconosciuta compatibile con le norme comunitarie l'attribuzione di diritti esclusivi di importazione di energia elettrica destinata alla distribuzione pubblica.

(48) Corte giust. CE, *Commissione*, C-159/94, in data 23 ottobre 1997, nella quale si afferma che «la concessione a una impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale di diritti esclusivi è ammessa qualora l'adempimento della specifica missione possa essere garantito unicamente grazie a tali diritti e purché lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della comunità». Nello stesso senso v. anche Corte giust. CE, *Commissione*, C-157/94 cit.

essere assicurato l'espletamento del servizio conformemente agli interessi collettivi, risulta radicalmente trasformata rispetto a quella prevalente nella precedente esperienza. In questa infatti, l'azione dei pubblici poteri prevalentemente si esprimeva nella gestione diretta del servizio (attraverso il sistema delle imprese pubbliche). Nell'esperienza attuale, trasformata dal diritto europeo, l'azione dei pubblici poteri si ripositiona a monte, se possiamo dir così, nelle attività di regolazione e di controllo che si manifestano nell'esercizio di poteri amministrativi; attività imputate, nel nuovo ordinamento, in genere, ma non necessariamente, ad Autorità amministrative indipendenti (49).

Dal servizio in senso soggettivo si torna alla funzione; mentre nella gestione, operano imprese, anche se soggettivamente pubbliche, equiparate nella competizione tra loro e nel regime delle attività (e anche, ma in misura, meno evidente sul piano dell'organizzazione) alle imprese private: imprese oggettivamente private anch'esse, si potrebbe dire.

Nell'ambito dell'attività di regolazione cui le imprese, nel settore dei servizi economici di interesse generale, sono soggette, possono essere previsti poteri di controllo (in capo all'autorità di regolazione che può essere la stessa autorità di governo) del tipo di quelli ascritti ai cd. poteri speciali cui si è accennato; aventi ad oggetto fondamentalmente l'assetto soggettivo delle imprese (che può essere modificato dall'assunzione di partecipazioni, dal trasferimento di rami di azienda, e così via).

Questo profilo organizzativo (che investe la natura giuridica degli acquirenti o dei cessionari, le esperienze maturate, i mezzi posseduti, e così via) non è indifferente al fine di assicurare la corretta gestione del servizio. Ma non può ammettersi alla luce

---

(49) Sull'attività di regolazione, divenuta nell'esperienza più recente una manifestazione dell'azione amministrativa dotata di caratteri propri anche per effetto dell'imputazione di queste attività nella maggior parte dei casi, ad autorità amministrative c.d. indipendenti, vedi di recente L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.; D. SORACE (*Servizi pubblici*, cit.) (il quale esattamente nota in contraddizione con il principio, l'art. 2 del d.lgs. n. 261/99 sui servizi postali che attribuisce al Ministero delle Comunicazioni i compiti regolatori in materia) ritiene che secondo il diritto comunitario, le funzioni regolatorie in ordine ai servizi pubblici debbano essere svolte da Autorità indipendenti (indipendenti dagli operatori ma anche operanti in un ambito di neutralità politica) (art. cit., p. 398 ss., 417 ss.). Il principio è desunto da norme sparse in diverse direttive in materia di telecomunicazioni, di servizi postali, di gas naturale e così via; ma l'affermazione del principio non sembra invero così chiara come l'Autore ritiene.

dei principi europei, che questi poteri abbiano ad oggetto vicende delle società già pubbliche e poi privatizzate come conseguenza della privatizzazione (una sorta di proseguimento del controllo societario pubblico) (50).

5. FINI SOCIALI DELL'IMPRESA PUBBLICA TRA VINCOLI EUROPEI E PRINCIPI NAZIONALI.

5.1. *Caratteri tradizionali dell'intervento pubblico nell'economia mediante imprese pubbliche.*

Nel settore dei servizi pubblici, imprese pubbliche e imprese private, nel nuovo contesto ordinamentale di fonte europea, sono dunque chiamate a competere tra loro sul mercato, sottostando le une e le altre ai poteri (e alle normative) di regolazione, imposte dalla autorità affinché esse realizzino (adempiano) gli obblighi di servizio in favore della collettività servita. Obblighi a fronte dei quali alle imprese può essere riservata una posizione privilegiata sul mercato, a fronte delle altre, nei limiti della stretta necessità (di copertura, diciamo così, degli oneri del servizio); mentre, allo stesso tempo esse sono soggette ai poteri di regolazione spettanti alle pubbliche autorità.

In questo quadro nessuna posizione particolare è data dunque alle imprese pubbliche, ragguagliabile a quella che la nostra Costituzione prevedeva all'art. 43 (norma che allo stato risulta inapplicabile). Invero, nei mercati locali, come s'è accennato, questo quadro risulta (ancora) alterato dalla posizione privilegiata che in essi resta in capo alle imprese pubbliche locali, nel nostro diritto interno (per questa parte ancora non investito dal ciclone europeo) (51).

L'art. 41, 3° comma, resta la norma costituzionale fondamentale che regge (nell'interpretazione conforme all'ordinamento europeo) la disciplina delle attività economiche che presentano il carattere dei servizi di interesse generale (o servizi pubblici *tout court*). Fini sociali, come si accennava, in tale contesto coincidono con gli obblighi di servizio pubblico.

---

(50) In tal caso infatti si avrebbe, per quanto direttamente interessa in queste note una violazione dei principi di cui all'art. 86 e all'art. 44, 2° par. lett. g) Tratt. CE; ma dall'altra parte, una violazione dei principi in materia di libertà di circolazione come ampiamente sottolineato dalla giurisprudenza comunitaria.

(51) V. tuttavia, Comunicazione della Commissione COM (2003) 270, del 21 maggio 2003 - Libro verde sui servizi di interesse generale.

Ma l'impresa pubblica è stata utilizzata (è ben noto, e lo si è ricordato) come strumento di intervento dei pubblici poteri, nella vita economica e sociale, ad altri fini; e sicuramente lo è ancora, sol che si guardi alla nostra esperienza attuale sia a livello nazionale, sia ancor più incisivamente a livello regionale e locale; intervento attraverso imprese pubbliche, appositamente istituite ovvero trasformate da preesistenti imprese private, a fini esclusivamente o prevalentemente sociali.

Esperienza ricchissima da noi, dal salvataggio di imprese in difficoltà mediante interventi finanziari pubblici (sottoscrizione di aumenti di capitale e acquisto da parte pubblica del controllo della società, in tal modo trasformata in impresa pubblica) all'intervento pubblico in zone depresse, mediante imprese, al fine di assicurare determinati livelli occupazionali o guidarne lo sviluppo laddove l'iniziativa economica privata non interverrebbe per le difficoltà o le incertezze della situazione economica o ambientale; ovvero in settori produttivi e anche in attività del terziario, caratterizzati dal medesimo fatto della carenza o delle difficoltà dell'intervento privato.

Si tratta di casi nei quali l'impresa pubblica costituisce strumento di politica sociale (da intendere in senso lato, comprensiva anche delle finalità di sviluppo in zone o in settori depressi), reso necessario dall'impossibilità o dalla difficoltà dell'iniziativa economica privata. E si tratta di casi che nulla hanno a che fare con gli obblighi di servizio pubblico cui fa riferimento la normativa europea appena commentata; e perciò si collocano del tutto al di fuori dell'universo normativo di cui all'art. 86 Trattato CE (ma non al di fuori dell'art. 41 Cost.).

## 5.2. *La questione del divieto di « aiuti di Stato ».*

Nell'ordinamento europeo, come è noto, sono in via di principio vietati nell'ambito del più generale divieto di aiuti di Stato (art. 87 e ss.), gli interventi consistenti in investimenti finanziari che «in circostanze analoghe un investitore privato di dimensione paragonabile non avrebbe effettuato»; interventi che come tali «falsino o minaccino di falsare la concorrenza» (52).

---

(52) Corte giust. CE, *Regno del Belgio*, C-142/87 in data 21 marzo 1990; *Repubblica italiana*, C-305/89, in data 21 marzo 1991. Sugli aiuti di Stato, v. la puntuale trattazione di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. p. 725 ss., ove tutti i necessari riferimenti;



Ciò si verifica sia per effetto della presenza in un determinato settore di una impresa pubblica, la quale opera prescindendo da ogni logica remunerativa (in ipotesi esclusivamente per fini sociali), sia per effetto di investimenti di capitale pubblico in imprese private (in ipotesi non remunerativi) le quali in assenza non opererebbero nel settore. In questi casi evidentemente la vicenda si svolge del tutto al di fuori di ogni logica di mercato.

Nell'ordinamento europeo ogni intervento di questo tipo, orientato al di fuori (o in contrasto) rispetto ai criteri di economicità, che dovrebbero ispirare ogni attività di impresa (identificati dalla giurisprudenza nel comportamento del mitico operatore privato) è considerato «aiuto di Stato»; come tale, ritenuto «incompatibile con il mercato comune», sempre che si tratti di interventi che «incidono sugli scambi tra gli Stati membri» (ciò che fa salvi nella sostanza gli interventi a carattere prevalentemente locale) (53).

Tuttavia il Trattato come è noto, prevede una serie di deroghe al principio del divieto (art. 87); deroghe che costituiscono un vero e proprio *corpus* normativo circa l'intervento pubblico nelle attività economiche consentito per fini sociali (per scopi di politica sociale).

La norma, com'è noto, contempla gli aiuti «destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia normalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione», quelli destinati «a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia», quelli destinati «ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse» (art. 87, 3° par.); nonché altre categorie di «aiuti» determinati con decisione della autorità comunitaria (il Consiglio a maggioranza qualificata).

---

C. D. EHLERMANN, *Imprese pubbliche e controllo degli aiuti di stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 413 ss.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; F. MUNARI, A. BLASI, *Commento agli artt. 87-89*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano 2004, 592 ss.

(53) Ma la giurisprudenza ha chiarito, a proposito di quest'ultimo elemento, che «la entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria non escludono a priori l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra stati membri» (Corte giust. CE, C-147/87). V. anche Corte giust. CE, C-26/03 in data 11 gennaio 2005 che ha dichiarato inammissibile l'affidamento diretto di un pubblico servizio ad una società mista partecipata dall'amministrazione locale aggiudicatrice nel caso in cui alla stessa partecipino anche se in via minoritaria imprese private.

Il Trattato prevede altresì una complessa procedura che consente alla Commissione europea un monitoraggio permanente circa i diversi sistemi di aiuti esistenti nell'ambito dei singoli Stati membri; in confronto con essi (art. 88)(54). La Commissione deve comunque essere informata tempestivamente dei progetti diretti a istituire o modificare aiuti(55).

Il problema dell'utilizzo dell'impresa pubblica come strumento di politica sociale si pone dunque nel contesto europeo, come quello di stabilire la compatibilità di questo strumento rispetto a tale disciplina circa il divieto di aiuti di Stato. Disciplina che non riguarda direttamente il settore delle imprese pubbliche; mentre investe incisivamente le politiche nazionali di intervento pubblico a sostegno di imprese private, mediante sovvenzioni finanziarie, sgravi fiscali o contributivi, applicazione di tassi di interesse agevolati in favore di creditori pubblici e così via.

Interventi tutti, in principio vietati, laddove in concreto incidano sul corretto svolgersi della concorrenza tra imprese operanti in un determinato settore produttivo, in misura tale da influire sugli scambi tra Stati membri; condizioni queste che devono essere valutate caso per caso, ciò che è compito della Commissione, salvo sempre il controllo, in caso di contestazione, da parte del giudice comunitario.

Ma detta disciplina investe anche il settore delle imprese pubbliche.

Il criterio fondamentale che identifica l'aiuto, è sempre quello indicato: deve cioè trattarsi di un intervento che in normali condizioni di mercato non sarebbe effettuato o che un normale investitore privato non avrebbe effettuato(56).

---

(54) Sulle procedure, per tutti G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., 803 ss.

(55) Corte giust. CE, *Costa c/Enel*, C-6/64: le disposizioni del Trattato contenute nella sezione intitolata agli aiuti di Stato «sono intese ad eliminare progressivamente gli aiuti esistenti e inoltre ad evitare che con provvedimenti interni degli Stati, vengano istituiti «sotto qualsiasi forma» nuovi aiuti atti a favorire direttamente o indirettamente, in modo sensibile, determinate imprese o determinati prodotti e che quindi alterino, o minaccino di alterare, la concorrenza». Sulla base della normativa del Trattato, gli Stati «si sono implicitamente impegnati a non istituire (nuovi aiuti) al di fuori delle deroghe previste dal Trattato», sottoponendosi «ad appropriate procedure, sia per eliminare gli aiuti esistenti, sia per istituire di nuovi». Obbligandosi in modo così preciso ad informare «in tempo utile» la Commissione dei loro progetti di aiuti e accertando di sottoporsi alle procedure contemplate dalla norma.

(56) E così ad es., la concessione di un interesse agevolato da parte di un creditore pubblico (caso cit. C-342/96) rientra nella nozione di aiuto laddove risulti (attra-

Questo tipo di interventi divengono viceversa ammissibili laddove sono resi necessari per consentire alle imprese, come s'è visto, di fare fronte agli obblighi di servizio pubblico loro imposti (57). E sono altresì ammissibili laddove rientrano in una delle deroghe contemplate dalla normativa del Trattato; laddove realizzino i fini sociali consentiti (che vanno tuttavia a loro volta valutati caso per caso) (58).

In questa complessa disciplina, per la cui analisi ovviamente si rinvia alle trattazioni di diritto comunitario, ai lavori specialistici e ai documenti della Commissione, si inserisce la problematica in esame (non specificamente affrontata nelle trattazioni della materia) (59).

La stessa capacità di operare, da parte dei pubblici poteri, attraverso lo strumento dell'impresa pubblica a fini sociali, nel nuovo contesto ordinamentale diviene invero del tutto incerto.

In principio, come s'è ricordato, l'impresa pubblica (definita come sopra), resta una modalità di esercizio delle attività economiche del tutto compatibile con il diritto europeo, allo stesso modo che nell'ambito del diritto nazionale. Solo che ad essa non possono essere concesse posizioni privilegiate secondo il principio di cui all'art. 86, 1° parg. In ordine alle imprese pubbliche nei loro rapporti con lo Stato e agli altri pubblici poteri, il diritto europeo stabilisce soltanto gli adempimenti intesi alla «trasparenza delle relazioni finanziarie» di cui alla cit. Dirett. n. 80/723 e successive modificazioni. È da ritenere tuttavia, che in questo

---

verso un esame della situazione concreta) che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto il vantaggio «in condizioni normali di mercato; ma tale non è (come viene riscontrato nel caso di specie) questa misura, laddove risulti che la concessione del beneficio da parte dell'ente possa esser considerata uno strumento opportuno al fine «di recuperare gli importi spettatigli,... come creditore privato... che stipuli accordi con il debitore in forza dei quali i debiti accumulati saranno dilazionati o frazionati al fine di agevolarne il rimborso».

(57) Nei due casi, già citati, *Acos* (C-53/00) e *Altmark* (C-280/00) la Corte ha ammesso la legittimità di aiuti (nella forma rispettivamente di esenzioni fiscali e di sovvenzioni pubbliche) in favore di imprese operanti in determinati settori (distribuzione all'ingrosso di medicinali, trasporti pubblici urbani) perché qualificati come necessari al fine di compensare gli oneri derivanti alle imprese dal servizio pubblico.

(58) La Corte ha avuto modo di sottolineare che «il carattere sociale degli interventi statali non è sufficiente per sottrarli *ipso facto* alla qualifica di aiuti» ai sensi dell'art. 87: Corte giust. CE, C-251/97 in data 5 ottobre 1999.

(59) V. Comunicazione della Commissione in materia di aiuti regionali destinati ai grandi progetti di investimento 2002/C70/04 in *GUCE* 19 marzo 2002, c70/8; Comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 98/C74/06 in *GUCE* 10 marzo 1998, c74/9, modificata con Comunicazione 2000/C258/06 in *GUCE* 9 settembre 2000, c258/5.

contesto l'impresa pubblica debba assumere la forma della società commerciale; ch  altrimenti non si potr  evitare la violazione del cit. art. 44, 2<sup>o</sup> par. lett. g) del Trattato (la questione non   tuttavia emersa). Ma in questa forma imprese pubbliche operanti sul mercato costituiscono una presenza accettata nel diritto europeo.

Ma la presenza di imprese pubbliche nella vita economica, lo sappiano, si giustifica in genere per finalit  sociali (o per finalit  di servizio pubblico) piuttosto che per la finalit  di competere sul mercato con imprese private a scopo di profitto. Anzi questa evenienza, pur riscontrabile nell'esperienza positiva,   da ritenere eccezionale e del tutto contingente.

In particolare, i due scopi che, come si   ricordato, emergono dall'esperienza delle imprese pubbliche, sono da un lato, quello del salvataggio di imprese in difficolt , e dall'altro quello dell'intervento in settori a carattere strategico o nei quali comunque il privato non interverrebbe (perch  troppo rischiosi, perch  richiedono tecnologie eccessivamente innovative, perch  scarsamente remunerativi, e cos  via). Questi scopi possono trovare luogo sia a livello *macro*, per cos  dire, che a livello *micro*; e si traducono in vantaggi, nei confronti delle altre imprese ivi operanti, o del pubblico dei consumatori, degli utenti, nell'ambito di determinati contesti economici di dimensione nazionale ma anche di dimensione esclusivamente locale (60).

### 5.3. *Questioni aperte circa lo spazio dell'impresa pubblica nel nuovo ordinamento.*

E allora, si pone la domanda, se questo spazio di intervento pubblico nell'economia resti (almeno in parte) aperto, nel nuovo contesto ordinamentale, a seguito dell'applicazione del diritto europeo, nonch  (vorrei aggiungere) sulla base di una corretta applicazione dei principi costituzionali nazionali che regolano l'azione dei pubblici poteri (i quali spesso nella nostra passata esperienza risultano ignorati).

---

(60) Dalla siderurgia di Stato, identificata negli anni 50 come settore strategico, agli idrocarburi (v. part. G.GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, cit.) sul piano nazionale, agli impianti a fune indispensabili per le attivit  sciistiche e produttivi di sviluppo nel contesto locale, industria alberghiera, ristorazione, etc.. V. su questo punto, Comunicazione della Commissione 18 luglio 2002 in *GUCE* 18 luglio 2002, c172.

Invero, come s'è visto, le deroghe poste nell'ambito della stessa normativa di divieto di aiuti di Stato, non si riferiscono all'impresa pubblica come tale ma ad ogni tipo di intervento pubblico nell'economia, in favore di determinati soggetti, che sia tale da falsare la concorrenza; e perciò anche attraverso erogazioni finanziarie o altre facilitazioni in favore di imprese private. Interventi che sono ammessi appunto, negli stretti limiti stabiliti da quelle deroghe, interpretate e applicate attraverso i criteri notevolmente rigidi stabiliti dall'autorità comunitaria. Limiti che valgono anche per l'impresa pubblica laddove essa sia chiamata ad operare mediante criteri e modalità di azione, che integrino «aiuto di Stato» nelle varie forme previste.

Per trovare uno spazio di intervento proprio dell'impresa pubblica (e rispondere alla domanda che si è posta) occorre perciò individuare criteri e modalità di azione delle singole imprese, nel concreto, tali da non integrare dette forme di «aiuto». Per dirla in una parola, occorre che l'intervento pubblico pur ispirato a finalità sociali, avvenga secondo criteri di efficienza economica.

Gli scopi di utilità sociale tradizionalmente perseguiti attraverso l'impresa pubblica, possono senz'altro permanere; ma, al di là dello spazio consentito dalle deroghe dell'art. 87 e dalle procedure di competenza dell'autorità comunitaria, l'impresa deve rispettare criteri di efficienza economica.

L'intervento è consentito soltanto laddove abbia in se stesso (guardando cioè alle singole imprese poste ad operare per codeste finalità) una ragione economica (che si accompagni al perseguimento di quelle altre finalità). Ciò significa che l'iniziativa, valutata in tutte le sue componenti, debba essere rapportabile, almeno in astratto, a quella che un operatore privato delle stesse dimensioni potrebbe intraprendere; almeno in via di ipotesi. Altrimenti esso ineluttabilmente ricade sotto la normativa di divieto degli aiuti di Stato.

E così ad esempio, il salvataggio di imprese in difficoltà mediante investimenti di capitale pubblico (ciò che le trasforma in imprese pubbliche in senso tecnico) è ammissibile solo nella misura in cui si accompagni a precisi programmi di ristrutturazione, capaci cioè di condurre, sia pure gradatamente e in tempi lunghi, a un risultato economico positivo. L'operazione in ipotesi po-

trebbe attrarre un operatore privato dotato dei mezzi necessari; anche se questa eventualità risulta in concreto non disponibile (61).

E la costituzione di un'impresa pubblica (ad esempio, di una società a capitale pubblico maggioritario) per intervenire in un settore di rilevanza strategica in un determinato contesto socio-economico (a livello *micro*, come la realizzazione e la gestione di impianti di risalita in una località sciistica, impresa rischiosa in sé, poco appetibile per investitori privati, ma fattore indispensabile dello sviluppo dell'industria turistico-alberghiera locale; a livello macro, come la realizzazione di impianti ad altissima valenza tecnologica, rischiosi per i privati anche per il carattere fortemente innovativo e poco conosciuto dei mezzi utilizzati, ma strategico per l'indotto che promuove, per lo sviluppo dell'innovazione che la sua presenza impone alle aziende private di settori connessi etc.) sicuramente può avvenire, e anzi in determinati casi senz'altro realizza scopi di interesse pubblico che l'ente di cui si tratta legittimamente e doverosamente si prende la cura. Ma occorre che l'impresa si presenti dotata di un piano industriale, di un programma di azione, finanziario e produttivo, che possa dare luogo, sia pure in tempi assai lunghi (e perciò perigliosi per i comuni operatori privati) a una concreta possibilità di ritorno economico.

In questi termini, l'intervento pubblico nell'economia attraverso imprese, la cui costituzione e il cui operare in un determinato contesto persegue scopi di utilità sociale, risulta del tutto ammissibile, al di là delle deroghe specificamente ammesse dalla

---

(61) La categoria degli aiuti a carattere regionale sostituisce la categoria di aiuti più importante anche con riferimento alla disciplina (del tutto connessa) dei fondi strutturali (sul punto gli Orientamenti espressi nelle comunicazioni della Commissione sopra citati), dove l'esplicitazione dei criteri da seguire nella identificazione degli aiuti, interessante è la comunicazione sopra citata relativa al settore degli impianti a fune (settore del quale la presenza di imprese pubbliche da noi è assai diffusa) dove emerge il rilievo che gli impianti a fune destinati ad attività sportiva (a differenza di quelli destinati a soddisfare esigenze generali di trasporto della popolazione) non costituiscono servizi di interesse generale, nonché il rilievo che quest'attività, pur essendo territorialmente dislocata in ambiti ristretti, rappresenta ormai (data la diffusione della pratica degli sport invernali) un'attività «commerciale internazionale caratterizzata da un grado elevato di scambi intracomunitari e da una forte concorrenza». In conseguenza «il contributo dello Stato ad impianti a fune destinati ad attività sportive in stazioni turistiche di norma altera la concorrenza e incide sugli scambi intracomunitari. Tuttavia è ammesso che esistano casi di impianti con un bacino di utenza puramente locale, per cui il finanziamento pubblico non altererebbe la concorrenza né inciderebbe sugli scambi intracomunitari».

normativa europea. Possiamo affermare che esso conserva, correttamente in tal modo impostato, tutta la sua vitalità come strumento di intervento pubblico da utilizzare a fini di utilità sociale.

Ma vorrei aggiungere un'ulteriore notazione, sul punto; questa tutta di diritto interno. L'utilizzo di imprese pubbliche per scopi di politica sociale, al di fuori di ogni criterio di efficienza economica (secondo prassi da noi già in uso), al di là dei profili di diritto europeo che abbiamo esaminato, viene a configurare una violazione dei principi di economicità e sana gestione finanziaria, che limitano l'attività dei pubblici poteri nel suo complesso; violazione che, com'è noto, dà luogo, ove se ne verifichino i presupposti, ad azione di responsabilità per danni nei confronti dei pubblici amministratori che l'iniziativa hanno promosso (62).

Si tratta di casi ricorrenti nella giurisprudenza della Corte dei conti, anche recente, che imputa alla responsabilità dell'amministratore (condannandolo al ristoro dei relativi danni) la scelta di avviare un'attività di imprenditoriale, addossandone ovviamente i costi e il rischio in capo all'ente, senza previa e documentata valutazione delle possibilità di rientro economico che l'intrapresa consenta.

Insomma, è da ritenere che anche nel nostro ordinamento interno, secondo i predetti principi tradizionalmente vigenti, alla formazione e all'utilizzazione di imprese pubbliche (dominate perciò dai pubblici poteri), anche per scopi di politica sociale, possa provvedersi soltanto nell'ambito di un contesto di efficienza economica. Altrimenti la violazione dei principi di economicità e sana gestione finanziaria, che si realizza a fronte dei costi e delle perdite prodotte dall'impresa avviata, appare evidente; e l'azione di responsabilità per danni inevitabile.

In proposito, occorre invero notare, che la prassi dell'intervento pubblico nell'economia da noi in molti casi seguita nei passati decenni imprese pubbliche del tutto al di fuori da criteri di efficienza economica, sia avvenuta in violazione di codesti principi, spesso ignorata o trascurata dalle istituzioni responsabili.

---

(62) Sull'azione di responsabilità per danni erariali, v. per tutti F.G. COCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997; V. CERULLI IRELLI, *La posizione costituzionale della Corte dei conti tra funzioni di controllo e giurisdizione*, in «Atti del 51° Convegno di Studi Amministrativi», Varenna, 2005.

Il contrasto di queste prassi con il diritto europeo, in ordine alla normativa di divieto degli aiuti di Stato, è più incisivo rispetto al contrasto con i principi di diritto interno; in quanto investe direttamente la legislazione (trattandosi di principi, com'è noto, che vincolano direttamente il legislatore).

Mentre in diritto interno le scelte legislative sotto questo punto di vista restano più difficilmente sindacabili non essendo espresso chiaramente in Costituzione il principio di economicità dell'azione dei pubblici poteri; mentre l'esercizio dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti (nel cui ambito cognitivo i principi di economicità e sana gestione finanziaria operano nella loro pienezza) non può esplicarsi a fronte di scelte legislative (63).

---

(63) Sull'applicazione dei principi di economicità e sana gestione finanziaria nell'ambito delle funzioni giurisdizionali di controllo della Corte dei conti (delle quali da ult., ho cercato di definire l'assetto complessivo alla luce dei principi costituzionali in *La posizione costituzionale della Corte dei conti tra funzioni giurisdizionali e funzioni di controllo*, cit.), v. in giurisprudenza, Corte conti, Calabria, 25 gennaio 2006 n. 109; Corte conti, Veneto, 3 aprile 2000 n. 482, Corte conti, Sez. I., giur. appello, 23 settembre 2005 n. 292.

Per quanto riguarda la violazione di questi principi mediante incaute scelte legislative, in diritto interno è aperta esclusivamente la via del rinvio alla Corte costituzionale da parte della Corte dei conti, anche in sede di controllo, delle leggi che risultano emanate in violazione dell'art. 81 Cost.; ciò che rappresenta un'applicazione, ma soltanto parziale, dei principi di economicità e sana gestione finanziaria. La legge cioè può essere ritenuta costituzionalmente illegittima, sotto questo profilo, solo perché priva della necessaria copertura (rilevato questo che tuttavia può estendersi a scelte legislative attraverso le quali si consenta la costituzione di imprese senza previa adeguata valutazione dei rischi finanziari cui esse possono dare luogo e perciò senza prevedere le necessarie coperture a fronte di detti rischi).





MARIO DRAGHI

## LE ISTITUZIONI FINANZIARIE INTERNAZIONALI NELL'ECONOMIA MONDIALE (\*)

Nell'ultimo quinquennio i benefici dell'apertura dei mercati e della rimozione delle barriere agli scambi e alla mobilità internazionale dei fattori produttivi si sono progressivamente consolidati. L'economia mondiale si è espansa; i redditi pro capite sono aumentati; l'inflazione si è attestata su livelli storicamente bassi; i mercati della finanza sono stati connotati da liquidità abbondante, bassi tassi di interesse e volatilità contenuta nei prezzi delle attività finanziarie.

Nella prima metà del 2006 l'economia mondiale ha continuato a crescere a ritmi sostenuti; l'ulteriore accelerazione dei già elevati tassi di crescita ha in parte sorpreso i principali istituti di ricerca pubblici e privati, spingendoli a rivedere verso l'alto le proiezioni per il biennio 2006-2007, tranne che per gli Stati Uniti. Secondo le attuali stime dell'FMI, in linea con quelle di altri organismi internazionali e istituti privati, il PIL globale dovrebbe aumentare del 5,1 per cento nel 2006, per decelerare solo lievemente nel 2007 (4,9 per cento). Si tratta di valori di assoluta rilevanza nel raffronto storico: se le previsioni saranno convalidate dall'esperienza il quadriennio 2004-2007 risulterebbe il periodo di massima espansione globale dai primi anni Settanta del Novecento.

Nel complesso, la crescita mondiale sta divenendo più bilanciata tra le diverse aree: al rallentamento dell'economia statunitense, infatti, fanno riscontro una ripresa più robusta nell'area

---

(\*) Lettura « Alfieri » tenuta all'Università di Firenze, Facoltà di Scienze Politiche « Cesare Alfieri », 11 ottobre 2006.

dell'euro e il proseguimento della crescita in Giappone e nei principali paesi emergenti, specialmente in Cina e in India.

L'inflazione mondiale si è più che dimezzata nella seconda metà degli anni Novanta e ha continuato a ridursi negli anni successivi: tra il 2000 e il 2006 essa è scesa al 3,8 per cento. La combinazione, in anni recenti, di elevati tassi di crescita e bassi tassi di inflazione è il prodotto di numerosi fattori. Anzitutto, la qualità e la credibilità delle politiche monetarie. In secondo luogo, l'azione stessa delle banche centrali è stata agevolata dalla globalizzazione. In particolare, i profondi processi di trasformazione dell'economia cinese e l'ingresso di quel paese nel sistema mondiale degli scambi hanno concorso a moderare l'inflazione stimolando miglioramenti nella produttività dei paesi avanzati, sottoposti alla concorrenza cinese, nonché per il tramite di una minore dinamica dei prezzi dei manufatti importati e dei salari.

Sui mercati finanziari negli ultimi anni si è osservata una volatilità assai inferiore a quella dello scorso decennio. L'attuale fase è contraddistinta in particolare dal coinvolgimento simultaneo di più strumenti e mercati, interessando azioni, obbligazioni emesse da governi e da imprese, tassi di interesse a breve termine, tassi di cambio ed estendendosi dalle economie industrializzate a quelle emergenti. Alla riduzione della volatilità hanno contribuito anzitutto sviluppi strutturali nei mercati finanziari: da un lato, l'aumento della quota di attività gestite da operatori professionali quali investitori istituzionali e *hedge funds* ha accresciuto il grado di liquidità dei mercati; dall'altro, la rapida crescita dei mercati per il trasferimento del rischio ha consentito agli investitori di coprire le proprie esposizioni e allocare i rischi in modo probabilmente più efficiente che in passato. La qualità delle politiche monetarie ha fornito un apporto positivo: le banche centrali formulano oggi i loro obiettivi in modo più chiaro e trasparente, li comunicano al pubblico in modo più efficiente, attuano le decisioni di politica monetaria con maggiore gradualità. Questi profondi cambiamenti sono stati premiati da una stabilizzazione delle aspettative sull'inflazione e sui tassi di interesse a breve con effetti positivi anche sulle scadenze più lunghe.

Questo scenario favorevole non è, tuttavia, scevro da rischi: forti squilibri nelle bilance dei pagamenti, elevati livelli nei prezzi del greggio, segnali di spinte inflattive nei principali paesi avan-

zati, il rischio di un'inversione delle benigne condizioni prevalenti sui mercati finanziari internazionali.

Il disavanzo di parte corrente degli Stati Uniti ha continuato ad ampliarsi, superando quest'anno gli 800 miliardi di dollari; è possibile che continui ad aumentare nei mesi a venire. Al disavanzo hanno corrisposto l'ulteriore espansione del surplus dei maggiori paesi asiatici e la formazione di ingenti avanzi nei paesi esportatori di petrolio. L'esistenza di forti squilibri nelle partite correnti non implica necessariamente una minaccia alla stabilità del sistema economico-finanziario internazionale. Mercati finanziari spessi, liquidi e interconnessi come quelli attuali possono agevolmente consentire il finanziamento di questi squilibri. Il problema cruciale è capire se le attuali tendenze siano sostenibili e se l'aggiustamento avverrà in modo non traumatico. Gli studi e le spiegazioni finora avanzate aiutano a comprendere meglio l'origine e la persistenza di questi squilibri, ma non dimostrano che essi potranno perdurare in eterno. Secondo le stime dell'FMI, la prosecuzione di un disavanzo statunitense sui valori attuali, pari al 2 per cento del PIL del mondo, implicherebbe l'ulteriore aumento della quota di quel paese nei portafogli finanziari mondiali. Fino a qualche tempo fa, il finanziamento dello squilibrio è avvenuto accumulando passività estere rappresentate da investimenti diretti e da flussi di portafoglio azionari; più di recente, sono fortemente aumentati gli acquisti di titoli obbligazionari; un ruolo significativo è stato svolto dal reinvestimento in titoli statunitensi delle riserve ufficiali accumulate dai paesi in surplus. Il saldo dei redditi da fattori nella bilancia dei pagamenti degli Stati Uniti, tradizionalmente positivo, si è per la prima volta quest'anno invertito di segno. Anche se lo scenario più verosimile rimane quello di una correzione graduale di questi squilibri, esso presuppone la disponibilità, da parte degli investitori internazionali, di continuare ad accrescere la quota di attività statunitensi nel proprio portafoglio negli anni a venire. In caso contrario la correzione risulterebbe più brusca, con ripercussioni severe sul tasso di cambio del dollaro, sui tassi di interesse e, in ultima analisi, sulla crescita dell'economia mondiale. L'entità dei potenziali costi di aggiustamento sottolinea la necessità che i maggiori attori dell'economia mondiale partecipino tutti allo sforzo per ridurre gli squilibri correnti. Ritornerò su questo punto nell'ultima parte del mio intervento, in particolare in relazione al ruolo del Fondo monetario.

Dall'inizio dell'anno il prezzo del greggio è salito a un picco di oltre 75 dollari al barile in agosto, flettendo in modo marcato nel mese successivo fino a circa 60 dollari. L'incremento dei corsi non è imputabile a una riduzione dell'offerta. Infatti, nell'ultimo triennio questa è aumentata del 9 per cento, nonostante le riduzioni temporanee nell'estrazione di greggio e nella raffinazione di prodotti petroliferi causate dall'uragano Katrina e dai rivolgimenti geopolitici nel Medio Oriente. L'aumento è, piuttosto, principalmente attribuibile a fattori di domanda, in particolare al crescente fabbisogno energetico connesso con la rapida espansione degli ultimi anni, segnatamente quella della Cina e di altri paesi asiatici. In un contesto di bassi margini di capacità inutilizzata, e in assenza di prospettive per una forte riduzione strutturale della dipendenza petrolifera dei paesi utilizzatori, non vi è ragione per supporre che la situazione possa cambiare nel breve e medio periodo.

La crescita dei corsi petroliferi implica un trasferimento di potere d'acquisto dai paesi utilizzatori a quelli produttori di petrolio. Per questi ultimi, è importante che il miglioramento nelle ragioni di scambio sia sfruttato non solo per espandere la capacità produttiva del settore petrolifero, ma anche per diversificare la struttura dell'offerta. L'utilizzo dei maggiori ricavi per accrescere il livello dei consumi e investimenti nazionali contribuirebbe, a differenza del loro mero riciclaggio in impieghi finanziari nei paesi avanzati, a moderare gli squilibri complessivi delle partite correnti.

Nei paesi importatori di greggio, in presenza di politiche monetarie non accomodanti volte a prevenire effetti inflattivi di secondo ordine, è necessario che i salari reali e i prezzi alla produzione mantengano un appropriato grado di flessibilità, se si vuole evitare un aumento della disoccupazione e contenere la perdita in termini di prodotto. D'altro lato, la variazione nei prezzi relativi prodotta dall'aumento dei corsi petroliferi dovrebbe portare a una riduzione del consumo di petrolio e all'utilizzo di fonti alternative; questo processo non dovrebbe essere scoraggiato dai governi nazionali.

Una questione importante è se l'attuale bassa volatilità rafforzi o riduca la stabilità finanziaria. La risposta non è univoca. Da un lato, i fattori prima menzionati hanno certamente migliorato il funzionamento e la struttura dei mercati; dall'altro, la vo-

latilità contenuta, combinandosi con tassi di interesse di mercato eccezionalmente bassi, ha spinto molti investitori a ricercare rendimenti più elevati e questo può aver comportato l'assunzione di rischi eccessivi. Una seconda tipologia di rischi è connessa con la stessa sofisticatezza dei mercati: gli strumenti derivati potrebbero amplificare l'effetto di perturbazioni in periodi di stress, quando la liquidità di mercato si riduce; analogamente, gli *hedge funds* (che pure contribuiscono ad accrescere la liquidità del mercato) potrebbero amplificare la variabilità dei prezzi delle attività. In una prospettiva di più lungo termine, infine, rimane il problema di valutare se la caduta della volatilità rappresenti un fenomeno permanente o meno. Anche qualora la risposta fosse affermativa, sarebbe necessario chiedersi se gli investitori siano preparati a fronteggiare eventuali forti turbolenze di carattere persistente, che non possono essere escluse *a priori*. Se essi selezionano il proprio portafoglio sulla base di prezzi di mercato che a loro volta incorporano l'aspettativa di una bassa volatilità, questi potrebbero risultare vulnerabili a repentine revisioni di queste aspettative. In conclusione, vi è una profonda incertezza sulla natura della volatilità finanziaria.

La gravità degli squilibri internazionali nei pagamenti e l'entità dei costi di aggiustamento di tali squilibri trovano nelle istituzioni finanziarie internazionali un luogo naturale di scambio di informazioni e di stimolo all'azione.

Obiettivi, livelli e modalità della cooperazione economica internazionale sono stati profondamente influenzati dallo sviluppo di mercati finanziari privati altamente integrati. L'ambito della cooperazione è divenuto più articolato, estendendosi dal campo classico della macroeconomia e del coordinamento delle politiche economiche a quello della struttura dei mercati, della regolamentazione, delle pratiche di vigilanza, degli standard e dei codici di comportamento. Il numero di enti e organismi dedicati alla cooperazione è aumentato, riflettendo l'esigenza di una più efficiente divisione del lavoro e coinvolgendo in vario grado espressioni e soggetti appartenenti al settore privato.

Dalla nascita nel 1944 il Fondo monetario internazionale (FMI) ha ampliato la sua *membership* dagli originari 40 agli attuali 184 paesi, divenendo così la principale istituzione finanziaria multilaterale del mondo. Nel tempo, le tradizionali funzioni («sorveglianza», attività di prestito e assistenza tecnica) hanno

subito mutamenti rilevanti. La funzione finanziaria si impernia tuttora sulla originaria struttura di «cooperativa di credito» dell'FMI. In sostanza, il capitale sottoscritto dai paesi membri. (le «quote») è impiegato per erogare prestiti a membri in temporanee difficoltà di bilancia dei pagamenti. Negli anni, lo stock di credito dell'FMI ai paesi membri ha oscillato vistosamente attorno a un trend che è rimasto crescente fino all'inizio di questo decennio; i picchi nelle erogazioni testimoniano l'avvicinarsi di crisi che hanno colpito, con intensità proporzionale al crescente grado di mobilità dei movimenti di capitale, diverse categorie di paesi membri: prima quelli industriali, colpiti dai rincari del petrolio negli anni settanta, poi quelli emergenti, che hanno sofferto di crisi del debito estero negli anni ottanta, e soprattutto di turbolenze dal lato dei movimenti di capitale negli anni novanta.

La «sorveglianza» ha subito mutamenti più radicali. Fino all'inizio degli anni settanta, il Fondo aveva rappresentato il «guardiano» di un sistema monetario caratterizzato da cambi fissi, ma aggiustabili e da movimenti di capitale assai modesti; in questo contesto, la sorveglianza mirava a identificare politiche economiche coerenti con il sistema di cambi e vigilare su quelle effettivamente perseguite dai paesi membri, potendo fare ricorso a poteri sanzionatori anche ampi in caso di scostamenti. Dopo il crollo del sistema di cambi fissi, si riconobbe ai paesi membri la libertà di scegliere il regime di cambio più appropriato, mantenendo alcuni obblighi generici quali, ad esempio, il perseguimento di politiche interne «orientate alla stabilità» e l'impegno a «non manipolare» il livello del cambio a svantaggio dei partner. A dispetto di questi deboli fondamenti giuridici, l'FMI ha saputo modulare l'attività di sorveglianza secondo le circostanze dei paesi membri, esercitando un'influenza rilevante sulla loro politica economica soprattutto per le economie emergenti. Alla luce delle crisi finanziarie della fine degli anni novanta e dell'attenzione più marcata sul settore finanziario dell'economia, la sorveglianza si è estesa dal campo più tradizionale delle politiche macroeconomiche a quello dell'adozione e osservanza degli standard e dei codici di buona condotta in materia di vigilanza sul sistema bancario, di regole di mercato, di trasparenza delle informazioni statistiche.

Oggi il Fondo attraversa una crisi di identità. Alla sua radice vi è la decisa flessione, nell'ultimo triennio, nella domanda di credito da parte dei suoi tradizionali «clienti». Lo stock di prestiti

dell'FMI è sceso, in valore assoluto, ai livelli dei primi anni ottanta. È questo il risultato paradossale di un fenomeno peraltro favorevole, cioè la buona condizione dell'economia mondiale e l'assenza di crisi finanziarie. D'altro lato, negli ultimi anni i paesi emergenti hanno accumulato riserve in valuta estera, riserve che oggi superano di circa 10 volte la dimensione finanziaria del Fondo. Non sono mancate proposte, soprattutto da parte dei paesi asiatici, di utilizzare parte delle riserve per istituire nuovi «fondi monetari regionali» volti a erogare prestiti in maniera simile all'FMI.

Se la riduzione del credito avesse natura permanente, non rimarrebbe altra strada che ridimensionare drasticamente la funzione finanziaria del Fondo; le stesse attività di «sorveglianza» dovrebbero essere riformate, dal momento che l'influenza dell'FMI sui paesi si fonda anche sul suo ruolo di potenziale finanziatore.

Il fenomeno è riconducibile a fattori sia strutturali che ciclici. Fra quelli strutturali, la prevalenza di regimi di cambio flessibili, la migliorata qualità delle politiche economiche dei paesi membri, la capacità dei mercati finanziari privati di soddisfare la domanda di credito. Tuttavia, non è da escludere che l'attuale fase positiva possa interrompersi; movimenti repentini nei tassi di cambio e di interesse, aumenti del premio per il rischio potrebbero complicare la situazione debitoria di alcune delle economie emergenti.

Non si tratta, quindi, di eliminare il Fondo dall'arena delle istituzioni finanziarie internazionali, o di ridurre il suo ruolo, ma di renderlo più consono alle condizioni di un'economia globalizzata e complessa.

Due sono le direttrici di riforma fondamentali: la «missione» del Fondo e la sua struttura di governo. Circa la prima, la funzione di «sorveglianza» è tornata ad essere il baricentro della sua attività, soprattutto con riferimento a due questioni: *a*) i movimenti dei tassi di cambio delle maggiori economie, sia avanzate che emergenti; *b*) l'urgenza di contenere gli squilibri nelle bilance dei pagamenti. Su quest'ultimo fronte, il Fondo ha avviato di recente speciali consultazioni con le autorità di Stati Uniti, Giappone, Area dell'euro, Cina e Arabia Saudita, con l'obiettivo di definire e sollecitare l'adozione, attraverso uno sforzo concertato internazionalmente, di misure atte a contribuire alla riduzione di detti squilibri.



Circa il governo del Fondo, è avvertita l'esigenza di far sì che il potere di voto e di direzione dell'istituzione rifletta in modo più adeguato il mutare del peso economico dei paesi membri. Nelle recenti riunioni annuali di Singapore, si è convenuto di aumentare le quote di partecipazione al capitale sociale dell'FMI e con esse il potere di voto per i paesi oggi maggiormente sottorappresentati: Cina, Corea, Messico e Turchia. È previsto che in futuro altri paesi emergenti vedranno crescere quote e potere di voto. Sarà salvaguardata la voce effettiva dei paesi più poveri nella gestione degli affari del Fondo.

Il Foro per la Stabilità Finanziaria (FSF), istituito nel 1999 sotto l'egida del G7, riunisce in un'unica sede informale di concertazione governi, banche centrali e autorità nazionali di supervisione competenti in materia di stabilità finanziaria dei sette principali paesi, oltre all'Australia, ai Paesi Bassi, Hong Kong e Singapore. Accanto a questi siedono esponenti delle istituzioni finanziarie internazionali (FMS, Banca Mondiale, BRI, OCSE) e degli organismi di autoregolamentazione nel settore bancario, societario, assicurativo e contabile.

Il mandato del Foro è quello di: *a)* valutare gli elementi di potenziale vulnerabilità insiti nel sistema finanziario mondiale; *b)* individuare le misure più efficaci volte a fronteggiare tali vulnerabilità; *c)* favorire la coordinazione e lo scambio di informazioni fra le diverse autorità responsabili della stabilità finanziaria.

Tra gli elementi di potenziale fragilità, il Foro ha affrontato, nel corso degli anni, le tematiche relative al ruolo dei centri *off-shore*, all'operare delle istituzioni ad alta leva finanziaria, alla intensità e variabilità dei movimenti di capitale, al trasferimento del rischio di credito, alle società di riassicurazione, alle regole del governo societario e, più recentemente, all'attività degli *hedge funds*. Il Foro ha inoltre incoraggiato il processo di adozione degli standard e dei codici di condotta stabiliti in sede internazionale. Come principio generale, l'attenzione del FSF è tipicamente rivolta agli intermediari e alle infrastrutture del settore finanziario, non a singoli paesi; a problemi strutturali, finanziari e di regolamentazione anziché congiunturali, reali e macroeconomici. Il suo fine ultimo è quello di prevenire situazioni di crisi, non di prevederle o gestirle.

Nel guardare al futuro, un elemento di preoccupazione risiede nel pericolo che si modifichi l'attuale fase di bassa volatilità

nei mercati, senza che le istituzioni finanziarie siano adeguatamente preparate. Ciò è più probabile in una fase di transizione come l'attuale: diviene sempre più complesso integrare il flusso di innovazioni finanziarie nei sistemi di gestione del rischio. È quindi importante che i regolatori dispongano di informazioni accurate e tempestive sull'entità e la distribuzione dei rischi, le caratteristiche degli investitori che li sopportano, la struttura e la liquidità dei mercati, il funzionamento dei nuovi prodotti finanziari. Per assicurare una migliore comprensione dei nuovi rischi da parte delle stesse istituzioni finanziarie e far sì che esse siano attrezzate a gestirli in modo efficiente, è altresì necessario verificare la solidità dei loro meccanismi di controllo interno, nonché migliorare la raccolta di informazioni statistiche. Questo processo comporta costi che potrebbero essere considerati eccessivi qualora i fenomeni si rivelassero episodici e limitati. Il FSF può contribuire in modo decisivo a valutare costi e benefici, operando in stretta cooperazione con il settore privato.

L'accelerazione della crescita economica mondiale negli ultimi anni si inserisce in una tendenza di più lungo periodo. L'introduzione dei meccanismi di mercato, l'apertura al commercio internazionale hanno sospinto lo sviluppo di grandi paesi: dapprima Giappone, Corea, il gruppo delle «tigri» asiatiche; da ultimo Cina e India. Hanno sollevato centinaia di milioni di persone, una frazione significativa dell'umanità, da condizioni di povertà assoluta.

Perché il processo continui, è importante che l'apertura ai meccanismi di mercato e al commercio internazionale si estenda dalla produzione e dallo scambio dei beni a quelli dei servizi. I servizi finanziari presentano straordinarie potenzialità di sviluppo con benefici per i paesi emergenti che è difficile sopravvalutare.

La crescita tumultuosa di questi paesi richiede un sistema finanziario moderno che incanali i loro vasti risparmi e promuova un'efficiente allocazione del capitale; che innalzi il consumo delle famiglie e consenta loro di meglio provvedere al futuro, in assenza di una copertura efficace dei sistemi di sicurezza sociale.

La creazione di un'adeguata cornice istituzionale è una condizione necessaria per lo sviluppo di sistemi finanziari moderni. Una delle lezioni dei casi di successo della globalizzazione (come del resto degli insuccessi, che non sono mancati, in particolare nell'Africa subsahariana) è il ruolo delle buone istituzioni: garan-

tire certezza del diritto, efficienza della giustizia, onestà ed efficacia dell'amministrazione è indispensabile per promuovere lo sviluppo dell'economia in generale. Questo fattore ha un ruolo ancora più importante per il settore finanziario, che non può prosperare senza il sostegno di regole certe e condivise, di standard adeguati di condotta societaria, di sufficiente trasparenza ed efficienza dei mercati.

Assicurare queste condizioni non è un compito facile. Non è solo questione di buone leggi, ma anche, e forse soprattutto, di una loro piena applicazione. Essa richiede, in molti paesi emergenti, una trasformazione della cultura dell'amministrazione e degli stessi agenti economici. È quindi importante il ruolo dei governi dei paesi interessati: ma anche quello delle istituzioni finanziarie internazionali, nel persuadere, assistere, guidare con l'esempio.

ENRICO BONADIO

LA TUTELA DELLA « *TRADITIONAL KNOWLEDGE* »

SOMMARIO: 1. Definizione di *traditional knowledge*. — 2. Perché proteggere la *traditional knowledge*? — 3. Protezione « difensiva » della *traditional knowledge*. — 4. Protezione « positiva » della *traditional knowledge*.

1. *Definizione di traditional knowledge*.

Viene denominato come « *traditional knowledge* » quell'insieme di saperi e conoscenze che sono sviluppate e conservate dai popoli indigeni e dalle comunità rurali. Tali conoscenze vengono trasmesse di generazione in generazione, solitamente in maniera orale e sono spesso utilizzate nella realizzazione, tra gli altri, di prodotti agricoli e tessili, medicinali tradizionali, nonché nell'artigianato locale e nelle danze popolari.

Si sottolinea la duplice caratteristica di queste conoscenze, vale a dire l'*antichità* da un lato e l'*attualità* dall'altro: si tratta, infatti, di saperi « dinamici » che si trovano in costante processo di adattamento e sono basati su un corpo solido di valori e bagagli culturali profondamente radicati nella vita quotidiana dei popoli indigeni e delle comunità autoctone. Le conoscenze tradizionali non sono statiche, ma al contrario sono in costante processo di innovazione e si adattano continuamente: quindi, il fatto che siano « tradizionali » non implica che queste conoscenze debbano considerarsi « superate » (1).

---

(1) Secondo il Gruppo Africano, « *traditional knowledge includes, but is not limited to, knowledge systems, innovations and adaptations, information, and practices of local communities or indigenous communities relating to medicine or cures, agriculture, use and conservation of biological material and diversity, and other aspects of economic, social, cultural, aesthetic or other value* ». Si veda il documento del 9 marzo 2006 contenuto nel sito Internet dell'Organizzazione Mondiale del Commercio IP/C/W/370/Rev.1, 17 (disponibile all'indirizzo [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/art27\\_3b\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_e.htm)).

Una definizione «ristretta» di conoscenze tradizionali è data dall'art. 8, lett. j), della Convenzione di Rio de Janeiro sulla Diversità Biologica del 1992: «*le conoscenze, le innovazioni e le prassi delle comunità indigene e locali che incarnano stili di vita tradizionali rilevanti per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica*». Si tratta di una definizione limitata a quei saperi rilevanti per la conservazione della biodiversità.

## 2. *Perché proteggere la traditional knowledge?*

Sussistono varie ragioni per proteggere la *traditional knowledge*.

Innanzitutto, le conoscenze tradizionali possono migliorare il tenore di vita delle comunità che le sviluppano e le utilizzano. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'80 % della popolazione mondiale dipende dalla medicina tradizionale per soddisfare i propri bisogni primari di salute(2). Inoltre, proteggere queste conoscenze aiuterebbe le comunità locali che le custodiscono a mantenere tenori di vita accettabili, ad esempio aumentando la disponibilità alimentare e perseguendo obiettivi di sviluppo sostenibile.

In secondo luogo, la *traditional knowledge* può portare dei benefici all'economia degli Stati cui appartengono le comunità che la usano e conservano. Molti prodotti sono fabbricati utilizzando conoscenze tradizionali, quali ad esempio beni agricoli, biopesticidi, piante medicinali, oggetti di artigianato, cosmetici, ecc. Ebbene, tali prodotti potrebbero essere commercializzati ed esportati nei mercati ricchi dei Paesi industrializzati, garantendo consistenti ritorni economici a favore delle comunità che tali beni hanno realizzato e degli Stati di appartenenza.

Le conoscenze tradizionali, inoltre, possono contribuire alla salvaguardia dell'ambiente, e in particolare della biodiversità. A questo riguardo, si è sottolineato che la ricchezza e la diversità genetica agricola dipende in gran parte dalle pratiche e dalle conoscenze tradizionali degli agricoltori (specie di quelli situati nei Paesi in via di sviluppo), che da secoli lavorano i propri

---

(2) Come ricorda G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Earthscan, London-Sterling, 2004, 97.

terreni(3). Ebbene, codeste pratiche tradizionali sono spesso essenziali per preservare la qualità e la vitalità intergenerazionale dei raccolti e assicurare così la conservazione della biodiversità(4).

Nota infine come la *traditional knowledge* faccia parte della vita quotidiana di molte comunità indigene e autoctone e rappresenti quindi un aspetto della cultura di questi popoli. Non deve quindi essere sottovalutata la dimensione culturale delle conoscenze tradizionali.

### 3. Protezione « difensiva » della traditional knowledge.

Accade spesso che aziende o ricercatori provenienti dagli Stati industrializzati sfruttino senza alcuna autorizzazione le conoscenze tradizionali proprie di alcune popolazioni (specie di quelle situate in aree ricche di risorse genetiche) per sviluppare, brevettare e sfruttare economicamente prodotti commerciali, quali farmaci, alimenti, profumi e cosmetici(5).

---

(3) In questo senso si veda M.L. OLDFIELD e J.B. ALCORN, *Conservation of Traditional Agroecosystems*, in M.L. OLDFIELD e J.B. ALCORN (eds.), *Biodiversity: Culture, Conservation and Ecdevelopment*, Westview Press, Boulder, San Francisco and London, 1991, 37-58.

(4) A questo riguardo si veda anche M. RICOLFI, *Interface between Intellectual Property and International Trade: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement)*, in *International Conference on Intellectual Property Education and Training (New Delhi, July 11 to 13, 2001) — Collection of Papers compiled by the WIPO Worldwide Academy*, 2001, 80.

(5) Tra i casi più conosciuti di appropriazione non autorizzata di *traditional knowledge* e successiva brevettazione di prodotti o procedimenti realizzati sfruttando tali conoscenze, si ricordano i seguenti.

(i) Il caso *ayahuasca*. Nel 1986 la società *International Plant Medicine Corporation* ottenne il brevetto statunitense n. 05751 (concesso ai sensi del *Plant Patent Act* del 1930), avente ad oggetto una pianta caratterizzata dal colore rosa dei petali e derivata dalla varietà *ayahuasca*. Quest'ultima varietà è coltivata in Amazzonia attraverso metodi tradizionali che si sono conservati ed evoluti con il passare dei secoli; peraltro, la bevanda che da essa deriva è stata ed è tuttora utilizzata dalla popolazione indigena per uso medicinale e cerimoniale. La predetta società ha quindi sfruttato commercialmente il brevetto, sviluppando psicofarmaci e medicinali cardiovascolari derivati dall'*ayahuasca*. Il brevetto è poi scaduto il 17 giugno 2003.

(ii) Il caso *curcuma*. Nel 1995 la Boliviana Università del Mississippi ottenne il brevetto statunitense n. 5.401.504 avente ad oggetto le proprietà curative di una pianta denominata *curcuma*. La *curcuma* (denominata anche *turmeric*) è una pianta coltivata nel subcontinente indiano attraverso metodi tradizionali che si sono tramandati ed evoluti con il passare dei secoli sino ai giorni nostri; peraltro, la radice arancione di tale pianta si utilizza da secoli per la cura di slogature e lacerazioni muscolari e infiammazioni. Il brevetto fu poi invalidato nel 1998 dall'ufficio brevetti statunitense a seguito della richiesta di riesame avanzata dal *Council of Scientific and Industrial Research (CSIR)* — ente di ricerca indiano — che riuscì a dimostrare

Come «difendersi» quindi da queste attività di appropriazione non autorizzata (e spesso non ricompensata) di conoscenze tradizionali e successiva brevettazione di prodotti basati su queste ultime?

Una soluzione che è stata proposta è quella di imporre a chi depositi un brevetto relativo ad altrui *traditional knowledge* l'obbligo di divulgare l'origine della stessa. Tale divulgazione aiuterebbe gli uffici brevetti nel valutare il requisito della «novità» dell'invenzione di cui si chiede la brevettazione e inoltre permetterebbe ai titolari di tali conoscenze — una volta divenuti consapevoli dell'appropriazione non autorizzata — di opporsi alla concessione del brevetto e quindi alla privatizzazione della propria *traditional knowledge*.

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di organizzare e compilare banche dati relative alle conoscenze tradizionali. Tali banche dati avrebbero, anch'esse, la funzione di aiutare gli uffici brevetti nell'esame dei requisiti della «novità» e dell'«originalità» dell'invenzione: in particolare, servirebbero a svelare se l'invenzione è stata realizzata sfruttando indebitamente una *traditional knowledge* propria di una data comunità e a confermare eventualmente che la stessa non è meritevole di tutela brevettuale (6).

---

che la pianta in questione era utilizzata in India da moltissimo tempo per curare vari tipi di malattia e che conseguentemente il brevetto in parola non soddisfaceva il requisito della novità: in particolare, il CSIR aveva allegato e prodotto nel procedimento di riesame ben 32 documenti (alcuni dei quali scritti nelle lingue Hindi, Sanscrito e Urdu) attestanti l'antecedente utilizzo della polvere di *curcuma* a scopi curativi.

(iii) Il caso *neem*. Nel 1994 la multinazionale agrochimica di New York *W.R. Grace* e il governo statunitense ottennero il brevetto europeo n. 0436257 B1 avente ad oggetto un metodo per il controllo dei funghi sulle piante mediante un olio idrorepellente estratto dall'albero di *neem* (tale albero cresce da millenni nel sub-continente indiano ed il suo olio è stato ed è sfruttato sia in agricoltura — come repellente per insetti e parassiti — sia in medicina, in veterinaria e nella preparazione di prodotti per l'igiene e la cosmesi). Contro la concessione del brevetto è stata presentata opposizione, sostenendosi che la proprietà fungicida degli estratti dei semi di *neem* ad effetto repellente fosse nota da secoli in India, ove veniva impiegata su larga scala con metodi tradizionali, sia per il trattamento delle malattie dermatologiche, sia per proteggere le colture dalle infezioni micotiche. Nel maggio del 2000 la Divisione d'Opposizione dell'UEB accolse l'opposizione e revocò il brevetto evidenziando che l'invenzione rivendicata difettava dei requisiti della novità e dell'attività inventiva (la pronuncia è stata poi confermata nel marzo del 2005 all'esito del procedimento di appello instaurato dai titolari del brevetto revocato).

(6) Di tali tematiche si sta discutendo in diversi *fora* internazionali, tra i quali l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI), l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e la Conferenza delle Parti della Convenzione sulla Diversità Biologica. In particolare, sono i Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati ovvia-

Un'ulteriore proposta è quella di approntare sistemi normativi *ad hoc* che prevengano, reprimano e sanzionino gli atti di appropriazione non autorizzata della *traditional knowledge*. Al riguardo, si è detto che le leggi nazionali dovrebbero essere libere di disporre rimedi civilistici (quali la previsione di un risarcimento danni e un ordine di inibitoria dall'ulteriore utilizzazione) o penalistici, nonché di offrire alle comunità in questione il diritto di esercitare e far valere in giudizio i propri diritti (7).

In dottrina ci si è posti inoltre la seguente domanda (8). La protezione difensiva potrebbe essere invocata contro gli atti di appropriazione indebita di *traditional knowledge* indipendentemente da un'utilizzazione commerciale della stessa?

A questa domanda si è risposto sottolineando che — quando anche i titolari della *traditional knowledge* non abbiano alcun interesse nello sfruttamento commerciale della stessa — cionondimeno la predetta appropriazione violerebbe i «diritti culturali» delle comunità sulle proprie conoscenze (9). Questa categoria di diritti è stata studiata da L.V. Prott, il quale identifica un insieme di diritti individuali e collettivi che potrebbero essere descritti come «*cultural rights*» e la cui tutela può essere garantita dalle normative internazionali (10). Tra questi vi sono il diritto di protezione delle opere artistiche, letterarie e scientifiche (l'unico di carattere individuale), il diritto a sviluppare una propria cultura, il diritto al rispetto dell'identità culturale (11), il diritto delle minoranze al rispetto delle proprie tradizioni e lingue, nonché il di-

---

mente più sensibili alla tematica della *traditional knowledge* — ad avanzare le anzidette proposte.

(7) Si veda C. CORREA, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge*, Quaker United Nations Office, Geneva, 2001, 18.

Si veda, in particolare, il caso australiano *Milpurruru/Indofurn Pty Ltd.* del 1995, in cui un apposito *trust* in rappresentanza di alcuni artisti aborigeni deceduti (i cui disegni erano stati sfruttati indebitamente da un'azienda) ha preso parte al processo invocando la violazione del *copyright*.

(8) Così G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, cit., 116.

(9) Così G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, cit., 116.

(10) Si veda L. V. PROTT, *Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law*, in J. CRAWFORD (ed), *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, 93-106.

(11) Nel sopraccitato caso *Milpurruru/Indofurn Pty Ltd.* il giudice australiano ha concesso agli artisti aborigeni «copiati» un risarcimento finalizzato a ristorare il pregiudizio sofferto «*nel proprio ambiente culturale*». In questo caso, in sede di quantificazione dei danni sono stati applicati il diritto aborigeno e quello consuetudinario.



ritto dei popoli a non vedersi imposta una cultura differente dalla propria.

#### 4. *Protezione «positiva» della traditional knowledge.*

Si discute se la *traditional knowledge* possa godere anche di una tutela positiva *per se* e quindi essere protetta, direttamente o indirettamente, attraverso gli strumenti tipici della proprietà intellettuale ovvero mediante sistemi di tutela *sui generis* (12). In ogni caso, entrambe queste forme di protezione dovrebbero avere la funzione di riconoscere la sovranità delle comunità sulle proprie conoscenze tradizionali o quanto meno garantire compensi o risarcimenti in caso di utilizzazione non autorizzata delle stesse.

A questo riguardo sono state avanzate diverse proposte e sperimentato alcune soluzioni. Tuttavia, sino ad oggi sono pochi gli Stati che hanno predisposto ed applicato sistemi di tutela *ad hoc*.

##### (i) *Il brevetto.*

Alcuni hanno proposto di tutelare la *traditional knowledge* tramite il brevetto per invenzione.

Il brevetto potrebbe coprire, ad esempio, un peculiare metodo di produzione alimentare creato ed utilizzato da una determinata comunità in una data zona.

Vi sono però alcuni ostacoli alla brevettazione delle conoscenze tradizionali.

Innanzitutto, la *traditional knowledge* è di norma creata e conservata da gruppi di persone e non da un singolo soggetto, trattandosi quindi di conoscenze «collettive». Per converso, l'invenzione brevettabile è di norma un *quid* nuovo che viene creato da una singola persona (13). In realtà tale argomentazione può essere agevolmente confutata, facendo notare come molte invenzioni brevettabili d'oggi giorno sono ottenute da *equipe* di scienziati e sono quindi da considerare anch'esse «collettive» (basti pensare a molte invenzioni biotecnologiche realizzate in laboratorio). In ogni caso,

---

(12) Anche queste tematiche sono attualmente studiate ed approfondite dall'OMPI e dall'OMC.

(13) Così G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, cit., 104.

noto come le conoscenze tradizionali in alcuni casi siano attribuite a, e rivendicate da, singole persone fisiche. Si vedano, ad esempio, le moltissime innovazioni e conoscenze tradizionali menzionate nella banca dati dell'ente indiano *Honey Bee Network*: come è stato affermato, «*the Honey Bee database has more than 10,000 innovations with name and addresses of the innovative/creative communities and/or individuals along with the name of the communicators through whom we have learned these innovations*» (14).

Un ulteriore ostacolo alla brevettazione della *traditional knowledge* è rappresentato dai costi, molto alti, che essa richiede. Ad esempio, l'intera procedura di brevettazione (fino alla registrazione finale) negli Stati Uniti costa di media 20.000 \$, senza contare il fatto che spesso il brevetto deve essere difeso in giudizio dalle imitazioni, ciò che richiede ulteriori sforzi finanziari: ebbene, tali esborsi economici difficilmente possono essere sostenuti da comunità indigene.

(ii) *Il segreto industriale o commerciale.*

In genere, l'esclusiva all'utilizzazione di un prodotto o procedimento innovativo può essere garantita, non solo dal brevetto, ma anche dal c.d. «segreto».

L'innovatore, infatti, può cercare di tenere nascosta al mondo esterno la struttura della sua innovazione, in modo da impedire che terzi possano copiarla e così assicurarsi un'esclusiva di fatto. Le informazioni e conoscenze segrete vengono tutelate in molti Stati applicando le norme repressive della concorrenza sleale.

Ebbene, in linea di principio anche la *traditional knowledge* potrebbe essere tutelata mediante le norme sul segreto.

Ad esempio, in Ecuador è stato avviato un progetto sperimentale finanziato dalla Banca Interamericana per lo Sviluppo, progetto denominato «*Transformación de Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*» e volto — per l'appunto — alla protezione della *traditional knowledge* tramite il segreto. In particolare, l'organizzazione non governativa *Ecociencia* si è incaricata di documentare le conoscenze botaniche di alcuni gruppi indigeni dell'Ecuador che erano rimaste segrete e di registrarle in banche

---

(14) Così A.K. GUPTA, *Making Indian Agriculture More Knowledge Intensive and Competitive: The Case of Intellectual Property Rights*, *Indian Journal of Agricultural Economics*, vol. 54, no 3, 342-369.

dati riservate. Secondo lo schema che è stato predisposto, qualora una società richieda di sfruttare una conoscenza tradizionale registrata nelle banche dati, detta società dovrebbe impegnarsi contrattualmente a ripartire i benefici con le comunità che custodiscono tali pratiche segrete. Pare che alcune società abbiano dimostrato interesse ad accedere alle predette banche dati (15).

(iii) *Il marchio di certificazione.*

Alcune legislazioni prevedono l'istituzione di marchi che attestano e certificano la presenza in determinati prodotti di precise caratteristiche qualitative (16). Questi marchi, quindi, hanno il pregio di convogliare un messaggio positivo presso il pubblico dei consumatori, i quali dovrebbero per ciò essere indotti a preferire i prodotti contrassegnati da questi segni.

Questi marchi di certificazione potrebbero essere utilizzati per tutelare i prodotti fabbricati mediante conoscenze tradizionali, fornendo quindi a queste ultime una tutela indiretta.

Ad esempio, negli Stati Uniti l'ente *Intertribal Agriculture Council* concede il diritto di utilizzare il marchio «*Made by American Indians*» a quelle tribù, o altri soggetti all'interno di queste, che realizzano prodotti agricoli con metodi tradizionali (17).

(iv) *Le denominazioni di origine geografica.*

Anche i marchi di origine geografica (quali, ad esempio, le denominazioni di origine protetta) attestano un livello qualitativo dei prodotti che contraddistinguono. Le fonti normative internazionali e comunitarie hanno affidato a questo tipo di segno il compito di individuare qualità che trovano la propria ragione nei fattori ambientali (suolo, clima) e/o umani (tradizioni di lavorazione) specifici di una certa area geografica (18). Si pensi, ad

---

(15) Sul progetto in questione si veda J. H. VOGEL (ed), «*The Biodiversity Cartel: Transforming Traditional Knowledge into Trade Secrets*», CARE, Proyecto SUBIR, Quito, November 2000.

(16) Si veda in proposito M. RICOLFI, *I segni distintivi - Diritto interno e comunitario*, Giappichelli, Torino, 1999, 196.

(17) L' *Intertribal Agriculture Council* è stato fondato nel 1987 con la finalità di promuovere e valorizzare le risorse agricole degli Indiani d'America. Per saperne di più si visiti il sito web all'indirizzo <http://www.indianaglink.com/>.

(18) Così M. RICOLFI, *I segni distintivi*, cit., 197.

esempio, a molti prodotti alimentari, che recano i marchi Prosciutto di Parma, Champagne, Roquefort, ecc.

Ora, è evidente che concedere il diritto di utilizzare una data denominazione geografica (diritto che viene di norma attribuito solo a quei soggetti che risiedono nell'area di riferimento) costituisce anche un riconoscimento dell'importanza delle conoscenze tradizionali utilizzate nella realizzazione dei relativi prodotti. Si fornisce quindi a tali conoscenze una tutela indiretta (19).

(v) *Il disegno ornamentale (industrial design)*.

Si è anche proposto di proteggere alcuni prodotti realizzati attraverso conoscenze tradizionali mediante il c.d. *industrial design* (ad esempio, nel settore tessile e nell'artigianato). Con tale diritto di proprietà intellettuale si tutela quel prodotto che conferisce ad un oggetto un particolare ornamento, sia per la forma, sia per una peculiare combinazione di linee e colori.

Ora, molte comunità locali fabbricano prodotti (tessili, d'artigianato, ecc.) utilizzando particolari tecniche e conoscenze tradizionali, talché con la concessione di tale privativa si riconosce implicitamente la rilevanza di siffatte tecniche e conoscenze e si fornisce alla stesse una tutela indiretta.

(vi) *Il diritto d'autore*.

In certi casi si sono applicate le norme sul diritto d'autore per proteggere alcune opere o lavori tradizionali, quali ad esempio danze, musiche, disegni tipici, ecc. (20). Questa particolare categoria di *traditional knowledge* viene spesso denominata «folklore».

A questo riguardo, l'UNESCO e l'OMPI hanno adottato nel 1982 il *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* (21), con cui si propone l'adozione di una tutela (del diritto d'autore) *sui generis*.

---

(19) Talvolta si sono verificati episodi (anche piuttosto clamorosi) di imitazione di denominazioni geografiche originariamente utilizzate in Paesi in via di sviluppo: si vedano, ad esempio, i casi di imitazione delle denominazioni *Basmati* (si tratta di un tipo di riso coltivato in alcune aree dell'India e del Pakistan) e *Darjeeling* (si tratta del *thè* originario dell'omonima regione indiana).

(20) Un Paese molto attivo sotto questo profilo è l'Australia.

(21) Si può trovare questo documento all'indirizzo Internet <http://www.wipo.int/tk/en/documents/pdf/1982-folklore-model-provisions.pdf>.

Diversi Paesi, poi, hanno esteso la normativa sul diritto d'autore alle opere del *folklore* (la Tunisia nel 1967, la Bolivia nel 1968 e il Kenia nel 1975).

(vii) *Sistemi di tutela sui generis.*

La *traditional knowledge*, inoltre, potrebbe essere tutelata mediante sistemi di protezione *sui generis*.

Varie proposte sono state avanzate al riguardo.

Alcuni prediligono sistemi di tipo «proprietario», in cui al titolare della *traditional knowledge* sia concesso il diritto di rifiutare e autorizzare l'accesso alle proprie conoscenze, nonché di determinare le condizioni di detto accesso (22).

Altri, invece, preferirebbero adottare forme di tutela — per così dire — «obbligatoria», in virtù delle quali in linea di principio l'utilizzo di queste conoscenze dovrebbe essere permesso, residuando solo l'obbligo *ex post* di pagare il compenso per tale uso (c.d. «*use now, pay later*» (23)). Peraltro, si sostiene che quest'ultima forma di protezione ben si attaglierebbe alla natura della *traditional knowledge*. Si deve infatti considerare che una buona parte di questi saperi è «conosciuta» anche in Paesi diversi da quelli ove si sono sviluppati, ciò che ne potrebbe rendere agevole l'appropriazione: è quindi evidente che un sistema di tipo proprietario a tutela della *traditional knowledge* — quand'anche fosse previsto — non sarebbe particolarmente adatto a reprimere gli atti di appropriazione non autorizzata. A questo riguardo, invece, una risposta più pragmatica sarebbe data dai sistemi di protezione «obbligatoria», in cui — come si è appena visto — l'uso delle conoscenze tradizionali è tendenzialmente consentito, residuando in capo all'utilizzatore l'obbligo di indennizzare i titolari.

---

(22) Un sistema del genere è stato adottato dal Perù nel 2002. Più precisamente, il *Régimen de Protección de los conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas* si pone l'obiettivo di tutelare le conoscenze tradizionali collettive dei popoli indigeni del Perù, con particolare riferimento alle proprietà delle risorse biologiche. Inoltre, i soggetti che desiderano accedere a codeste conoscenze devono richiedere il previo consenso informato dei titolari e — qualora l'utilizzazione sia di tipo industriale e porti alla realizzazione di prodotti commerciali — è anche richiesto il pagamento di una somma determinata, nonché di una *royalty* pari allo 0,5% del valore delle vendite (da destinarsi ad un apposito Fondo per lo Sviluppo dei Popoli Indigeni).

(23) Così G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, cit., 117.

SERENA CRESPI

## **SPUNTI DI RIFLESSIONE A MARGINE DEI NUOVI ORIENTAMENTI IN MATERIA DI CALCOLO DELLE AMMENDE PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 81 E 82 DEL TRATTATO CE**

SOMMARIO: I. Introduzione. — II. La politica delle ammende della Commissione dagli albori all'adozione degli Orientamenti del 1998: *a)* Il periodo precedente l'adozione degli Orientamenti del 1998; *b)* Gli Orientamenti del 1998. — III. Analisi critica degli Orientamenti del 1998. — IV. I nuovi Orientamenti in materia di calcolo delle ammende.

### *I. Introduzione.*

Il 28 giugno 2006 la Commissione europea ha adottato i nuovi Orientamenti in materia di calcolo delle ammende da infliggere a quelle imprese o gruppi d'impresa che contravvengano alle disposizioni del Trattato in materia antitrust(1). Quello che la Commissione sembra aver presentato come una semplice modifica delle regole applicabili in materia(2) costituisce in realtà una profonda revisione del sistema sanzionatorio. In particolare, l'applicazione del nuovo testo porterà a un abbandono, almeno in parte, della metodologia di calcolo delle ammende applicata negli ultimi otto anni in base ai precedenti Orientamenti del 1998(3).

---

(1) Comunicazione della Commissione intitolata «*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003*», testo pubblicato in *GUUE* C 210 del 1° settembre 2006, p. 2-5 (in prosieguo, i «nuovi Orientamenti»).

(2) Comunicato stampa della Commissione IP/06/857 del 28 giugno 2006 «*Concurrence: la Commission modifie les lignes directrices pour le calcul des amendes dans les affaires antitrust*» pubblicato sul sito della Commissione europea.

(3) Comunicazione della Commissione intitolata «*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del Trattato CEECA*», pubblicate in *GUCE* C 9, del 14 gennaio 1998, p. 2 (in prosieguo, «Orientamenti del 1998»).

Il testo si distingue anche — meritando quindi particolare attenzione da parte degli operatori economici — per l'ulteriore inasprimento delle sanzioni al quale sembrerebbe dover condurre. Nell'introdurre i nuovi Orientamenti, la Commissione ha infatti sottolineato l'esigenza di fissare l'importo delle ammende a un livello sufficientemente dissuasivo, al fine di meglio garantire sia la repressione che la prevenzione delle infrazioni agli articoli 81 e 82 CE (c.d. effetto dissuasivo particolare e generale).

Prima di analizzare la nuova metodologia di calcolo, è necessario, al fine di ben comprenderne la portata e l'impatto, ripercorre l'evoluzione che ha caratterizzato l'azione sanzionatoria della Commissione in materia antitrust.

## II. *La politica delle ammende della Commissione dagli albori all'adozione degli Orientamenti del 1998.*

### a) *Il periodo precedente l'adozione degli Orientamenti del 1998.*

Prima del 1998, l'attività della Commissione quanto alla fissazione delle ammende si contraddistingueva per il vasto «spazio di manovra» concessole. L'unico limite era, infatti, rappresentato dai parametri fissati — in modo assai generico — dal secondo comma dell'art. 15 del regolamento 17/62 relativamente, da un lato, all'importo massimo della sanzione, e dall'altro, ai criteri di calcolo della stessa (4). Sotto quest'ultimo profilo, il regolamento si limitava a stabilire che il calcolo dell'ammenda dovesse essere effettuato in funzione dei criteri della gravità e della durata dell'infrazione, senza fornire al riguardo ulteriori elementi di specificazione. Quanto al primo aspetto, il predetto articolo prevedeva che l'importo finale dell'ammenda da infliggere a una impresa che avesse partecipato in modo intenzionale o anche solo per negligenza alla violazione degli articoli 81 o 82 CE, non potesse in al-

---

(4) Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962, n. 17, pubblicato in *GUCE*, n. 13, del 21 febbraio 1962, p. 204 (oggi sostituito dall'art. 23, secondo comma, lettera a) del regolamento 1/2003). In merito, A. FRIGNANI, M. WELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 483-486; A. BLASI, F. MUNARI, *Commento all'art. 87 del Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004, p. 566-567; L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 321-328; E. MOVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, p. 103-105; V. KORAH, *An Introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, 2004, p. 230-240; M.-A. FRISON-ROCHE; M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, 2006, p. 265-271.

cun caso superare il limite del 10% del fatturato realizzato durante l'esercizio sociale precedente (5). È chiaro come la fissazione di tale tetto mirasse (e miri tuttora) a evitare che le ammende comminate fossero sproporzionate rispetto alle dimensioni dell'impresa oggetto della misura sanzionatoria (6), costituendo così una concreta estrinsecazione, nell'ambito del diritto della concorrenza, del più generale principio di proporzionalità, al rispetto del quale, com'è ben noto, l'intera attività della Comunità deve attenersi (7).

Tali parametri sono inoltre stati oggetto di un'interpretazione da parte del giudice comunitario molto favorevole alla Commis-

---

(5) Con la sentenza *SA Musique Diffusion Française e.a./Commissione*, la Corte di giustizia ha chiarito che tale limite del 10% deve essere inteso come relativo al fatturato globale dell'impresa considerata, pur potendo (e non dovendo) la Commissione, nel determinare l'importo dell'ammenda da infliggere ad una certa società, tenere in considerazione anche il fatturato della stessa impresa nel mercato rilevante. Se, infatti, il fatturato globale è atto a dare un'indicazione, seppur approssimativa, dell'importanza e dell'influenza delle imprese considerate, quello relativo al solo mercato rilevante è, invece, indicativo del peso relativo dell'impresa stessa, ossia del peso dell'impresa nel solo settore di mercato interessato dall'infrazione in esame. Così, sentenza della CG del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion Française e.a./Commissione*, c.r. 100 e 103/80, *Racc.*, p. 1825, punto 121. Per un commento in merito a tale pronuncia, E. MOAVERO MILANESI, *La disciplina delle ammende nel diritto comunitario della concorrenza: spunti e riepilogo a proposito di una sentenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. indust.*, 1983, n. 4, p. 387-430. Tale interpretazione è stata peraltro confermata in successive pronunce della Corte, quali, la sentenza del 9 novembre 1983, *Michelin/Commissione*, causa 322/81, *Racc.*, p. 3461, punto 111 e, più di recente, la sentenza del 28 giugno 2005, *Dansk Rorindustri e.a./Commissione*, c.r. C-189/02, C-202 a 208/02 e 213/02, *Racc.*, p. I-5425, punto 243.

(6) Una «moderazione» dell'importo delle ammende troverebbe anche giustificazione alla luce delle finalità stesse della politica di concorrenza. Potrebbe infatti sembrare paradossale che l'applicazione delle regole antitrust, attraverso l'imposizione di sanzioni troppo severe, portasse all'indebolimento della struttura concorrenziale a seguito del fallimento, e quindi dell'uscita dal mercato di operatori sanzionati. A proposito, si veda G. ROCCA, *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, 2003, p. 5, reperibile sul sito <http://ec.europa.eu/comm/competition/Speeches/text/Sp20030044ff.pdf>. Su altre conseguenze, economiche e sociali, indesiderabili di una politica della concorrenza eccessivamente repressiva, W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 2006, vol. 29, n. 2, p. 183 ss. Alcuni autori sono invece del parere che tale tetto limiti l'efficacia deterrente della politica sanzionatoria della Commissione e andrebbe quindi innalzato per poter comminare delle sanzioni maggiormente deterrenti (anche perché per il momento le altre conseguenze di una violazione del diritto antitrust — e in particolare le azioni per risarcimento — sono piuttosto limitate). Così, F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 499-595.

(7) Il solo rispetto del limite del 10% peraltro non garantisce il rispetto del principio di proporzionalità. In forza di tale principio, infatti, dovrebbe sussistere anche una correlazione tra l'importo dell'ammenda comminata, da un lato, e la gravità della violazione, la dimensione dell'impresa interessata e la sua responsabilità nella violazione, dall'altro. Così, H.J. FREUND, *Application of General Principles of Community Law in the Review of Commission Decision on Fines by the Community Courts*, in *ERA-Forum*, 2006, vol. 1, p. 43; I. VAN BAEL, *Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law*, in *Eur. Com. Law Rev.*, 1995, vol. 16, n. 4, p. 238.



sione. Trattandosi di una materia che dà luogo a complesse valutazioni economiche, la costante giurisprudenza comunitaria ha, infatti, riconosciuto alla Commissione un margine di discrezionalità particolarmente ampio per quanto riguarda innanzitutto la scelta degli elementi da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione dei criteri della gravità e della durata, rilevando in particolare che tale operazione va effettuata «in funzione di un gran numero di elementi, quali le circostanze proprie del caso di specie, il contesto in cui si inserisce e l'efficacia dissuasiva delle ammende, e ciò senza che sia stato redatto un elenco vincolante e esauriente dei criteri da tenere in considerazione» (8). Riguardo poi al *quantum*, alla Commissione era stata praticamente data carta bianca con il riconoscimento del suo pieno potere d'innalzare — nel rispetto ovviamente del limite massimo del 10% — il livello generale delle ammende qualora ciò fosse richiesto dalla non meglio definita «efficace applicazione delle norme comunitarie della concorrenza». Ne conseguiva in particolare, che operatori economici coinvolti in un procedimento antitrust non potevano far affidamento sull'applicazione nei loro confronti di ammende di una determinata entità, in linea con la prassi tendenzialmente seguita al momento della commissione delle presunte infrazioni, potendo sempre la Commissione, nell'ambito del suo potere discrezionale, modificare ulteriormente la propria prassi in funzione delle esigenze della politica della concorrenza (9).

Nell'ambito di tale quadro giuridico, la prassi decisionale della Commissione ha attraversato varie fasi caratterizzate sia da elementi di continuità che di discontinuità (10).

---

(8) Sentenze della Corte di giustizia del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e. a./Commissione*, c.r. C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, da C-250/99 a C-252/99 e C-234/99, *Racc.*, I-8375, punto 465; *Dansk Rorindustri*, cit., punto 243. V. anche sentenze della Corte di giustizia CE *Musique Diffusion Française*, cit., punto 120; *Michelin/Commissione*, cit., punto 111; del 17 luglio 1997, *Ferriere Nord/Commissione*, causa C-219/95, *Racc.*, p. I-4411, punto 33; del 29 giugno 2006, *Showa Denko KK/Commissione*, causa C-289/04, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 36. Per un commento in dottrina, G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza - aspetti procedurali*, Milano, 2004, p. 189. Sul potere discrezionale della Commissione, A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., p. 487-492.

(9) Sentenze della CG *Musique Diffusion Française*, cit., punto 109; del 2 ottobre 2003, *Aristrain/Commissione*, causa C-196/99, *Racc.* p. I-11005, punto 81; *Dansk Rorindustri*, cit., punto 169.

(10) Per un commento su questa prima fase della politica delle ammende, C. HARDING, *The use of Fines as a Sanction in E.E.C. Competition Law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1979, vol. 16, n. 4, p. 591-614; M. FURSE, *Article 15(2) of Regulation 17: Fines and the Commission's Discretion*, in *Eur. Comm. Law Rev.*, 1995, vol. 2, p. 110-115.

Da un lato, si è, infatti, assistito a un progressivo — ma costante — aumento dell'importo medio delle sanzioni comminate, in particolare per quanto riguarda le infrazioni più gravi, sia in termini assoluti sia in relazione al fatturato dell'impresa interessata. Mentre, inizialmente, fino cioè alla fine degli anni settanta, la politica sanzionatoria della Commissione era improntata a un approccio piuttosto benevolo (11), a partire dalla decisione *Pioneer* del 14 dicembre 1979 — vero e proprio spartiacque in materia — la Commissione, infliggendo a una delle imprese coinvolte una sanzione equivalente a circa il 4% del suo fatturato mondiale (12), ha cominciato a inasprire considerevolmente il livello delle ammende. Testimonianze di tale generale innalzamento sono le multe «record» (per l'epoca), pari rispettivamente a 139 milioni, 113 milioni e 102 milioni di ECU, inflitte nel corso degli anni novanta nelle decisioni *Cartone*, *Cemento* e *Volkswagen* (13).

La Commissione ha motivato il suo approccio più severo alla luce delle esigenze di consolidamento e di completamento del mercato unico. In tale fase dell'integrazione europea, era, infatti, essenziale reprimere comportamenti che, falsando la concorrenza, frapponevano notevoli ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali. Inoltre, dopo più di vent'anni di applicazione del diritto antitrust comunitario, gli autori delle infrazioni non potevano certo considerarsi o essere considerati non sufficientemente «informati» dell'illegittimità dei propri comportamenti.

Ma è anche probabile che il nuovo corso dell'azione repressiva della Commissione fosse dettato da più pragmatiche conside-

---

(11) L'ammenda più elevata imposta nel corso di questo periodo non superava, infatti, l'1,5 milioni di unità di conto, somma che, in termini percentuali, rappresentava soltanto l'1% del fatturato realizzato dall'impresa nel mercato interessato dalla violazione. V. decisione della Commissione del 2 gennaio 1973 nel caso *Industria europea dello zucchero* (GUCE L 140 del 26 maggio 1973, p. 17), con la quale per la prima volta veniva inflitta un'ammenda superiore a un milione d'unità di conto.

(12) Decisione della Commissione del 14 dicembre 1979, *Pioneer*, GUCE L 60 del 5 marzo 1980, p. 21.

(13) Decisioni della Commissione del 13 luglio 1994, *Cartone*, GUCE L 243 del 19 settembre 1994, p. 1; del 30 novembre 1994, *Cemento*, GUCE L 343 del 30 dicembre 1994, p. 1; del 28 gennaio 1998, *Volkswagen*, GUCE L 124, del 25 aprile 1998, p. 1. Si è così passati da un livello medio delle ammende di 61.875 ECU negli anni sessanta ai circa quattro milioni degli anni novanta. Così, M. FURSE, *Article 15(2) of Regulation 17: Fines and the Commission's Discretion*, cit., p. 114; F. GHEZZI, M. POLO, *Alcune considerazioni sugli interventi in materia di intese e di abuso nell'esperienza comunitaria e italiana*, in *L'industria*, 2001, vol. 1, p. 63-120. Del resto, tale incremento è in linea con i propositi della Commissione, espressi nel *XXI Rapporto sulla politica di concorrenza* (1992, par. 139), di avvicinarsi sempre più al livello massimo del 10% previsto dal regolamento n. 17/62.

razioni di «enforcement». Viste le non poche difficoltà riscontrate in materia probatoria nella repressione di taluni comportamenti anti-concorrenziali, si cercava, accrescendo la funzione deterrente dell'ammenda, di risolvere il problema a monte «falciando l'erba sotto i piedi» dei potenziali contravventori.

Una simile costanza non ha per contro contraddistinto il metodo di calcolo applicato dalla Commissione. Innanzitutto, nel corso degli anni, è variato il punto di partenza del calcolo dell'esecutivo comunitario, potendo essere questo ancorato a una percentuale variabile o del volume d'affari totale delle imprese interessate (14) ovvero del fatturato realizzato sul solo mercato rilevante riguardato dalla violazione (15). Sebbene fosse tendenzialmente data preferenza a quest'ultimo criterio, la Commissione si è sempre dimostrata riluttante all'idea di adottare un importo base prefissato (16). All'incertezza quanto alla determinazione del punto di partenza si aggiungeva anche quella relativa ai passaggi successivi delle operazioni di computo della sanzione dato l'approccio prevalentemente «caso per caso» seguito dalla Commissione, cosicché a circostanze attenuanti o aggravanti che avevano rivestito un'importanza determinante in una particolare fattispecie poteva essere dato un peso molto diverso in un altro caso.

E, infatti, la Commissione era frequentemente oggetto di critiche (17) per i criteri, vaghi, generici e difficilmente desumibili, utilizzati nel determinare l'importo delle ammende da comminarsi, mancanza di coerenza ritenuta tale da compromettere la

---

(14) Così, ad es., decisione della Commissione *Pioneer*, cit.

(15) V., *ex multis*, decisione della Commissione del 13 luglio 1994, *Cartone*, cit.

(16) Sul punto, v. *XIII Rapporto sulla politica di concorrenza*, 1983, paragrafo 63. Il timore era quello di rendere troppo prevedibile l'importo dell'ammenda che sarebbe stata inflitta a una impresa. In particolare, la funzione deterrente del potere sanzionatorio sarebbe stata svuotata di senso laddove le imprese, conoscendo in anticipo l'ammontare delle sanzioni riferibili alle loro violazioni, avessero avuto la possibilità di operare una valutazione dei costi-benefici tra l'ammontare dei profitti derivanti da queste ultime e quelli dell'eventuale ammenda. Così, F. ARBAULT, *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust: récents développements, perspectives d'avenir*, in *Comp. Policy Newsletter*, Summer 2003, p. 6.

(17) Così, ad es., M. REYNOLDS, *EC Commission Policy on Fines*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, Oct. 1992, p. 263-265; M. FURSE, *Article 15(2) of Regulation 17: Fines and the Commission's Discretion*, cit., p. 115; I. VAN BAEL, *Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law*, cit., p. 237-241; W.P.J. WILS, *The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, in *Eur. Law Rev.*, 1998, vol. 23, p. 256-257; D. GERARDIN, D. HENRY, *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments*, in *Global Competition Law Centre, Working Papers Series*, n. 03/05, p. 7.

trasparenza e l'equità dell'intero sistema (18). Critiche, almeno in parte, anche condivise dal Tribunale di primo grado, il quale aveva più volte auspicato che «le imprese [fossero] poste in grado di conoscere in dettaglio, mediante qualunque sistema che la Commissione [avesse ritenuto] opportuno, il metodo di calcolo dell'ammenda loro inflitta», senza che ogni volta fosse invece a tal fine necessario «proporre ricorso giurisdizionale contro la decisione della Commissione, il che sarebbe in contrasto con il principio di sana amministrazione» (19).

b) *Gli Orientamenti del 1998.*

In risposta a tali critiche, senz'altro traendo anche ispirazione dall'esperienza americana (20), la Commissione ha pubblicato il 14 gennaio 1998 gli Orientamenti in materia di fissazione delle ammende, introducendo così per la prima volta una metodologia di quantificazione delle sanzioni (21).

Come indicato nel preambolo, i principi indicati nel testo avrebbero dovuto contribuire ad assicurare la «trasparenza e il carattere obiettivo delle decisioni della Commissione» in materia, pur lasciando a quest'ultima un adeguato margine di discreziona-

---

(18) Casi simili — infrazioni dello stesso tipo, integrate nello stesso periodo e coinvolgenti gli stessi prodotti — potevano così essere oggetto di ammende di valore notevolmente diverso. Così, ad esempio, i casi *Pioneer Hi-Fi Equipment* (GUCE L 60 del 5 marzo 1980, p. 21) e *National Panasonic* (GUCE L 354 del 16 dicembre 1982, p. 28).

(19) Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *Tréfilunion/Commissione*, causa T-148/89, *Racc.*, p. II-1063, punto 142.

(20) Nel 1984, il Congresso americano ha creato un'apposita Commissione — la *United States Sentencing Commission* («USSC») —, la quale aveva avuto proprio il compito di elaborare delle linee guida quanto al calcolo delle sanzioni da infliggere a quelle imprese che violassero le disposizioni antitrust. Ciò in particolare era finalizzato, mediante una razionalizzazione della materia, a garantire una maggior uniformità della politica sanzionatoria, prima lasciata a un approccio caso per caso degli organi giurisdizionali. Tali linee direttrici entrarono in vigore il 1° novembre 1987. Per un commento al riguardo, J. JOSHUA, *Competition law enforcement. Criminalisation, cartels, leniency and class action: a look into the future*, in *Comp. Law Insight*, 12 October 2004, p. 4-5; R. RICHARDSON, *Guidance Without Guidance - A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines*, in *Eur. Comm. Law Rev.*, 1999, p. 368-369. Per un'analisi in chiave comparata dei diritti antitrust statunitense e comunitario, F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune?*, cit., p. 499-595.

(21) Per una presentazione degli Orientamenti del 1998, R. RICHARDSON, *Guidance Without Guidance - A European Revolution in Fining Policy?*, cit., p. 360-363; W.P.J. WILS, *The Commission's New Method for Calculating Fines in Antitrust Cases*, cit., p. 252-263; M.A. PEÑA CASTELLOT, *The application of the guidelines on fines: an overview*, in *Comp. Policy Newsletter*, 2000, n. 3, p. 5-11; S. MAIL-FOUILLEUL, *Concurrence: La politique communautaire en matière d'amendes*, in *Journales tribun. droit europ.*, 2002, n. 90, p. 137-143.

lità. Inoltre, almeno in linea di principio, la conquistata oggettività degli interventi della Commissione avrebbe dovuto favorire la diminuzione del numero dei ricorsi, fin ad allora quasi sistematici, promossi dalle imprese dinanzi al giudice comunitario contro le decisioni sanzionatorie.

Il carattere innovativo di tali Orientamenti risiedeva innanzitutto nella previsione di un schema di calcolo predefinito, diviso in due fasi finalizzate rispettivamente alla determinazione di un importo di base, in funzione della gravità e della durata dell'infrazione commessa (22), e alla sua successiva ponderazione in ragione di una serie di fattori ulteriori. Inoltre, tale metodo era incentrato — ed è questo un altro radicale cambiamento rispetto alla precedente prassi della Commissione — sulla figura della somma forfetaria, sganciata da qualsiasi riferimento al fatturato dell'impresa sanzionata (23).

Più specificamente, il punto di partenza dell'intera operazione di calcolo era costituito dalla fissazione di un importo in funzione della gravità delle violazioni delle regole antitrust. Al riguardo, gli Orientamenti del 1998 classificavano le infrazioni in «poco gravi», «gravi» e «molto gravi», in considerazione della loro natura, del loro impatto concreto sul mercato e dell'estensione del mercato geografico rilevante. Per ognuna delle tre categorie citate, il testo fissava delle forcelle di valori predeterminati: per le infrazioni «meno gravi», la sanzione doveva essere compresa tra 1000 e 1 milione di ECU; per quelle «gravi», l'ammontare poteva variare tra 1 milione e 20 milioni di ECU; per quelle «molto gravi», l'ammenda doveva essere superiore a 20 milioni (punto 1° A, secondo capoverso, dal primo al terzo trattino).

Nell'ambito di ciascuna di tali categorie, la forcella di sanzioni doveva consentire di differenziare il trattamento da riservare

---

(22) Criteri indicati, come si è detto, negli stessi termini anche all'art. 15, secondo comma, del regolamento n. 17/62, cit.

(23) Al riguardo, è necessario sottolineare che gli Orientamenti (punto 5°, *d*) consentivano alla Commissione, anche senza dover procedere al calcolo dell'ammenda in funzione della durata e delle circostanze aggravanti o attenuanti, di infliggere alle imprese, in taluni casi (ad. es. quadro giuridico poco chiaro) e salva una adeguata motivazione nella decisione, un'ammenda simbolica pari a 1000 ECU. Ammende simboliche sono state inflitte, ad es., con le decisioni del 20 luglio 1999, *1998 Football World Cup*, GUCE L 5 dell'8 gennaio 2000, p. 55; del 25 luglio 2001, *Deutsche Post AG - Interception of Cross-Border Mail*, in GUCE L 331 del 15 dicembre 2001, p. 40. Solo per alcune parti in causa, nella decisione del 5 luglio 2000, *Nathan-Bricolux*, GUCE L 54 del 23 febbraio 2001, p. 1.

alle imprese tenendo conto di una serie di elementi, quali la natura delle infrazioni commesse e l'effettiva capacità economica degli autori della violazione di arrecare un danno consistente ad altri operatori, in particolare ai consumatori (punto 1° A, terzo e quarto capoverso). Inoltre la Commissione avrebbe potuto anche considerare il fatto che le «imprese di grandi dimensioni quasi sempre dispongono di conoscenze e infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere di infrazione del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto della concorrenza» (punto 1° A, quinto capoverso). Nel caso poi di infrazioni commesse da più imprese di diverse dimensioni (cartelli), l'importo parziale da infliggere a ciascuna avrebbe potuto essere differenziato in relazione al diverso peso specifico degli operatori coinvolti (punto 1° A, sesto capoverso). È chiaro, infatti, come l'impatto sulla concorrenza di un comportamento integrante una violazione tenda a essere proporzionalmente legato alla dimensione delle imprese autrici dell'infrazione stessa. In ogni caso, l'importo parziale così calcolato avrebbe dovuto avere un carattere sufficientemente dissuasivo rispetto alla fattispecie concreta, potendo in caso contrario la Commissione aumentarlo in funzione di tale esigenza (24).

L'importo parziale così raggiunto avrebbe poi dovuto essere aumentato in funzione del fattore relativo alla durata. Al riguardo, le infrazioni erano divise in «infrazioni di breve durata» (periodi inferiori ad un anno), per le quali l'importo stabilito in funzione della gravità non doveva essere maggiorato; quelle «di media durata» (periodi da uno a cinque anni), per le quali tale maggiorazione poteva raggiungere il 50%, e quelle «di lunga durata» (periodi superiori a cinque anni), per le quali tale importo poteva essere maggiorato per ciascun anno del 10% (punto 1° B, primo capoverso, dal primo al terzo trattino).

---

(24) L'esigenza di garantire un effetto sufficientemente dissuasivo dell'ammenda ha portato, in molti casi, la Commissione ad applicare all'importo di partenza un fattore moltiplicatore dall'importo variabile determinato discrezionalmente dalla stessa. Così, ad esempio, nella decisione del 21 ottobre 1998, *Pre-insulated Pipes* (GUCE L 24 del 30 gennaio 1999, p. 1), la Commissione, ritenendo non sufficientemente dissuasivo per la società ABB l'importo di base raggiunto pari a 20 milioni di ECU, aveva provveduto ad aumentare tale importo del 2,5%, giungendo così a un valore pari a 50 milioni di ECU. Nel caso *Birra lussemburghese* (decisione del 5 dicembre 2001, GUCE L 253 del 21 settembre 2002, p. 21), invece, il fattore moltiplicatore applicato alla Interbrew era stato del 5%.

Una volta così determinato l'importo di base dell'ammenda, la Commissione poteva modularlo in funzione dell'eventuale sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti (25), nonché delle riduzioni indicate nella c.d. Comunicazione sulla cooperazione (o «*Leniency Notice*») che prevede riduzioni o non imposizione di ammende per le imprese che forniscono alla Commissione elementi di prova quanto all'esistenza di un cartello (punto 4°) (26). Peraltro, anche dopo aver effettuato i calcoli di cui sopra, era sempre ammessa la possibilità di adeguarne ulteriormente gli importi in considerazione di taluni elementi obiettivi, quali, ad esempio, il contesto economico specifico, il concreto vantaggio realizzato dagli autori dell'infrazione, le caratteristiche delle imprese in questione e la loro capacità contributiva reale (punto 5°, *b*).

(25) Rispettivamente punti 2° e 3°. In particolare, il punto 2° degli Orientamenti prevedeva una «[m]aggiorazione dell'importo di base [dell'ammenda] per circostanze aggravanti particolari quali:

- recidiva della/delle medesima/e impresa/e per un'infrazione del medesimo tipo;
- rifiuto di qualunque cooperazione o tentativi di ostruzionismo durante lo svolgimento dell'inchiesta;
- organizzazione dell'infrazione o istigazione a commetterla;
- misure di ritorsione nei confronti di altre imprese per fare rispettare le pratiche configuranti infrazione;
- necessità di maggiorare la sanzione per superare l'importo degli utili illeciti realizzati grazie all'infrazione, quando la stima di tali utili sia obiettivamente possibile;
- altre circostanze».

Il punto 3° degli Orientamenti specificava che: «Riduzione dell'importo di base per circostanze attenuanti quali:

- ruolo esclusivamente passivo o emulativo nella realizzazione dell'infrazione;
- non applicazione di fatto degli accordi o delle pratiche illecite;
- aver posto fine alle attività illecite sin dai primi interventi della Commissione (in particolare allo stadio degli accertamenti);
- esistenza di un dubbio ragionevole dell'impresa circa il carattere di infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza;
- infrazioni commesse per negligenza e non intenzionalmente;
- collaborazione effettiva dell'impresa alla procedura al di là del campo di applicazione della comunicazione del 1996 sulla non imposizione o sulla riduzione di ammende;
- altro».

(26) Comunicazione della Commissione del 18 luglio 1996 sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (*GUCE C 207* del 18 luglio 1996, p. 4), la quale è stata sostituita dalla comunicazione del 2002 (*GUCE C 45* del 19 febbraio 2002, p. 3). Per un commento al riguardo, M. MAGGIOLINO, *La nuova comunicazione della Commissione europea in materia di non applicazione delle ammende per violazioni antitrust*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 596; F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l'utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole (scritti per Guido Rossi)*, Milano, 2002, p. 869-942; F. SCIAUDONE, *Riflessioni su non imposizione e riduzione delle ammende nel diritto comunitario antitrust*, in *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino, 2003, a cura di F. CARUSO, L. SICO.

Infine, si precisava che, come previsto dal secondo comma dell'art. 15 del regolamento n. 17/62, l'ammenda così calcolata non poteva in nessun caso superare il 10% del volume d'affari mondiale delle imprese (punto 5<sup>o</sup>, a).

Ora, sebbene oggetto del presente articolo non sia un bilancio dettagliato dell'attività degli ultimi anni della Commissione in materia, è necessario sottolineare come l'applicazione degli Orientamenti del 1998 abbia determinato un incremento dell'importo delle ammende inflitte. Tale inasprimento non ha solo riguardato i cartelli — da sempre considerati le infrazioni più lesive della concorrenza — ma anche numerosi altri tipi di violazione degli artt. 81 e 82 CE. Basti pensare che l'importo totale delle ammende inflitte nell'ultimo quinquennio è pari a circa 4,2 miliardi di euro e che una delle sanzioni più elevate concerne un caso di abuso di posizione dominante: il famoso caso Microsoft (497,20 milioni di euro) (27).

Tale progressivo aumento del livello delle sanzioni si è tradotto anche in termini relativi attraverso l'imposizione di ammende che raggiungevano, o comunque si avvicinavano, molto più frequentemente rispetto al passato al tetto del 10% del fatturato globale dell'operatore sanzionato.

### III. *Analisi critica degli Orientamenti del 1998.*

L'introduzione degli Orientamenti del 1998 ha innegabilmente rappresentato un progresso rispetto alla situazione precedente. In particolare, essi hanno avuto l'indubbio merito di introdurre una certa sistematizzazione dei criteri utilizzati dalla Commissione per calcolare l'importo delle sanzioni da comminare, favorendone così la trasparenza. In particolare, la definizione di una procedura prestabilita di calcolo delle ammende ha contribuito a rendere più obiettiva l'intera attività della Commissione in materia, garantendo una maggior certezza del diritto.

---

(27) Per altri casi significativi, si vedano la decisione del 21 novembre 2001 *Cartello delle Vitamine* (GUCE L 6 del 10 gennaio 2003, p. 1) con un totale di ammenda pari a 855,23 milioni di euro, di cui 462 milioni di euro al gruppo Hoffman La Roche, reputato il maggior responsabile, e la decisione del 20 dicembre 2001, *Carta autocopiante* (GUCE L 115 del 21 aprile 2004, p. 1), con ammende a diverse imprese per un totale di 478 milioni di euro.



Ciò non toglie, tuttavia, che alcune critiche potevano essere mosse a tali Orientamenti.

Innanzitutto, occorre rilevare l'uso tendenziale di una fraseologia generica ed indeterminata, dominata da espressioni quali «in linea di massima», «in certi casi», «in determinate circostanze», «per lo più», non supportate da delucidazioni e precisazioni ulteriori, tali da chiarirne la portata (28). Una simile imprecisione lessicale caratterizzava, ad esempio, la determinazione del fattore moltiplicatore di dissuasione, nonché le distinzioni in base alla gravità tra le varie tipologie di infrazione rendendo così non certo agevole la classificazione dei comportamenti integranti una violazione delle regole antitrust nelle tre categorie delineate nel testo. Anche la determinazione del punto di partenza delle operazioni di calcolo — che avrebbe dovuto rappresentare l'aspetto di più facile determinazione in quanto fondato su somme forfaitarie — finiva in realtà per essere deludente dal punto di vista della trasparenza e dell'obiettività. In effetti, oltre ai problemi di «classificazione» appena evidenziati, non risultava chiaro quando ed in quale misura la Commissione dovesse tener conto della dimensione dell'impresa, dell'impatto sulla concorrenza del comportamento sanzionato o del carattere dissuasivo dell'ammenda. Contribuivano inoltre solo in parte ad una maggiore chiarezza le elencazioni e le precisazioni — quanto ai tipi di infrazioni integrate, ovvero in merito alla natura delle circostanze aggravanti od attenuanti — avendo queste un carattere meramente esemplificativo e non tassativo (29).

La vaghezza della terminologia utilizzata e la non esaustività delle elencazioni contenute nel testo del 1998 finivano così inevitabilmente per compromettere gli obiettivi di trasparenza e certezza del diritto perseguiti con l'adozione degli Orientamenti, favorendo il già ampio potere discrezionale della Commissione in materia. Ne è riprova forse il fatto che il volume del contenzioso

---

(28) Nella versione inglese del testo, indice della genericità del lessico utilizzato nel testo del 1998 è anche l'uso del termine «*likely*» con riferimento alla classificazione delle ammende in funzione del criterio della gravità (punto 1<sup>o</sup>A, dal primo al terzo trattino che, nell'indicare la forcella di importi applicabile a ciascuna categoria di infrazioni, si riferisce alle «*likely fines*»). Nella versione italiana, detto termine è stato tradotto con la parola «applicabile» che, invece, non sembra essere caratterizzata dallo stesso livello di genericità.

(29) Per una efficace illustrazione delle insufficienze e della scarsa completezza del testo, J.M. JOSHUA, P.D. CAMESASCA, *EC fining policy against cartels after the Lysine rulings: the subtle secrets of x*, in *The European Antitrust Review*, 2004, p. 6.

in materia non sembrava essere sensibilmente diminuito, come invece sperato, rispetto al periodo precedente il 1998 caratterizzato dall'assenza di regole codificate(30). Basti pensare, ancora, che la maggior parte delle cause in materia di cartelli verteva non tanto sull'accertamento della partecipazione o meno di una impresa a tale pratica anti-concorrenziale o sulla qualificazione di una determinata condotta quale intesa, ma proprio sull'importo stesso dell'ammenda comminata e sul metodo di calcolo a essa sotteso. Sono molte, inoltre, le sentenze del Tribunale di primo grado — confermate per lo più in appello — che hanno proceduto alla riduzione delle sanzioni inflitte dalla Commissione, rimproverando peraltro spesso a quest'ultima la non corretta applicazione dei suoi stessi Orientamenti(31). Un'altra conseguenza dei termini imprecisi nei quali erano formulate molte disposizioni degli Orientamenti potrebbe individuarsi nel fatto che la Commissione non aveva utilizzato appieno tutti gli strumenti offerti da tale testo. Ne è esempio l'uso ridotto della categoria di infrazioni «poco gravi», la quale non è stata quasi mai impiegata(32).

Tuttavia, è anche probabile che una certa dose di indeterminatezza costituisse una scelta consapevole degli autori del testo. Come più volte infatti sottolineato dalla Commissione, la necessità di garantire il carattere dissuasivo della sanzione esigeva la non completa prevedibilità dell'importo dell'ammenda da parte delle imprese, anche a scapito di una minor trasparenza e certezza, nonché a costo di un elevato numero di ricorsi avanti agli organi giurisdizionali competenti. In altre parole, si voleva evitare che gli operatori economici potessero effettuare un calcolo preventivo troppo preciso dei «costi-benefici» di una determinata infrazione del diritto antitrust(33).

---

(30) Così in materia di cartelli, su 39 decisioni adottate dalla Commissione nel periodo 1999-2004 ben 34 sono state impugnate avanti al giudice comunitario. Quanto ai risultati di tali impugnazioni nel 62% dei casi l'ammenda è stata ridotta o annullata.

(31) Per una disamina recente della giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia quanto alla riduzione delle sanzioni comminate dalla Commissione si veda, J.F. BELLIS, *Review of the Commission's Decision on Fines by the Community Courts*, in *ERA-Forum*, 2006, vol.1, p. 27-39.

(32) Uno dei rarissimi esempi d'impiego di tale categoria è fornito dal caso *Nathan-Bricolux*, cit. Secondo F. ARBAULT, *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust*, cit. p. 3, questa «sotto utilizzazione» non dovrebbe tuttavia stupire visto che la maggior parte delle infrazioni rientranti in tale categoria non avevano vocazione ad essere trattate a livello comunitario.

(33) Così, in particolare, G. ROCCA, *La politique de la Commission en matière d'a-*

Quanto poi agli effetti concreti prodotti dalla metodologia di calcolo adottata, è stato spesso evidenziato (34) come molte sanzioni inflitte alle imprese rispecchiavano solo in modo parziale le circostanze individuali di ciascuna fattispecie, e in particolare, nel caso di cartelli, la posizione relativa e il ruolo svolto dai singoli partecipanti. Il regime applicabile dal 1998 non avrebbe così sufficientemente garantito l'individualizzazione e la gradazione delle ammende, e cioè il rispetto di due principi fondamentali di ogni regime sanzionatorio.

Le ragioni sottese a tale situazione trovano origine in una pluralità di elementi. Innanzitutto nel fatto che il calcolo dell'ammenda nel suo importo di base, cuore dell'intera sanzione, fosse essenzialmente basato su un importo forfetario e cioè su una somma per sua natura scollegata dalle circostanze, soggettive ed oggettive, caratterizzanti la fattispecie concreta. In altre parole, una certa dose di automatismo e di «arbitrarietà» era, per così dire, connaturata allo stesso meccanismo di calcolo adottato, fondato su importi rigidamente prestabiliti.

E neppure gli elementi di flessibilità contenuti negli Orientamenti permettevano sempre di «aggiustare il tiro». I vari fattori correttivi di modulazione dell'importo dell'ammenda in funzione delle circostanze particolari della fattispecie e del contesto nel quale si collocava l'infrazione (ad es. ponderazione dell'importo di base alla luce della dimensione delle imprese, sussistenza di circostanze attenuanti o aggravanti, presa in considerazione del «contesto economico specifico» o del «vantaggio economico o finanziario realizzato») erano infatti, come si è già detto, formulati in termini troppo generici ed imprecisi per garantire una loro applicazione uniforme e coerente. Non era, così, sempre agevole comprendere quando ed in quale misura una data circostanza dovesse o solo potesse essere presa in considerazione dalla Commis-

---

*mendes antitrust*, cit., p. 15. In questo senso anche F. ARBAULT, *La politique de la Commission en matière d'amendes antitrust*, cit., p. 6. In senso contrario all'opinione della Commissione, J. KILLICK, *Is it now time for a single Europe-wide fining policy? An analysis of the fining policies of the Commission and the Member States*, Working Paper n. 07 presentato al CLaSF Workshop del 7 aprile 2005, p. 3-4.

(34) Così, J.F. BELLIS, *La détermination des amendes pour infraction au droit communautaire de la concurrence - Bilan des années d'application des lignes directrices de 1998*, in *Cah. droit europ.*, 2003, p. 394-395; D. GERARDIN, D. HENRY, *The EC fining policy for violations of competition law*, cit., p. 13; J.F. BELLIS, *Review of the Commission's Decision*, cit., p. 27-29.

sione, a maggior ragione in un contesto come il presente nel quale quest'ultima godeva (e gode tutt'ora) di un potere discrezionale particolarmente ampio.

Si deve infine menzionare il livello tendenzialmente elevato degli importi di base utilizzati dalla Commissione nelle proprie operazioni di calcolo, segnatamente per le infrazioni più gravi. È facile capire come tale scelta abbia potuto produrre degli effetti «discriminatori» nei confronti delle piccole e medie imprese in quanto il «punto di partenza» dell'operazione di calcolo veniva fissato per queste ultime ad un livello proporzionalmente più alto rispetto a operatori con fatturati più importanti, e ciò indipendentemente dalle eventuali differenze esistenti in termini d'impatto sulla concorrenza, del ruolo svolto all'interno dell'intesa, ecc.

Un esempio di tale «effetto perverso» del sistema è fornito dalla decisione sul cartello dei tubi preisolati destinati al settore del teleriscaldamento urbano, la quale ha dato luogo alla sentenza *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, sulla quale torneremo più avanti (35). Nel caso di specie, la violazione dell'art. 81 CE, qualificata come «molto grave» dalla Commissione, era stata integrata da imprese di varie dimensioni che avevano svolto ruoli diversi all'interno dell'intesa. Tuttavia, in proporzione, gli importi delle ammende comminate sembravano rispecchiare solo in modo parziale ed imperfetto tali differenze, in particolare quelle sussistenti tra le imprese medio piccole partecipanti alla pratica vietata e l'ABB, complesso industriale tra i più grandi in Europa, capofila del cartello.

Questo risultato «distorto» pareva derivare proprio dal livello elevato delle somme forfetarie applicate dalla Commissione, le quali, nella maggioranza dei casi (per sette imprese su dieci), si avvicinavano, raggiungevano o addirittura superavano già il limite massimo del 10% del fatturato. In concreto, ciò significava che tutte o gran parte delle operazioni di calcolo successive (ad es. quelle riguardanti le circostanze aggravanti o attenuanti, il contesto economico, i benefici tratti dall'infrazione) erano state effettuate al di sopra di tale tetto, e non avevano così potuto avere un impatto concreto ed effettivo sull'importo finale dell'am-

---

(35) Sentenza della Corte di giustizia CE, *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit.

menda, la quale di fatto finiva per essere determinata principalmente in funzione di un unico fattore (quello della gravità) e di un solo strumento (la somma forfetaria). Il rischio era pertanto quello di un livellamento tra le sanzioni inflitte a più imprese, anche qualora tra queste sussistessero importanti differenze in termini di dimensione, durata di partecipazione all'infrazione, ruolo svolto e altre circostanze. E ciò, come si è già detto, soprattutto a discapito delle imprese medio piccole (36), sollevando così alcuni dubbi quanto alla piena compatibilità del sistema in particolare con i principi di proporzionalità e non discriminazione.

Nonostante la sussistenza di tali limiti, la legittimità degli Orientamenti del 1998 e della metodologia di calcolo ad essi sottesa, così come sopra descritta, è stata più volte confermata sia dal Tribunale di primo grado (37) che dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, in particolare, ha avuto per la prima volta la possibilità di pronunciarsi in merito a tali questioni proprio nella causa *Dansk Rørindustri e.a./Commissione* sopra citata (38), le cui conclusioni sono state peraltro confermate anche dalla sentenza *Archer Daniels/Commissione* del maggio scorso (39).

---

(36) Al riguardo, è necessario rilevare che proprio l'eccessiva penalizzazione delle piccole imprese aveva indotto l'Autorità Antitrust olandese, nell'elaborazione delle proprie linee guida, a discostarsi espressamente dagli Orientamenti del 1998 della Commissione. Così, « With regard to fines for infringements of the Competition Act, the Director-General of NMa is of the opinion that the Guidelines drawn up by the European Commission cannot be taken as the point of departure without adaptation. The European Commission uses categories of infringements, in accordance with the aforementioned Guidelines, to which fixed fines apply. A disadvantage of a system of fixed fines is that small undertakings are affected relatively more harshly than larger undertakings (which often operate internationally). The policy of the Director-General of NMa with regard to fines must be applicable both to (very) large undertakings and to small and medium-sized undertakings, without losing the intended preventive effect, on the one hand, and generating disproportionate results, on the other ». *Richtsnoeren boetetoemeting - met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet*, 19 dicembre 2001, punto 5.

(37) Vedi in particolare, sentenza del Tribunale di primo grado CE del 20 marzo 2002, *LR AF/Commissione*, causa T-23/99, *Racc.*, p. II-1705.

(38) Sentenza della Corte di giustizia CE del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit. Per un commento alla sentenza, si vedano P. KOBEL, *Confirmation par la Cour de la pratique de la Commission en matière de calcul d'amendes*, in *Lettre d'information du Centre d'études juridiques européennes*, Università di Ginevra, luglio 2005, reperibile sul sito [http://www.unige.ch/droit/ceje/actualites.php?id\\_article=242](http://www.unige.ch/droit/ceje/actualites.php?id_article=242); F. MALVASIO, *Nota alla sentenza Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, in *Rev. Aff. Europ.-L&Europ. Aff.*, 2005, n. 3, p. 487-494; K. NORDLANDER, *Nota alla sentenza Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2006, n. 43, p. 571-582; C. PERRIN, *The EU Commission's fines guidelines*, in *Comp. Law Insight*, 12 July 2005, p. 10-11.

(39) Sentenza della Corte di giustizia CE del 18 maggio 2006, *Archer Daniels/Commissione*, causa C-397/03, *Racc.*, p. I-4429.

È possibile riassumere tale giurisprudenza in un riconoscimento pieno e incondizionato della legittimità del metodo di calcolo previsto dagli Orientamenti, e ciò sia quanto alla scelta dell'approccio forfetario, in luogo di un procedimento basato essenzialmente sul fatturato delle imprese, sia con riguardo alla possibilità per la Commissione di superare, nel calcolo, il limite massimo del 10%. Ribadendo a più di venti anni di distanza dalla sentenza *Musique Diffusion française* (40) la sussistenza di un potere discrezionale particolarmente ampio della Commissione in materia, infatti, la Corte si è essenzialmente limitata a rilevare che gli Orientamenti rispettavano i requisiti fissati dal regolamento n. 17/62, in quanto il calcolo delle ammende continuava a essere svolto in funzione dei due parametri ivi enunciati (la gravità e la durata dell'infrazione) nonché entro il limite massimo del 10% del fatturato complessivo. In particolare, il fatto che alcuni fattori potessero non ripercuotersi realmente sull'importo della sanzione inflitta veniva visto dal giudice comunitario solo come «una mera conseguenza dell'adeguamento [dell'importo dell'ammenda] a tale limite massimo inderogabile del 10%» (41).

In definitiva, l'unica critica — seppure cauta — al metodo di calcolo seguito dalla Commissione era stata mossa dall'avvocato generale Tizzano nelle sue conclusioni *Dansk Rørindustri e.a./Commissione* (42). Pur proponendo alla Corte di respingere i ricorsi introdotti da alcuni operatori sanzionati, egli aveva osservato come un tale metodo, nel quale «una parte delle operazioni di calcolo rivest[isse] carattere essenzialmente formale ed astratto e quindi non si ripercuot[esse] concretamente sull'importo finale dell'ammenda», non fosse «pienamente coerente con le esigenze di individualizzazione e di gradazione della pena — due principi cardini di qualunque sistema sanzionatorio, in ambito sia penale sia amministrativo —» e presentasse «qualche rischio sotto il profilo dell'equità del sistema» (43). E questo a maggior ragione in una fase della politica repressiva della Commissione caratteriz-

---

(40) Sentenza della Corte di Giustizia CE SA *Musique Diffusion française e.a./Commissione*, cit.

(41) Sentenza della Corte di Giustizia CE *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit., punto 279.

(42) Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 luglio 2004, *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, Racc., p. I-5439.

(43) Conclusioni *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit., punti 129-130.

zata da un tendenziale aumento dell'importo delle ammende comminate, tale da rendere non più eccezionale il raggiungimento del limite massimo del 10%, in particolare per le piccole e medie imprese. In tale contesto, l'avvocato generale si era interrogato circa l'opportunità di una « correzione di rotta che consent[isse] di garantire in ogni caso risultati conformi a generali esigenze di ragionevolezza ed equità » (44).

#### IV. *I nuovi Orientamenti in materia di calcolo delle ammende.*

Raccogliendo forse questo invito, la Commissione ha elaborato il nuovo testo degli Orientamenti in materia di calcolo delle ammende, testo adottato nel giugno scorso. Tali Orientamenti, che vanno a sostituire quelli del 1998, sono il frutto di una riflessione compiuta dai servizi della Commissione sulla base dell'esperienza maturata, finalizzata al perfezionamento della politica in materia d'ammende mediante il rafforzamento del carattere, tanto dissuasivo quanto repressivo, della propria azione (45).

È necessario innanzitutto precisare che gli Orientamenti del 2006 mantengono inalterata la struttura di calcolo delle ammende, distinta cioè in due fasi rispettivamente finalizzate alla determinazione dell'importo di base e alla sua successiva modulazione, in positivo e in negativo, in forza di una serie di fattori (46).

È stata, invece, modificata radicalmente la metodologia di calcolo dell'importo di base della sanzione, non più basata su somme forfetarie determinate indipendentemente dal fatturato del singolo operatore, ma definita proprio in funzione di quest'ultimo elemento. Ai sensi delle nuove linee guida, infatti, l'importo base è commisurato innanzitutto a una percentuale variabile delle ven-

---

(44) Conclusioni *Dansk Rorindustri e.a./Commissione*, cit., punto 133.

(45) Sui nuovi Orientamenti, COMMISSIONE EUROPEA, *Lignes directrices révisées de la Commission pour le calcul des amendes infligées en cas d'entente - Questions fréquemment posées*, MEMO 06/256; CASE ASSOCIATES, *New EU Penalty Guidelines - Will the 2006 penalty guidelines decrease fines?*, Casenote, luglio 2006, reperibile sul sito <http://www.casecon.com/data/pdfs/casenote43.pdf>.

(46) In particolare, come illustrato nel prosieguo, la ponderazione dell'importo di base avverrà in forza di circostanze aggravanti e attenuanti, della necessità di rendere maggiormente dissuasiva la sanzione, in applicazione della Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende cit., la quale ha sostituito la precedente del 1996 cit., ovvero in considerazione della capacità contributiva reale dell'impresa in questione.

dite di beni o servizi realizzate dall'impresa nei mercati direttamente o indirettamente interessati dall'infrazione (punto 1A, par. 13-18). Il valore di tale percentuale è determinato in funzione della gravità dell'infrazione integrata nel caso specifico, fino a un massimo del 30% del valore delle vendite di beni o servizi effettuate nei predetti mercati (punto 1B, par. 19-23)(47). La somma così ottenuta verrà quindi moltiplicata per il numero di anni di durata dell'infrazione (punto 1B, par. 24). Inoltre, al fine di garantire in concreto l'effetto dissuasivo della sanzione, gli Orientamenti del 2006 prevedono — configurando così un meccanismo del tutto nuovo non contemplato nel precedente testo — un'ulteriore maggiorazione dell'importo di base per le violazioni più gravi del diritto della concorrenza (cartelli). In tali casi, indipendentemente dalla durata della infrazione, la Commissione applicherà al totale così ottenuto una c.d. «*entry fee*», pari a un valore compreso tra il 15% e il 25% del fatturato realizzato dall'impresa nei mercati direttamente o indirettamente interessati dall'infrazione (punto 1B, par. 25)(48).

Alla somma così raggiunta, quale importo di base dell'ammenda, verranno applicati innanzitutto gli eventuali aumenti o riduzioni sulla base delle circostanze aggravanti(49) e attenuanti. In questo contesto, la modifica più importante introdotta dalle nuove linee direttrici è costituita dal nuovo e più severo metodo di calcolo dell'aggravante sulla base della recidiva. Nei casi in cui l'impresa abbia già commesso infrazioni simili, infatti, la Commissione potrà applicare all'ammenda una maggiorazione fino al 100% dell'importo di base. Peraltro, al fine di determinare la sussistenza di un comportamento recidivante, gli Orientamenti prevedono che si terrà conto non solo delle decisioni della

---

(47) Al riguardo, la Commissione ha precisato che una tale percentuale limite verrà di regola applicata per le infrazioni considerate più gravi, quali i cartelli aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione.

(48) Tale meccanismo di maggiorazione può peraltro essere utilizzato non solo per i cartelli ma anche per altri tipi di infrazione.

(49) L'elencazione delle circostanze aggravanti nel nuovo testo del 2006 (punto 2A, dal primo al terzo trattino) è rimasta pressoché inalterata rispetto alle precedenti linee guida del 1998. Al riguardo è necessario rilevare, l'omissione, tra le aggravanti, di quella relativa alla «necessità di maggiorare la sanzione per superare gli utili illeciti realizzati grazie all'infrazione, qualora la stima di tali utili sia obiettivamente impossibile». Tale fattore è peraltro ora citato al punto 2C, secondo capoverso, delle nuove linee guida, relativo all'aumento specifico dell'ammenda in funzione del carattere dissuasivo.



Commissione ma anche di quelle delle autorità antitrust nazionali di uno Stato membro (50) (con esclusione quindi delle decisioni di giurisdizioni di Stati terzi, quali quelle statunitensi o canadesi (51)). Quanto alle circostanze attenuanti, il testo del 2006 prevede, rispetto al precedente, un nuovo fattore di riduzione dell'importo della sanzione applicabile qualora sia accertato che una determinata condotta anti-concorrenziale sia stata autorizzata o incoraggiata dalle autorità pubbliche o dalla legislazione. È da sottolineare anche l'omissione, rispetto al testo del 1998, di riferimenti al «ruolo esclusivamente passivo o emulativo nella realizzazione dell'infrazione» e all'«esistenza di un ragionevole dubbio dell'impresa circa il carattere d'infrazione del comportamento restrittivo della concorrenza» (punto 2B, dal primo al quinto trattino).

Inoltre, in maniera non dissimile da quanto accadeva nel testo del 1998, ulteriori aumenti o riduzioni potranno essere irrogati in ragione, rispettivamente, della eventuale necessità di assicurare un adeguato effetto deterrente della sanzione nei confronti di imprese o gruppi d'impresa aventi capacità finanziarie particolarmente importanti (rispettivamente ai punti 2C, par. 30-31; 2E, par. 34), ovvero qualora risultino integrate le condizioni dettate dalla Comunicazione sulla cooperazione (52). I nuovi Orientamenti hanno introdotto, invece, alcune modifiche per quanto concerne la possibilità di limitare l'importo dell'ammenda in considerazione della capacità contributiva reale dell'impresa da sanzionare. Se, infatti, il testo del 1998 si limitava a prevedere che la

---

(50) Per quanto riguarda le autorità antitrust nazionali, esse restano libere di scegliere i propri orientamenti in materia, anche qualora debbano applicare gli artt. 81 e 82 CE. Ciò non toglie, tuttavia, che molte ANC potranno adeguare le proprie linee guida in materia di calcolo delle ammende ai nuovi principi dettati dalla Commissione in questi nuovi Orientamenti, come peraltro successo per alcune di queste all'adozione delle linee guida del 1998. In particolare, la prassi decisionale dell'Autorità garante della concorrenza italiana in materia di calcolo dell'ammenda è in buona sostanza orientata in senso conforme alle linee direttive comunitarie del 1998. Tale approccio è stato inoltre avallato anche dal giudice amministrativo. Per una disamina dell'applicazione del diritto antitrust in Italia, P. FATTORI, *La nuova disciplina delle sanzioni in materia di intese e abusi*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario - Convegno*, a cura di E.A. RAFFAELLI, Bruxelles, 2003, p. 173-199; E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, p. 199-206.

(51) Al riguardo, in una recente sentenza, la Corte di giustizia sembra aver escluso, anche se non in termini molto chiari, che il principio del *ne bis in idem* imponga sempre alla Commissione di tener conto di sanzioni inflitte da autorità di Paesi terzi. Così, sentenza *Archer Daniels/Commissione*, cit., punti 51 e 52.

(52) Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende, cit.

Commissione potesse prendere in considerazione tale fattore, gli Orientamenti del 2006 subordinano la riduzione dell'ammenda alla sussistenza di comprovate circostanze specifiche, quale il fatto che l'imposizione della sanzione metta irrimediabilmente a rischio la redditività economica dell'impresa interessata e che conduca a una totale perdita di valore dell'attivo (punto 2F, par. 35).

Infine, resta ovviamente salvo il limite massimo del 10% del fatturato dell'impresa.

Secondo quanto stabilito dalla Commissione, tale nuova metodologia si applicherà ai procedimenti futuri e anche a quelli già pendenti, con esclusione però di quei casi in cui le imprese hanno ricevuto o riceveranno la lettera degli addebiti prima della pubblicazione delle linee guida sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (par. 38 delle considerazioni finali) (53).

Ora, alla luce dei cambiamenti sopra descritti, è necessario interrogarsi circa l'impatto concreto che tale nuova metodologia di calcolo potrà avere sulla politica delle ammende così come fino a ora configurata. Innanzitutto, l'abbandono di un sistema di calcolo fondato su importi forfetari per un metodo basato sul volume d'affari delle singole imprese coinvolte dovrebbe, in linea di principio, assicurare una maggiore proporzionalità dell'importo dell'ammenda rispetto al peso specifico dell'impresa, a tutela in particolare delle piccole e medie imprese. Diversamente da quanto accadeva in passato infatti, l'ammenda sarà personalizzata già a partire dal «punto di partenza» delle operazioni di calcolo. Peraltro, la scelta d'ancorare l'importo di base dell'ammenda a un dato sostanzialmente determinato e conosciuto dallo stesso operatore in causa, favorendo un certo grado di prevedibilità dell'importo della sanzione, potrebbe trovare la propria ragion d'essere non solo nell'esigenza di garantire una maggior equità e certezza del diritto del sistema, ma forse anche nella volontà di preparare il terreno per l'eventuale introduzione nel diritto antitrust comu-

---

(53) Pubblicazione, come già detto, avvenuta il 1° settembre 2006. Al riguardo, si può inoltre rilevare che nella sentenza *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit., punto 232, la Corte di giustizia ha ammesso l'applicazione degli Orientamenti del 1998 a fatti precedenti l'adozione degli stessi, considerando che tale applicazione non violasse il principio di irretroattività. Ciò perché, secondo il giudice comunitario, detti Orientamenti si inserivano nel quadro giuridico preesistente (regolamento n. 17/62), senza apportarvi cambiamenti.

nitario di meccanismi di patteggiamento ispirati al sistema statunitense (54). In effetti, per spingere un contravventore a «sedersi al tavolo» è necessario almeno che lui sappia quanto rischia in caso di sanzione.

Tali considerazioni non devono tuttavia far presumere che l'approccio della Commissione si farà in futuro meno severo. Al contrario, il metodo di calcolo adottato dalle nuove linee guida parrebbe orientato proprio nella direzione opposta. Un aumento del livello delle sanzioni potrebbe innanzitutto risultare dall'applicazione dei sopra menzionati meccanismi di incremento della somma di partenza, quali l'indice di durata e la c.d. «*entry fee*» (55). L'importo di base così raggiunto potrebbe, inoltre, essere ulteriormente aumentato (fino al 100%!) nel caso in cui un'impresa fosse recidivante nel proprio comportamento anti-concorrenziale, siano state le passate infrazioni accertate dalla Commissione ovvero anche da una autorità antitrust nazionale (56).

A tali considerazioni generali, se ne devono inoltre aggiungere altre più specificamente indirizzate alla situazione delle imprese di grandi dimensioni. In relativo, rispetto al periodo precedente l'introduzione degli Orientamenti del 2006, a queste ultime potrebbero essere inflitte ammende proporzionalmente più alte. E ciò principalmente per due motivi: da un lato, un calcolo dell'importo di base non più scollegato dal fatturato dell'impresa ma

---

(54) Eventualità espressamente prospettata dall'attuale Commissario responsabile per la politica di concorrenza, NEELIE KROES, nel suo intervento, *The First Hundred Days*, tenutosi a Bruxelles il 7 aprile 2005 nel corso del International Forum on European Competition Law. In tal senso anche T. BUCK, *Commission signals a tough line on anti-competitive companies*, in *Financial Times* del 29 giugno 2006.

(55) Consideriamo il caso, ad esempio, che la Commissione, nel corso della sua investigazione, accerti che una determinata impresa con un fatturato pari a 200 milioni di euro nei mercati interessati, abbia partecipato a un cartello. Se tale pratica anti-concorrenziale si è protratta per cinque anni, la somma di partenza, pari a un ammontare di circa 66 milioni di euro (30% del fatturato) verrà moltiplicata per cinque, aumentando così fino a 330 milioni di euro. E ciò mentre in forza degli Orientamenti del 1998 l'incremento relativo alla durata dell'infrazione sarebbe stato solo di 10/20 milioni considerando un importo base pari o superiore a 20 milioni. In aggiunta, con i nuovi Orientamenti, la Commissione imporrebbe probabilmente un ulteriore aumento dell'importo dell'ammenda, la c.d. «*entry fee*», a seguito della quale l'ammontare calcolato sulla base della gravità potrebbe essere incrementato di una somma compresa tra circa 30 e 50 milioni.

(56) In particolare, consideriamo che una determinata impresa, oggetto di un procedimento da parte della Commissione (infrazione A), abbia partecipato in passato anche ad altre infrazioni simili, accertate da autorità antitrust nazionali (infrazione B) o dalla Commissione stessa (infrazione C). Quest'ultima potrebbe così aumentare l'importo di base calcolato per l'infrazione A fino al 200% (del 100% per ogni passata infrazione e, quindi, sia per B che per C).

imprescindibilmente ancorato a quest'ultimo (o comunque a una parte di esso); dall'altro, la possibilità di applicare uno specifico fattore d'incremento dell'ammenda, indirizzato proprio alle imprese o ai gruppi di imprese aventi rilevanti capacità finanziarie (elemento deterrente).

Un'altra categoria di imprese che potrebbe essere in proporzione più «penalizzata» da un metodo di calcolo basato sul fatturato realizzato nei soli mercati interessati dall'infrazione è quella delle imprese «monoprodotto», e ciò in particolare rispetto a quelle attive su più mercati per le quali l'importo dell'ammenda sarebbe maggiormente «diluito» (57). In alcuni casi (ad es. se il comportamento sanzionato riguarda mercati con fatturati relativamente limitati rispetto al fatturato complessivo dell'impresa), l'applicazione a imprese «multiprodotto» della nuova metodologia di calcolo potrebbe condurre all'imposizione di importi meno elevati rispetto al periodo precedente.

Rispetto poi a quanto detto circa gli Orientamenti del 1998, è apprezzabile la maggior chiarezza del testo del 2006, in particolare per quanto concerne la determinazione dei vari passaggi del metodo di calcolo dell'ammenda. Nonostante ciò tuttavia, anche nelle nuove linee direttrici non sembra mancare un certo grado d'imprecisione sia nella terminologia utilizzata (ad es., «normalmente», «in generale», «generalmente»), sia nel carattere meramente esemplificativo delle elencazioni contenute relative, ad esempio, alle circostanze aggravanti e attenuanti. Peraltro, una tale genericità sembra riguardare anche aspetti essenziali delle operazioni di calcolo. E così, infatti, non vi è nel testo nessun tipo d'indicazione del coefficiente moltiplicatore del fattore specifico di deterrenza; neppure appare di facile lettura il riferimento — pur così centrale nel nuovo schema di calcolo — alle vendite di beni o servizi «in relazione diretta o indiretta con l'infrazione» in base alle quali calcolare l'importo di base della sanzione, nozione sicuramente più ampia — e ancora più difficile da circoscrivere — di quella di «mercato rilevante» di rituale applicazione in diritto antitrust. Infine, è necessario rilevare la sussistenza nel testo di una sorta di «clausola finale» in base alla quale la Com-

---

(57) Ciò anche se, come, si è già detto, gli Orientamenti contengono elementi che potrebbero permettere alla Commissione di riequilibrare la situazione (in particolare, fattore specifico di deterrenza).

missione si riserva la possibilità di disattendere, anche solo parzialmente, l'applicazione dell'anzidetto metodo di calcolo qualora delle imprecisate circostanze particolari del caso lo rendano opportuno (punto 37 delle considerazioni finali). Possibilità questa che sembra andare oltre il già ampissimo spazio di manovra riconosciuto in materia alla Commissione dalla Corte di giustizia (58).

Ma, come sempre, sarà solo l'applicazione che la Commissione deciderà di dare a questo nuovo strumento, da lei voluto e forgiato, a farci capire se il sistema sanzionatorio in materia di violazione del diritto della concorrenza abbia realmente imboccato una nuova direzione.

---

(58) Al riguardo, è necessario rilevare che nella recente sentenza *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, cit., punti 209-213, il giudice comunitario, confermando la precedente pronuncia del 15 gennaio 2002, *Libéros/Commissione* (causa C-171/00, *Racc.*, p. I-451, punto 35), ha precisato che gli Orientamenti (nel caso di specie quelli del 1998), pur non potendo essere qualificati come norme giuridiche, vincolavano la Commissione nell'esercizio della sua attività in materia di calcolo delle ammende. L'istituzione comunitaria in questione non avrebbe così potuto discostarsi da tali norme, pena una eventuale sanzione a titolo di violazione dei principi generali di parità di trattamento o di tutela del legittimo affidamento.

SALVATORE LA PORTA

## I DIRITTI DEL CONSUMATORE *FRATERO* NELL'AMBITO DELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE ALLO SVILUPPO.

### Profili giuspubblicistici del Commercio Equo e Solidale (\*)

SOMMARIO: 1. Il Commercio Equo e Solidale come espressione di fraternità. — 1.1. Il carattere di spontaneità sociale della fraternità. — 1.2. Il connotato universalistico della fraternità. — 2. Origine e diffusione del Commercio Equo e Solidale. — 3. L'impostazione comunitaria del Commercio Equo e Solidale. — 4. Il Commercio Equo e Solidale come modalità di svolgimento della cooperazione internazionale allo sviluppo. — 4.1. La disciplina italiana della cooperazione internazionale allo sviluppo. — 4.2. La cooperazione allo sviluppo nell'ordinamento comunitario. — 5. I soggetti della fraternità nel Commercio Equo e Solidale. — 6. «Consumo critico» e «commercio leale». — 6.1. L'Ecolabel e la Responsabilità sociale dell'impresa. — 7. Il diritto del consumatore all'informazione. — 7.1. L'informazione sul prodotto equo e solidale.

#### 1. IL COMMERCIO EQUO E SOLIDALE COME ESPRESSIONE DI FRATER- NITÀ.

Il Commercio Equo e Solidale (in seguito individuato con l'acronimo «c.e.s.», divenuto, ormai, comune ed alternato con «C.E.e.S.» o «CEES») ha avuto negli anni una diffusione sempre crescente che non accenna ad arrestarsi, consolidandosi come uno dei fenomeni più innovativi e, peraltro, di non indifferente rilevanza economica (1). Eppure il *fair trade* (come anche viene de-

---

(\*) Il presente scritto è destinato ad un Volume collettaneo (di prossima pubblicazione per l'editrice *Città Nuova* di Roma), dedicato ad un'analisi giuspubblicistica del principio di fraternità.

(1) E. CASALE, *Commercio equo e solidale: una mano tesa al terzo mondo*, in *Agg. soc.*, 1996, p. 752, riporta i seguenti dati che mettono in evidenza la consistenza del fenomeno: nel 1995 sono circa 45.000 i punti vendita del c.e.s. in Europa e nel 1994 le organizzazioni europee di c.e.s. hanno realizzato un fatturato di circa 200 milioni di ECU (pari a circa 380 miliardi di lire).

finito il c.e.s.) è stato oggetto di rarissimi studi giuridici, a fronte di un grande interesse della letteratura economica e sociologica.

Il motivo di questo disinteresse della dottrina giuridica può forse essere rinvenuto nel fatto che manca nel nostro ordinamento una disciplina organica del c.e.s. e finanche una sua definizione di portata generale. La stessa Regione Toscana che — unica fra le Regioni — ha approvato una legge recante «disposizioni per il sostegno alla diffusione del commercio equo e solidale in Toscana» (l.r. 23 febbraio 2005, n. 37) non contiene una definizione di *fair trade*, rinviando a tal fine ai contenuti della «Carta Italiana dei criteri del Commercio Equo e Solidale», approvata dall'Associazione «Assemblea Generale Italiana del Commercio Equo e Solidale» (AGICES).

Se, quindi, il legislatore italiano non ha disciplinato il c.e.s., più attenta si è dimostrata l'Unione Europea, che, pur non avendo dettato un'organica disciplina, ha tuttavia adottato atti da cui — come vedremo — si potranno trarre alcune coordinate utili per orientarci nella disamina del c.e.s. Nonostante gli scarsi appigli normativi, il c.e.s. presenta profili interessanti per il giurista e, in specie, per il giuspubblicista. Ci si avvede di questo se solo si pone attenzione all'unica norma statale che prova ad *abbozzare* una definizione di c.e.s. Infatti, il D.M. (Attività produttive) 30 dicembre 2005 chiarisce che «per attività di commercio equo e solidale si intende la vendita, effettuata anche con l'impiego di attività volontaria dei soci della cooperativa, di prodotti ...[acquistati]... direttamente da imprese di Stati in via di sviluppo... con garanzia di pagamento di un prezzo minimo indipendentemente dalle normali fluttuazioni delle condizioni di mercato». È bene precisare che si tratta di una definizione non completamente esaustiva, sia perché contenuta in un atto che non ha la pretesa di fornire una definizione con valenza generale, avendo piuttosto finalità ben circoscritte(2); sia perché essa non tiene conto di alcuni elementi tipici del *fair trade*, così come sono venuti consolidandosi. Tuttavia, emergono alcuni tratti del c.e.s., confermati dalla citata l.r. Toscana n. 37/2005, la quale stabilisce che «il commercio equo e solidale si fonda sul comportamento

---

(2) Il decreto stabilisce i «regimi derogatori al requisito della prevalenza» di cui all'art. 2513, c.c. Quest'ultimo articolo indica i criteri per definire la *prevalenza* della mutualità delle cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512, c.c.

del consumatore...[che]...ha la possibilità di elevare il tenore di vita dei produttori nei paesi in via di sviluppo all'interno di comportamenti orientati al mercato ed attenti alle forme di commercio leale ed alle pratiche commerciali moralmente corrette» (art. 4, 1° comma).

Pur nella loro lacunosità, dalle due disposizioni citate è possibile evincere la vera finalità del c.e.s. che è quella di contribuire al progresso economico e sociale dei Paesi in via di sviluppo (in seguito, PVS), che possa emanciparli dalla condizione di povertà in cui ancora versano. Inoltre, il *fair trade* persegue anche la finalità — che, però, le due norme citate tralasciano di esplicitare — di incentivare nei PVS una produzione improntata sia al rispetto dei diritti dei lavoratori — non sempre tutelati nella produzione convenzionale in quei Paesi —; sia alla salvaguardia dell'ambiente naturale in un'ottica di sviluppo sostenibile.

#### 1.1. *Il carattere di spontaneità sociale della fraternità.*

Entrambe queste finalità mostrano il chiaro intento solidaristico che connota l'azione delle organizzazioni di c.e.s. e dei consumatori *etici* (3). Sarebbe forse più corretto parlare in questo caso di «solidarietà fraterna», benché il concetto di *fraternità* non abbia nel nostro ordinamento le solide radici che ha, invece, nell'ordinamento e nel patrimonio culturale francese. Come è noto, il retaggio rivoluzionario — intriso delle idee illuministiche per cui gli uomini sono «affratellati» dalla *naturale* condizione di *égalité* e di *liberté* — ha consentito al concetto di fraternità di *insediarsi* nell'ordinamento costituzionale francese (4) e, conseguentemente, alla dottrina giuspubblicistica di dedicare studi approfonditi (5).

Nonostante il concetto di fraternità sia estraneo alla nostra tradizione giuridica, dove, peraltro, manca un esplicito riferimento testuale, già in uno dei primi commenti alla Costituzione Repubblicana Amorth parlava espressamente di «fraternità» con

---

(3) Si precisa che, esclusivamente per chiarezza di esposizione, in questa sede con l'espressione «consumatore etico» indicheremo il consumatore che acquista prodotti del c.e.s.

(4) Sin dal Preambolo della Costituzione del 4 novembre 1848.

(5) Non approfondiamo il discorso che interessa marginalmente il nostro contributo, tuttavia per i riferimenti bibliografici si rinvia a F. PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, p. 745 e ss. e dottrina ivi citata.



riferimento all'art. 2, Cost. (6) Per vero si trattava di un'intuizione ancora embrionale che probabilmente risentiva della formazione culturale dell'Autore. Tuttavia, in anni più recenti la dottrina italiana ha avuto modo di specificare meglio il concetto, delimitandone i contorni ed individuandone il fondamento giuridico-costituzionale nell'art. 2, Cost. Si è così distinta una solidarietà «verticale» o «paterna», che si sostanzia in interventi diretti delle istituzioni pubbliche che, *dall'alto*, erogano in favore dei cittadini; da una solidarietà «orizzontale» o «fraterna» che dà origine a quegli atti solidaristici che le persone (anche per il tramite delle formazioni sociali cui aderiscono) *fraternamente* si scambiano (7). È agevole riconoscere nell'azione delle organizzazioni di c.e.s. e nei relativi consumatori i tratti di questa fraternità intesa come «una forma di solidarietà che interpella direttamente il comportamento individuale e lo responsabilizza della sorte del/dei fratello/i» (8).

Non indugiamo oltre su questa caratteristica della fraternità perché è un dato ormai assodato in dottrina, che, peraltro, ha avuto anche l'avallo della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 75 del 1992 (9), riconduce al principio solidaristico *ex* art. 2, Cost. quelle condotte svolte «non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona». Ma non ci soffermiamo ulteriormente su questo tratto di spontaneità sociale che caratterizza la fraternità anche perché c'è un altro suo connotato tipico che è stato meno indagato e che, ai fini del nostro studio sul c.e.s., è particolarmente importante.

### 1.2. *Il connotato universalistico della fraternità.*

Per affrontare questo argomento dobbiamo ritornare alla citata sentenza n. 75/1992, con cui la Corte — ma sostanzialmente anche la dottrina citata — riconosce un pregio costituzionale a condotte solidaristiche svincolate dalla «imposizione di un'auto-

(6) A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 42.

(7) Il riferimento è all'ormai nota ricostruzione di S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, pp. 10-12.

(8) F. PIZZOLATO, *Appunti...*, cit., p. 751.

(9) Pubblicata in *Giur. cost.*, 1992, p. 404 e ss.

rità» (10). Questo connotato di spontaneità e libertà tipico della solidarietà fraterna sembra contrastare con il dato testuale dell'art. 2, Cost. che, invece, riveste di un attributo *doveroso* la solidarietà. Invero, il contrasto è solo apparente laddove si consideri che «l'idea di solidarietà porta con sé quella di comunità» (11) e che pertanto il richiamo ai «doveri» fatto dalla norma costituzionale sta ad indicare l'indefettibilità di vincoli solidaristici necessari per il mantenimento di un'ordinata convivenza civile. Insomma, la solidarietà è *doverosa* — nel senso indicato dall'art. 2, Cost. — in quanto è necessaria alla stessa sopravvivenza della comunità sociale, ciò non toglie che tale esigenza sia avvertita — oltre che dall'autorità pubblica — anche dagli stessi consociati che *fraternamente* compiranno azioni di solidarietà.

Se questa ricostruzione è corretta, l'ambito di operatività della solidarietà di cui all'art. 2, Cost. sembra ristretto entro i margini della comunità nazionale. Tuttavia, la radice storica e culturale della fraternità sembra svincolarla dai confini nazionali. Infatti, sia che si accolga la matrice illuministica francese, che — come si è accennato — considera gli uomini fratelli in quanto nati liberi ed eguali; sia che si segua l'impostazione cristiana, secondo cui gli uomini sono fratelli in quanto figli dello stesso Padre, la fraternità disvela tutto il suo intrinseco carattere universalistico (12). In altri termini, la fraternità unisce gli uomini in quanto tali e indifferentemente dalla loro appartenenza ad una comunità nazionale (13).

Come agevolmente si comprende questo profilo universalistico della fraternità è, ai nostri fini, particolarmente importante e peraltro meno approfondito dalla dottrina giuspubblicistica. Anche perché, mancando un dato testuale, esso può cogliersi soltanto in via interpretativa dal nostro ordinamento. Tuttavia, se solo si volge lo sguardo alla *Dichiarazione Universale dei diritti*

---

(10) Sottolinea questo passaggio della sentenza, da cui si evince un carattere spontaneo della solidarietà E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2348 e ss., spec. pp. 2352-2354.

(11) M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, nn. 4/94 e 1/95, p. 572.

(12) Seppur con esclusivo riferimento alla tradizione cristiana, K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in P.P. PORTINARO (a cura di), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Torino, 2002, pp. 8-17 analizza problematicamente il concetto di «fratellanza universale».

(13) Per completezza si deve segnalare che F. PIZZOLATO, *Appunti...*, cit., p. 748 riferisce anche un'interpretazione «secondo cui il termine fraternità nel periodo rivoluzionario francese dà la stura...all'idea di Nazione (e a pratiche nazionalistiche)».

dell'uomo, si trova un appiglio sicuro nel suo art. 1 che riconosce che «tutti gli esseri umani (...) devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza». L'*apertura* internazionalistica del nostro ordinamento costituzionale (art. 10, Cost.)(14), consente a questo principio — combinandolo con quello solidaristico — l'ingresso nel nostro ordinamento e la sua collocazione a rango costituzionale(15). Tanto più che, come è stato notato(16), quando la *Dichiarazione* riconosce che «ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità» (art. 29) denota un'impostazione personalista coerente con il nostro impianto costituzionale. Conferma a ciò possiamo rintracciarla anche nell'art. 22 della *Dichiarazione* che — per la nostra ricerca — è particolarmente rilevante, giacché individua nella «cooperazione internazionale» uno degli strumenti per consentire ad «ogni individuo (...) [la] (...) realizzazione (...) dei diritti economici, sociali e culturali, indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità».

Ora, la «cooperazione internazionale» è lo strumento utilizzato per incentivare lo sviluppo dei Paesi economicamente e socialmente più arretrati. Lasciando, però, la dottrina internazionalistica ad interrogarsi se esista o meno un vero e proprio «diritto allo sviluppo»(17), a noi interessa individuare i soggetti di questa cooperazione allo sviluppo. Infatti, se la *Dichiarazione* enuncia in tutti i suoi articoli una serie di diritti che riconosce — quasi ossessivamente — ad «ogni individuo»(18), altre *Carte* internazionali, con specifico riferimento alla cooperazione allo sviluppo, preferiscono parlare di «popolo» ed anche di «solidarietà dei popoli»(19).

(14) Sul punto cfr. V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, I, Bologna, 1997, p. 99.

(15) A vincoli solidaristici, improntati al principio di eguaglianza, tra «paesi ricchi e paesi economicamente deboli» si riferisce, in un breve passaggio, anche P. CIRIELLO, *Considerazioni sulla solidarietà come «valore» costituzionale*, in S. PRISCO (a cura di), *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002, pp. 16-17.

(16) F. PIZZOLATO, *Appunti...*, cit., p. 757.

(17) E anche un «diritto dello sviluppo», cfr. A. LUCCHINI, *Cooperazione e diritto allo sviluppo nella politica estera dell'Unione Europea*, Milano, 1999, spec. pp. 67-105.

(18) Alternando talvolta questa espressione con quella analoga e contraria di «nessun individuo».

(19) Per una rassegna di queste *Carte* internazionali e della relativa dottrina cfr. A. LUCCHINI, *op. ult. cit.*, pp. 75-88.

Questo riferimento al «popolo» si può comprendere in quelle *Carte* che risentono dell'influenza dei Paesi africani o che operano in quella regione, visto che la tradizione giuridica africana «conduce ad individuare la fonte di tutela del singolo più nel gruppo (e nelle sue regole) che nei diritti astratti (seppur costituzionalmente positivizzati)» (20). Ma in quelle *Carte* internazionali che non risentono di questa «vocazione africana al “comunitarismo”» il riferimento al «popolo» appare fuorviante, visto che la dottrina internazionalistica non è concorde nel riconoscere ad esso una soggettività giuridica (21), ritenendo semmai che «il termine popolo possa essere sostituito dal termine Stato... e quindi essere usato come sinonimo di questo e non in sua contrapposizione» (22).

Insomma, tutte le volte in cui le *Carte* internazionali pongono a fondamento della cooperazione internazionale allo sviluppo la «solidarietà dei popoli», intendono riferirsi ad una cooperazione di Stati (*rectius*: apparati pubblici degli Stati), facendola spesso rientrare nell'alveo della loro politica estera. In Italia — come vedremo — la cooperazione allo sviluppo rientra tra le competenze del Ministero degli affari esteri, all'interno della cui organizzazione sono state istituite apposite strutture. Del resto, la cooperazione allo sviluppo è una delle *leve* azionabili da uno Stato nello svolgimento della sua politica estera, la quale, potrà anche essere influenzata dall'opinione pubblica (23), ma seguirà comunque sue logiche. Si vuol dire che sorreggere lo sviluppo di Paesi economicamente e socialmente arretrati soddisfa certamente istanze *umanitarie* che provengono dall'opinione pubblica, ma uno Stato dovrà inserire questi interventi in un quadro internazionale che ha i suoi equilibri e le sue esigenze, con conseguenti scelte che potranno forse non soddisfare le opinioni pubbliche più sensibili a questi temi.

---

(20) R. ORRÙ, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, in corso di pubblicazione, ma già consultabile nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>), p. 6 del dattiloscritto.

(21) Cfr. G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984, p. 193; G. ARANGIO RUIZ, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. IV, 1988, p. 1 e ss.; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994, p. 87; P. DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, 1994, p. 117.

(22) A. LUCCHINI, *Cooperazione...*, cit., p. 81.

(23) Sull'influenza che l'opinione pubblica può esercitare sui poteri pubblici anche nella determinazione della politica relativa al commercio internazionale cfr. A. PARENTI, *Il WTO*, Bologna, 2002, pp. 101-110.

Tuttavia, accanto a questa cooperazione che chiameremo «istituzionale», la *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, con la sua impostazione *personalista* e l'invocazione d'apertura allo «spirito di fratellanza», autorizza a ritenere che ve ne sia un'altra. È, cioè, possibile ritenere che le società civili dei Paesi sviluppati (24) — per il tramite di organizzazioni che nascono al loro interno — spontaneamente si facciano carico delle esigenze di sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo, svolgendo quindi in favore di questi i loro interventi *fraternali*.

Come si cercherà di chiarire più avanti, il *fair trade* rappresenta una modalità di svolgimento della cooperazione allo sviluppo, che è *fraterna*, in quanto presenta i caratteri della spontaneità sociale e dell'universalità, tipici, come si è visto, della fraternità.

Anche la disciplina italiana in tema di cooperazione allo sviluppo prevede — accanto alle strutture pubbliche — il coinvolgimento di organizzazioni private, fra le quali — come si vedrà — si possono annoverare anche quelle del c.e.s. Pertanto, in Italia entrambe le forme di cooperazione internazionale allo sviluppo rientrano nell'ambito della competenza in politica estera anche se — come è ovvio — diverse sono le modalità operative. Infatti, gli enti privati coinvolti nella cooperazione *fraterna*, per loro stessa natura, saranno portati ad auto-organizzarsi e, nelle pagine seguenti, sarà interessante notare come l'attività delle stesse organizzazioni di c.e.s. si basi essenzialmente sulla autoregolamentazione, pur prevedendosi comunque forme di controllo pubblico.

Sempre nelle pagine seguenti sarà interessante esaminare il ruolo del consumatore *etico*, sia con riferimento a questa autoregolamentazione delle organizzazioni di c.e.s. che deve comunque garantire i diritti del consumatore; sia con riferimento a questa particolare figura di consumatore che, con la sua scelta, compie

---

(24) Dell'importanza di un coinvolgimento della società civile portatrice di istanze etiche nel commercio internazionale parla L.S. Rossi, *Verso una nuova etica del commercio internazionale*, in Id. (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione europea*, Bologna, 2003, pp. 16-20; nello stesso Volume v. anche M. BALBONI, *Diritti dei fanciulli e commercio equo: clausola sociale o altro?*, p. 136, che comprende fra gli attori influenti nello scenario del WTO anche «ampi settori della società civile». Con riferimento allo sviluppo sostenibile, A. FODELLA, *Il vertice di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 386, osserva come al al vertice di Johannesburg si sia «affermata l'idea che il coinvolgimento della società civile deve estendersi necessariamente anche alla fase della *implementation*».

anch'egli — al pari degli enti che organizzano il c.e.s. — un atto di fraternità nei confronti dei PVS.

Prima però di approfondire questi temi è utile a questo punto ripercorrere brevemente la storia del c.e.s. anche con riguardo ai provvedimenti dell'Unione Europea cui ci si riferiva all'inizio di questo contributo.

## 2. ORIGINE E DIFFUSIONE DEL COMMERCIO EQUO E SOLIDALE.

A conferma della sua natura di spontaneità sociale, il *fair trade* nasce per libera iniziativa di persone e si diffonderà ed affermerà nel totale — almeno fino ad un certo periodo — disinteresse delle Istituzioni nazionali, sovranazionali ed internazionali. In Italia la prima iniziativa di c.e.s. è del 1974 (25), ma si trattava di una *filosofia* importata dall'estero (26), dove il *fair trade* nasce e si afferma, richiamando l'attenzione dell'Unione Europea, visto che il nostro Continente può a buon diritto essere considerato la *culla* del c.e.s.

La prima esperienza, infatti, è sorta per iniziativa di un gruppo di giovani cattolici olandesi che nel 1959 (27) fondarono la Cooperativa *SOS Werelhandel* con lo scopo di importare prodotti dai PVS. Da allora l'idea si diffonde rapidamente in altri Paesi dell'Europa (e non solo), tanto che nel 1964 a Ginevra la *Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo* (UNCTAD) (28) lancia l'appello «*trade, not aid*», che comporterà un vero e proprio cambio di prospettiva dell'intero movimento del c.e.s., foriero di una sua riorganizzazione. Infatti, questo appello

---

(25) E. CASALE, *Commercio equo e solidale: una mano tesa al terzo mondo*, in *Agg. soc.*, 1996, p. 753 ci informa che si tratta della «Cooperativa *Sir John*» di Morbegno che importa prodotti artigianali dal Bangladesh.

(26) G. VICECONTE, *Commercio Equo e Solidale (CEeS): quadro generale e impatto sull'occupazione*, in *Lav. e previdenza oggi*, 2001, p. 256 osserva che «il legame tra i due attributi, equo e solidale, è una scelta tipicamente italiana», visto che in Europa viene utilizzata la denominazione *Fair Trade* anche nelle sue traduzioni nazionali: quella francese di *commerce équitable* o quella spagnola di *comercio justo*.

(27) Questa paternità olandese è un dato ormai assodato: cfr. E. CASALE, *Commercio...*, cit., p. 751; G. VICECONTE, *Commercio...*, cit., p. 256; F. MONTANARI, *La Comunità europea e il commercio equo e solidale*, in *Dir. dell'U.E.*, 2003, p. 739, il quale (alla nota 3) precisa che il primo prodotto del c.e.s. è immesso sul mercato nel 1967.

(28) Sul ruolo dell'UNCTAD nella cooperazione internazionale allo sviluppo cfr. D. GALLI-C. GUCCIONE, *La cooperazione con i Paesi in via di sviluppo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo IV, Milano, 2003, pp. 3655-3657.

si fonda sull'idea che lo sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo possa essere incentivato da rapporti commerciali e non solo da pratiche di aiuto meramente assistenzialistiche. Sarà proprio da questa «nuova» idea che nascerà nel 1969 — e sempre in Olanda — la prima «Bottega del Mondo», che costituisce il «tipico punto vendita dei prodotti del CEeS»(29) e che velocemente si moltiplicherà, tanto che nei successivi due anni e nella sola Olanda se ne conteranno circa 120(30).

Il crescente successo delle iniziative del c.e.s. porterà — a metà degli anni Ottanta — ad un ulteriore punto di svolta che aggiornerà la strategia degli operatori del *fair trade*. È ancora l'Olanda la patria di questa svolta ad opera della Fondazione *Max Havelaar* che appronterà una sorta di certificazione dei prodotti equi e solidali. Come si è visto, fino ad allora l'autenticità della provenienza equa e solidale dei prodotti era attestata dal fatto che questi erano venduti nelle *Botteghe del Mondo* o altri punti vendita specializzati esclusivamente nel *fair trade*. Il metodo introdotto dalla Fondazione *Max Havelaar*, invece, consiste nell'apporre al prodotto un marchio che ne garantisca l'autentica provenienza equa e solidale, soddisfacendo così due esigenze.

In primo luogo, i prodotti con il marchio di garanzia potranno accedere anche alla rete di distribuzione commerciale convenzionale, fuoriuscendo dalla nicchia in cui resterebbero relegati se venissero distribuiti esclusivamente dai punti vendita specializzati(31). In secondo luogo, questa apertura ad altri canali distributivi che aspira ad ampliare il numero dei consumatori non abbasserà il livello di protezione di questi, giacché il consumatore sarà garantito dal marchio, concesso solo se il prodotto rispetterà i criteri stabiliti e resi noti al consumatore medesimo.

Riassumendo l'evoluzione del c.e.s. è, quindi, possibile individuare due diverse metodologie di svolgimento: la prima è quella del c.e.s. c.d. «tradizionale» che utilizza i punti vendita specializzati; la seconda è quella che si serve di marchi di garanzia, che, iniziata dalla Fondazione *Max Havelaar*, si è rapidamente dif-

---

(29) G. VICECONTE, *op. ult. cit.*, p. 257.

(30) Questo dato è riportato da E. CASALE, *op. ult. cit.*, p. 752.

(31) A favore di una commercializzazione anche nella distribuzione convenzionale (supermercati ed ipermercati) che consenta al c.e.s. di evitare un «posizionamento di nicchia» si esprime E. BORGONOVÌ, *Le ragioni dello sviluppo del Commercio Equo e Solidale*, in F. AMATUCCI (a cura di), *Il Commercio Equo e Solidale*, Milano, 1997, pp. 37-40.

fusa (32). Deve, però, essere sottolineato un punto che ai nostri fini è particolarmente importante e, cioè, che a monte di entrambe le due metodologie vi è il rispetto dei criteri del c.e.s., precedentemente individuati e resi noti al consumatore. Tale rispetto è garantito dal punto vendita, nel caso di c.e.s. «tradizionale» o dall'organizzazione che rilascia il marchio, nell'altra metodologia.

Questi criteri — su cui ci soffermeremo più avanti — sono ormai più o meno simili in tutte le esperienze nazionali ed anche in Italia l'AGICES ha adottato la «Carta Italiana dei criteri del Commercio Equo e Solidale», cui rinvia, come si è detto, la l.r. Toscana n. 37/2005.

### 3. L'IMPOSTAZIONE COMUNITARIA DEL COMMERCIO EQUO E SOLIDALE.

Da questa breve ricostruzione storica del c.e.s. emerge con chiarezza la spontaneità sociale della sua origine ed è probabile che il perdurante *silenzio* delle Istituzioni pubbliche abbia contribuito al suo sviluppo. Tuttavia, dagli inizi degli anni Novanta le Istituzioni comunitarie cominciarono ad interessarsi al fenomeno.

È il Parlamento Europeo il primo organo comunitario a far sentire la sua voce con una Risoluzione del 1991 (33), finalizzata, però, a prevedere soltanto un sostegno ai piccoli coltivatori di caffè dei Paesi del Terzo Mondo. Per avere un atto che affronti complessivamente il fenomeno del c.e.s. si dovranno attendere ancora sette anni, quando sempre il Parlamento Europeo approverà la c.d. «Risoluzione Fassa» (34), che ancora oggi rappresenta il documento più completo in tema di *fair trade*. È bene precisare che quando viene approvata la Risoluzione Fassa, il fenomeno del c.e.s. è già ben consolidato, pertanto la Risoluzione ha, per così dire, un valore ricognitivo, nel senso che prende atto di tutte le caratteristiche già esistenti del *fair trade*. Tuttavia, con essa il Parlamento Europeo indica chiaramente le finalità e, soprattutto, i criteri del c.e.s.

---

(32) Per una rassegna sulle diverse *sigle* e sulla loro evoluzione, cfr. F. MONTANARI, *La Comunità...*, cit. p. 740.

(33) Risoluzione dell'8 ottobre 1991, in *GUCE*, C 280 del 28 ottobre 1991, pp. 33-35.

(34) Risoluzione del 2 luglio 1998, in *GUCE*, C 226 del 20 luglio 1998, pp. 73-77.



Per quanto riguarda le finalità, la Risoluzione individua nel c.e.s. uno «strumento per favorire lo sviluppo dell'uomo e promuovere regole internazionali in materia economica e commerciale ispirate a maggiore giustizia ed equità tra Nord e Sud» (*considerando B*). In quest'ottica, il *fair trade* deve tendere a migliorare le condizioni ambientali e sociali nei PVS, intese come «importanti fattori che determinano la qualità della vita e fattori indispensabili di sviluppo» (*considerando D*). Oltre ad indicare queste finalità che sono intrinseche al c.e.s., rappresentando la sua stessa ragion d'essere, il Parlamento Europeo si preoccupa del consumatore, la cui «fiducia...trarrà vantaggio dall'applicazione trasparente di criteri e meccanismi di controllo autonomi altrettanto trasparenti» (*considerando T*).

Insomma, la Risoluzione Fassa se, da un lato, mantiene la distinzione tra c.e.s. tradizionale e quello svolto mediante certificazione (*considerando V*) (35), dall'altro lato mette in guardia dal «rischio di un abuso» (*considerando L*) che possa arrecare un danno al consumatore.

Proprio per evitare questi abusi, il paragrafo 10 della Risoluzione Fassa elenca i criteri che il c.e.s. dovrebbe «perlomeno rispettare» (36). Volendo riassumere questi criteri, si possono sud-

---

(35) Il paragrafo 15 della Risoluzione «incoraggia la creazione di un marchio comune c.e.s.; invita la Commissione a fornire assistenza in materia e, in generale, a operare con le organizzazioni di certificazione per rafforzare la credibilità e la notorietà nonché impedire l'uso illecito del termine c.e.s. che potrebbe confondere i consumatori».

(36) Per completezza riportiamo il paragrafo 10 della Risoluzione Fassa: «[il Parlamento europeo] ritiene che il c.e.s., per non dare adito ad abusi, dovrebbe perlomeno rispettare i seguenti criteri:

- acquisti diretti: società europee che importano direttamente da organizzazioni di produttori locali senza intermediari, diversi dalle organizzazioni di esportazione costituitesi a vantaggio di tali prodotti, fatta eccezione per le organizzazioni che, in ragione della loro situazione particolare, non possono esportare senza intermediari,

- un prezzo equo formato dal prezzo corrente di mercato, laddove esista, più un premio c.e.s., fermo restando che tale prezzo non può scendere al di sotto di una certa soglia,

- pagamento parziale anticipato, se richiesto dal produttore,

- mancanza di monopoli di importazione o vendita, per garantire libero accesso ai prodotti c.e.s. a organismi commerciali e punti vendita,

- trasparenza dei prezzi, informando il consumatore sul prezzo effettivo ottenuto dal produttore,

- relazioni stabili e di lunga durata con i produttori,

- condizioni di produzione che rispettino le convenzioni OIL in caso di impiego di salariati,

- nessuna discriminazione tra uomini e donne e nessun ricorso al lavoro infantile,

- rispetto dell'ambiente, protezione dei diritti dell'uomo e, in particolare, dei diritti delle donne e dei bambini nonché rispetto dei metodi di produzione tradizionali che favoriscono lo sviluppo economico e sociale,

dividere in due gruppi. Nel primo rientrano quei criteri — cui abbiamo più volte accennato — che mirano ad incentivare lo «sviluppo endogeno» sostenibile e, quindi, il c.e.s. deve operare in modo da proteggere i diritti dell'uomo e rispettare l'ambiente, osservando — nel caso di «impiego di salariati» — le Convenzioni OIL ed evitando discriminazioni sessuali ed il ricorso al lavoro infantile. Il secondo gruppo di criteri attengono al prezzo dei prodotti c.e.s. che rappresenta un aspetto cui ancora non abbiamo fatto riferimento, ma che è di grande rilevanza per l'intero fenomeno del *fair trade*. In particolare la Risoluzione Fassa stabilisce che uno dei criteri cui deve essere improntato il c.e.s. è quello di prevedere un «prezzo equo», intendendo quest'ultimo come quello «formato dal prezzo corrente di mercato, laddove esista, più un premio c.e.s., fermo restando che tale prezzo non può scendere al di sotto di una certa soglia». Ben si comprende come il concetto di «prezzo equo» sia assolutamente centrale per tutto il c.e.s., perché la maggiorazione del prezzo assicurata dal c.d. *fair trade premium* andrà a beneficio dei produttori locali nei PVS (37). Sempre a beneficio di quest'ultimi, la Risoluzione Fassa ha indicato l'ulteriore criterio del «pagamento parziale anticipato, se richiesto dal produttore». Appare evidente come entrambi questi criteri siano finalizzati ad incentivare lo sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo, elevando le condizioni economiche e sociali delle relative popolazioni.

Altrettanto evidente è, però, che la previsione di questi criteri comporterà un prezzo più alto dei prodotti c.e.s. rispetto agli analoghi prodotti del commercio convenzionale. Questo mette in risalto il ruolo *attivo* del consumatore etico, il quale consapevolmente accetterà di pagare un prezzo più elevato per contribuire allo sviluppo dei Paesi economicamente e socialmente più arretrati. Ecco perché è essenziale che egli abbia tutte le informazioni necessarie ad individuare il prodotto c.e.s. ed è proprio per questo che la Risoluzione Fassa pone tra i criteri anche quello della «trasparenza dei prezzi», che serve ad infor-

---

— rispetto dello sviluppo endogeno e sostegno all'autonomia delle popolazioni locali».

(37) Sul punto cfr. L. BECCHETTI-L. PAGANETTO, *Finanza etica. Commercio equo e solidale. La rivoluzione silenziosa della responsabilità sociale*, Roma, 2003, pp. 117-118.

mare il consumatore «sul prezzo effettivo ottenuto dal produttore».

4. IL COMMERCIO EQUO E SOLIDALE COME MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE ALLO SVILUPPO.

Questo, dell'informazione del consumatore, è un argomento che approfondiremo più avanti, perché adesso dobbiamo concludere l'esame della Risoluzione Fassa, la quale «sollecita la Commissione a presentare al più presto una comunicazione sul c.e.s.» (paragrafo 3). La Commissione accoglie la sollecitazione del Parlamento ed il 29 novembre 1999 trasmette al Consiglio la Comunicazione «sul commercio equo e solidale» (38). Invero, tale Comunicazione non presenta elementi particolarmente innovativi, limitandosi a descrivere la situazione del c.e.s. ed ispirandosi chiaramente alla Risoluzione Fassa. Tale Comunicazione non sarebbe, pertanto, di grande interesse per il nostro contributo se essa — oltre ad alcuni spunti che, però, svilupperemo più avanti — non contenesse nella sua *Introduzione* un esplicito richiamo all'art. 177, TCE, che stabilisce i principi in tema di cooperazione allo sviluppo, collocando così esplicitamente il c.e.s. in quest'ambito. Già nelle pagine precedenti avevamo — per via interpretativa — inserito il c.e.s. nell'ambito della cooperazione internazionale allo sviluppo (c.d. *fraterna*), ma il riferimento esplicito della Comunicazione della Commissione sembra avvalorare la nostra conclusione.

Si deve, però rilevare che tutto il Titolo XX del TCE, dedicato alla cooperazione allo sviluppo ed in cui è inserito il citato art. 177, sembra delineare una politica di cooperazione che non lascia spazio a soggetti privati. Non va dimenticato che il riparto di competenze tra Comunità e Stati membri è retto dal principio di sussidiarietà, in quanto la politica di cooperazione della prima «integra quelle svolte dagli Stati membri» (art. 177, TCE).

---

(38) *Comunicazione della Commissione al Consiglio sul «commercio equo e solidale»*, doc. COM (1999) 619.

4.1. *La disciplina italiana della cooperazione internazionale allo sviluppo.*

Allora dobbiamo rivolgere la nostra attenzione alla normativa nazionale e, in particolare, alla legge 26 febbraio 1987, n. 49 che, anticipando le norme del TCE (39), detta la disciplina italiana in tema di cooperazione allo sviluppo, ci accorgiamo che essa sin dall'inizio chiarisce che «la cooperazione allo sviluppo è parte integrante della politica estera dell'Italia» (art. 1, 1° comma) e che, conseguentemente, la relativa politica «è competenza del Ministro degli affari esteri» (art. 3, 1° comma).

Il legislatore italiano, con una scelta diversa da quella di altri Paesi europei, riconduce la politica di cooperazione allo sviluppo in capo al Ministero degli affari esteri (40), la cui organizzazione è articolata in diverse strutture competenti in materia (41).

A livello centrale sono istituiti, nell'ambito del Ministero degli affari esteri, il *Comitato Direzionale* e la *Direzione Generale per la Cooperazione allo sviluppo* (in seguito, D.G.C.S.). Al primo spettano numerosi compiti elencati dall'art. 9 della legge n. 49/1987 che possono essere riassunti nella definizione delle direttive per l'attuazione degli indirizzi generali determinati dal *Comitato interministeriale per la cooperazione allo sviluppo* (CICS), presieduto dal Ministro degli affari esteri ed istituito nell'ambito del CIPE. Inoltre il *Comitato Direzionale* delibera la programmazione annuale delle attività ed approva le iniziative di cooperazione il cui importo superi il controvalore in euro di due miliardi di lire. La D.G.C.S. (42), conformemente alle diret-

---

(39) La vigente disciplina del TCE in tema di cooperazione allo sviluppo è stata introdotta con il Trattato di Maastricht. Per una disamina delle norme che, prima di allora, disciplinavano la politica europea in materia v. D. GALLI-C. GUCCIONE, *La cooperazione...*, cit. pp. 3657-3659.

(40) C. FRANCHINI, *Profili amministrativi della disciplina della cooperazione allo sviluppo in Italia*, in questa *Rivista*, 1991, p. 394, osserva che in Germania è stata creata un'autonoma struttura ministeriale; nel Regno Unito la cooperazione allo sviluppo è di competenza di un Ministro senza portafoglio ed in Francia di un Ministro delegato.

(41) S. CASSESE-C. FRANCHINI, *La nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo: il quadro generale*, in *Dir. soc.*, 1989, pp. 338-340 sottolinea come questa suddivisione delle competenze all'interno della stessa organizzazione ministeriale rappresentò allora una novità.

(42) La quale, «limitatamente allo svolgimento dei compiti di natura tecnica relativi alle fasi di individuazione, istruttoria, formulazione, valutazione, gestione e controllo dei programmi, delle iniziative e degli interventi di cooperazione», è supportata dall'*Unità tecnica centrale* di cui all'art. 12 della legge n. 49/1987.

tive del *Comitato Direzionale*, svolge «l'istruzione delle questioni bilaterali e multilaterali» relative alla politica di cooperazione allo sviluppo, nonché espleta, in via diretta o indiretta, le attività necessarie alla realizzazione delle iniziative bilaterali (art. 10, 3° comma). Inoltre, la D.G.C.S. istituisce, previa deliberazione del *Comitato Direzionale*, le «unità tecniche di cooperazione nei Paesi in via di sviluppo destinatari della cooperazione italiana» (art. 10, 4° comma), le quali rappresentano strutture ministeriali a livello periferico che verificano gli interventi nei Paesi destinatari, informandone il Ministero. Completa l'organizzazione ministeriale centrale il *Comitato consultivo per la cooperazione allo sviluppo*, composto da esperti del settore e presieduto dal Ministro (o dal Sottosegretario) per gli affari esteri. Tale Comitato ha il compito di formulare pareri, trasmessi al Parlamento, sulla programmazione e sulle direttive del *Comitato Direzionale*, nonché sulla Relazione annuale del Ministro sulla politica di cooperazione.

Da questo succinto esame dell'organizzazione ministeriale relativa alla cooperazione allo sviluppo sembra che non ci sia spazio di intervento per i soggetti privati. Del resto, se la cooperazione allo sviluppo è considerata «parte integrante» della politica estera, non è ipotizzabile un completo arretramento delle competenze statali. Tuttavia, la legge n. 49/1987, coerentemente con la premessa in essa stabilita secondo cui la cooperazione allo sviluppo «comprende le iniziative pubbliche e private» (art. 1, 3° comma), prevede il coinvolgimento sia di imprese (art. 7) sia di Organizzazioni non governative (ONG).

Tralasciando le forme di finanziamento previsto per le imprese (che esulano dall'oggetto di questo contributo), dobbiamo focalizzare la nostra attenzione sulle ONG perché molte di esse svolgono attività di c.e.s. La legge n. 49/1987 (ed anche il relativo Regolamento di esecuzione, adottato con D.P.R. 12 aprile 1988, n. 177) stabilisce che per poter rientrare nell'attività di cooperazione allo sviluppo ed anche per beneficiare dei contributi e delle agevolazioni fiscali previsti dall'art. 29 della legge, le ONG devono richiedere ed ottenere il «riconoscimento di idoneità» concesso con decreto del Ministro degli affari esteri, previo parere dell'apposita Commissione (art. 28, 1° comma). Ovviamente, le ONG che aspirano al riconoscimento di idoneità devono avere i requisiti indicati dal 4° comma dell'art. 28. Così esse devono

*istituzionalmente* svolgere attività di cooperazione allo sviluppo; non devono perseguire finalità di lucro e non devono avere «rapporti di dipendenza» da enti lucrativi; devono documentare una «esperienza operativa» almeno triennale; devono impegnarsi a presentare una «relazione annuale» sui programmi in corso; devono accettare «controlli periodici... anche ai fini del mantenimento della qualifica». In sostanza, le ONG sono soggette sia ad un controllo preventivo ai fini del riconoscimento di idoneità, sia a controlli successivi che possono portare anche alla revoca dell'idoneità.

A questo punto, però, deve essere precisato che la legge non prevede espressamente che il riconoscimento di idoneità sia concesso per lo svolgimento di attività di c.e.s. Ed anche fra le numerose attività (indicate dall'art. 2 della legge n. 49/1987) in cui si sostanzia l'attività di cooperazione allo sviluppo non vi è alcun esplicito riferimento al *fair trade*. A nostro avviso, l'assenza di un espresso riferimento testuale non deve indurre a ritenere che il c.e.s. sia escluso dalle attività di cooperazione allo sviluppo. A tal proposito è sufficiente scorrere il corposo elenco di attività contenuto nell'art. 2 della legge n. 49/1987 per rendersi conto del fatto che le finalità del *fair trade* collimano con le attività indicate nella disposizione appena citata e che, quindi, il c.e.s. costituisce una delle modalità di svolgimento della cooperazione allo sviluppo (43).

Del resto, questa nostra conclusione è confermata dalla legge 3 ottobre 2002, n. 235 (che ratifica e dà esecuzione ad Accordi ACP-CE (44)), il cui art. 23 espressamente ricomprende nella cooperazione anche «lo sviluppo degli scambi, compresa la promozione del commercio equo».

---

(43) A titolo di esempio si possono citare alcune attività che — ai sensi dell'art. 2, 3° comma della legge n. 49/1987 — rientrano nella cooperazione allo sviluppo: «l'attuazione di interventi specifici per migliorare la condizione femminile e dell'infanzia, per promuovere lo sviluppo culturale e sociale della donna con la sua diretta partecipazione» (lett. *f*); «l'adozione di programmi di riconversione agricola per ostacolare la produzione della droga nei Paesi in via di sviluppo» (lett. *g*); «il sostegno a programmi di informazione e comunicazione che favoriscano una maggiore partecipazione delle popolazioni ai processi di democrazia e sviluppo dei paesi beneficiari» (lett. *m*).

(44) Con l'acronimo ACP-CE ci si riferisce ai rapporti — ormai tradizionali nella cooperazione allo sviluppo — tra i membri del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP) e la Comunità Europea (CE). Invero, la legge n. 235/2002 ratifica e dà esecuzione a due Accordi ACP-CE, il terzo è un Accordo con i «Paesi e territori d'oltremare», anch'essi *tradizionali* destinatari di attività di cooperazione allo sviluppo.

#### 4.2. *La cooperazione allo sviluppo nell'ordinamento comunitario.*

Se, quindi, la disciplina italiana coinvolge espressamente nella cooperazione allo sviluppo anche i soggetti privati, lo stesso non può dirsi per il Titolo XX del TCE, che, invece, sembra escluderli. Infatti, l'art. 177, TCE stabilisce che «la Comunità e gli Stati membri rispettano gli impegni e tengono conto degli obiettivi riconosciuti nel quadro delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali competenti». Il richiamo esplicito alle «organizzazioni internazionali competenti» pone l'interprete dinanzi al dilemma se il Trattato abbia voluto riferirsi esclusivamente alle organizzazioni *governative* ovvero anche a quelle *non governative*.

Tale questione si era già proposta con riferimento all'*ex art.* 229 del TCEE che — modificato in modo ininfluenza ai nostri fini — corrisponde al vigente art. 302, TCE. Tale articolo, dopo aver stabilito al 1° comma che «la Commissione assicura ogni utile collegamento con gli organi delle Nazioni Unite» (45), aggiunge — al 2° comma — che essa «assicura i collegamenti che ritiene opportuni con qualsiasi organizzazione internazionale». Anche in questo caso non è chiaro a quali organizzazioni si riferisce il Trattato. Tanto più che gli atti comunitari non utilizzano l'espressione in maniera univoca, anzi quando ricorre la locuzione *organizzazioni internazionali* senz'altra specificazione, di regola, si ritiene — sulla base di un'interpretazione logico-letterale — che ci si riferisca esclusivamente alle organizzazioni *governative* (46). Tuttavia, l'esame testuale dell'art. 302, TCE porta a conclusioni diverse, laddove si consideri che al 1° comma prevede una collaborazione, per così dire, *istituzionale* tra la Commissione e le Nazioni Unite, mentre al 2° comma *apre* anche a collegamenti con «qualsiasi» organizzazione internazionale.

Del resto, che l'art. 302, TCE possa riferirsi anche alle ONG (47) è confermato anche dalla «importanza "strategica"»

---

(45) L'art. 229 del TCEE aggiungeva anche gli organi e gli istituti «dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio».

(46) Per una rassegna di questi atti comunitari cfr. M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La Comunità Economica Europea e le organizzazioni non governative*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 1989, pp. 563-565.

(47) In questo senso S. MARCHISIO, *Le organizzazioni non governative internazionali e la cooperazione allo sviluppo*, Roma, 1985, p. 23.

che... [esse]... hanno assunto nella pratica comunitaria, specie a partire dalla seconda metà degli anni '70» (48).

Se queste argomentazioni appaiono convincenti per l'interpretazione dell'art. 302, TCE, non lo sono con riferimento all'art. 177, TCE. Infatti, proprio perché la *collaborazione* tra Istituzioni comunitarie ed ONG è, da tanti anni, consolidata, soprattutto nell'ambito della *politica dello sviluppo e della solidarietà* (49), era lecito attendersi che il Trattato di Maastricht — introducendo il Titolo XX sulla cooperazione allo sviluppo — contenesse un richiamo più preciso alle ONG. Invece, l'art. 177, TCE, non solo non distingue — come fa l'art. 302 — la *collaborazione istituzionale* da altri tipi di collaborazione, accomunando Nazioni Unite ed altre organizzazioni, ma anzi quest'ultime sono individuate come «competenti», il che richiama una *competenza* che non può certo essere riferita a soggetti privati quali sono le ONG.

Anche altri articoli del Titolo XX del TCE avvalorano questa interpretazione. Infatti, quando l'art. 181 prevede la collaborazione della Comunità e degli Stati membri con Paesi terzi e con organizzazioni internazionali — anche in questo caso definite «competenti» — sembra riferirsi a quelle *governative*. Ancora più chiaro è l'art. 180 là dove stabilisce che il coordinamento delle politiche di cooperazione tra Comunità e Stati membri possa avvenire «anche nelle organizzazioni internazionali e in occasione di conferenze internazionali».

Insomma, il Titolo XX del TCE non sembra lasciare spazio di intervento alle ONG, eppure la citata Comunicazione della Commissione non solo colloca il c.e.s. nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, ma si sofferma sul ruolo svolto dalle ONG, destinatarie peraltro di aiuti finanziari da parte dell'Unione Europea, erogati sulla base di apposite linee del bilancio comunitario finalizzate ad incentivare il c.e.s. (paragrafo 5 della Comunicazione).

Questa apparente incongruenza tra il Trattato e la Comunicazione della Commissione può essere superata se solo si ricorda che — come accennato in precedenza — nell'ambito della coope-

---

(48) M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *op. ult. cit.*, p. 566.

(49) Sempre M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *op. ult. cit.*, passa in rassegna i numerosi atti comunitari che coinvolgono le ONG nella *politica dello sviluppo* e nella *politica della solidarietà* (pp. 580-585).



razione allo sviluppo opera il principio di sussidiarietà, che nell'«ordinamento comunitario è improntato alla filosofia del risultato» (50), disvelando così la sua natura *dinamica* che non tollera un rigido riparto delle competenze, ma postula interventi adeguati agli obiettivi da raggiungere. Ed infatti l'art. 177, TCE indica gli obiettivi comunitari nella politica di cooperazione allo sviluppo, che potranno essere raggiunti con modalità diverse, fra cui rientra a pieno titolo anche il c.e.s. D'altronde, la Comunicazione della Commissione, nel delineare lo «stato dell'arte» (51) del *fair trade*, riconosce in quest'ultimo uno strumento importante per il perseguimento degli obiettivi fissati dall'art. 177, TCE. In quest'ottica, le altre norme del Titolo XX del Trattato delineano le modalità dell'intervento sussidiario della Comunità, individuandone anche le sedi internazionali dove questo può esplicarsi.

In ossequio, però, all'intrinseca natura *dinamica* del principio comunitario di sussidiarietà, il Trattato non inserisce questi interventi comunitari in una rigida *griglia* di competenze, ma li modula per intensità in ragione degli obiettivi da raggiungere. In altre parole, l'azione comunitaria nella cooperazione allo sviluppo non segue uno schema preordinato secondo il quale un tipo di intervento dovrà sempre essere svolto per raggiungere un obiettivo prefissato, ma, «caso per caso» (52), si adeguerà agli obiettivi individuati, scegliendo, fra quelli previsti, l'intervento più adeguato al raggiungimento dell'obiettivo. Tali interventi sono ovviamente diversi collocandosi su una scala che ne valuta la differente intensità. Sicché si può assistere ad un completo arretramento della Comunità a favore degli interventi degli Stati membri, quando la loro azione appare più adeguata allo scopo. E, viceversa, la Comunità può intervenire più incisivamente fino al punto di stipulare gli Accordi di cui all'art. 300, TCE che «sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri» (art. 300, par. 7, TCE). Ma anche il ricorso a quest'ultima tipologia di Accordi (che, come si è visto, rappresenta la misura comunitaria più

---

(50) G. COCCO, *Cronaca di molte scelte annunciate e di poche perseguite. Ovvero il principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 718, dove l'A. distingue nettamente l'impostazione comunitaria della sussidiarietà da quella italiana (spec. pp. 711-721).

(51) Così F. MONTANARI, *La Comunità...*, cit., p. 749.

(52) Così, riprendendo le conclusioni del Vertice di Edimburgo del 1992, A. RINELLA, *Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 441.

incisiva) è collegata ad una preventiva valutazione degli obiettivi che si vogliono conseguire. Tanto è vero che l'art. 181, TCE non impone *aprioristicamente* la conclusione di questi Accordi, riconoscendo soltanto una *possibilità* di concluderli ed anzi aggiungendo che la conclusione di questi «non pregiudica la competenza degli Stati membri a negoziare nelle sedi internazionali e a concludere accordi internazionali».

In conclusione, si può dire che il Trattato determina gli obiettivi nella politica di cooperazione allo sviluppo che gli Stati membri e, in via sussidiaria, le Istituzioni comunitarie sono chiamati a perseguire, scegliendo le misure che, di volta in volta, saranno ritenute più adeguate. Queste misure non sono solo gli atti statali e comunitari adottati, ma anche le modalità utilizzate per perseguire gli obiettivi di cooperazione allo sviluppo. Fra queste, il c.e.s. si configura come una delle modalità più innovative, come ha riconosciuto sia la Risoluzione Fassa che la Comunicazione della Commissione del 1999.

#### 5. I SOGGETTI DELLA FRATERNITÀ NEL COMMERCIO EQUO E SOLIDALE.

In quest'ottica, il Trattato non coinvolge espressamente le ONG, mentre — come si è visto — un esplicito riconoscimento del loro ruolo è previsto dalla disciplina italiana. Proprio quest'ultima — pur collocando la cooperazione allo sviluppo nell'alveo della politica estera — riconosce alle azioni svolte dalle ONG una dignità pari alla cooperazione «istituzionale». Le ONG risultano dunque soggetti attivi della fraternità, benché non sia sempre agevole tracciarne un profilo capace di accomunarle<sup>(53)</sup>. Di certo è, però, possibile individuare alcuni loro tratti tipici come la natura privata, l'assenza di finalità lucrative e lo svolgimento di attività di cooperazione allo sviluppo in favore delle popolazioni dei Paesi socialmente ed economicamente arretrati. Del resto, queste tre appena citate rientrano nel lungo elenco di «condizioni» richieste dall'art. 28 della legge n. 49/1987 al fine del riconoscimento dell'idoneità. Ma la dottrina concorda nel ritenere che si tratti di caratteristiche comuni a tutte le ONG che operano

---

(53) Già G. CASSONI, *I criteri di classificazione delle organizzazioni non governative*, in *Dir. int.*, 1967, p. 295 e ss. metteva in luce queste difficoltà.

nello scenario internazionale (54). Se le prime due caratteristiche delle ONG sono comuni a tutti i soggetti del settore *non profit* (il c.d. «terzo settore»), il terzo — e, cioè, l'attività in favore dei PVS — è invece peculiare delle ONG, ma appunto per questo necessita di alcune precisazioni.

Il fatto che si tratti di enti «non governativi» che operano fuori dai confini nazionali di riferimento, non deve indurre a ritenere che essi si sottraggano alla legislazione statale. Le ONG di cui stiamo trattando che operano nel campo della cooperazione allo sviluppo non sono cioè soggetti di diritto internazionale totalmente indipendenti dagli Stati, come se si collocassero su un piano di parità con essi. È vero semmai il contrario, giacché in linea di principio le ONG non si distaccano «dal guscio della sovranità statale» (55), essendo sottoposte al diritto interno degli Stati in cui operano per quanto riguarda le loro attività di cooperazione ed al diritto interno dello Stato dove hanno la sede per ciò che riguarda la loro organizzazione interna. D'altronde, abbiamo già visto che la legislazione italiana sottopone le ONG che intendono partecipare alla cooperazione internazionale sia ad un controllo preventivo che a controlli successivi da parte dell'autorità statale, finalizzati, rispettivamente, al riconoscimento ed al mantenimento dell'idoneità. Insomma, le ONG sono soggetti privati senza scopo di lucro che operano in un settore — quello della cooperazione allo sviluppo — assunto dall'ordinamento come *oggettivamente* pubblico e che pertanto sono (al pari degli altri enti *non profit*) sottoposte ad un intervento pubblico.

Ora, il coinvolgimento del privato non lucrativo in attività oggettivamente pubbliche è argomento interessante che già in altre occasioni abbiamo affrontato e sul quale non ritorniamo (56). Anche perché scopo del presente contributo è quello di analizzare il c.e.s. che — come si spera di aver chiarito nelle pagine precedenti — si configura come una particolare modalità operativa della cooperazione internazionale allo sviluppo, che si differenzia da quella «istituzionale», svolta cioè direttamente da strutture

---

(54) Cfr. P. BENVENUTI, *Organizzazioni internazionali non governative*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 408 e ss. (spec. pp. 408-412); M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *op. cit.*, pp. 568-572, e dottrina ivi citata.

(55) Così P. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 410.

(56) Rinviando, se si vuole, a S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004.

pubbliche. Tuttavia, il carattere di spontaneità sociale della cooperazione «fraterna» — di cui il c.e.s. rappresenta una esplicazione — non comporta il totale arretramento del pubblico, che, però, muterà la natura del suo intervento che non sarà diretto, ma che si limiterà alla programmazione ed al controllo.

È, questo, un punto rilevante anche perché se è vero che le finalità solidaristiche del *fair trade* coincidono con quelle perseguite dagli altri enti *non profit* che operano in campi diversi, è altrettanto vero che le modalità seguite dal c.e.s. appaiono diverse da quelle di altri enti del terzo settore. Quest'ultimi, infatti, erogano i loro beni e servizi in favore di soggetti che si trovano in una situazione di bisogno, pertanto i fruitori delle prestazioni erogati dai soggetti *non profit* sono in genere i beneficiari dell'azione *fraterna* svolta da questi enti, i quali, dunque, sono gli unici — insieme, ovviamente, alle persone che partecipano all'ente — soggetti attivi della fraternità (57). Nel c.e.s., invece, i beneficiari dell'azione di solidarietà sono i produttori — e, quindi, le popolazioni — dei PVS, mentre i fruitori dei beni equi e solidali compiono — al pari degli enti che organizzano il c.e.s. — un'azione solidaristica.

Emerge così la centralità del consumatore *etico*, che con la sua scelta di consumo compie un atto solidaristico, giacché è evidente che in tanto il c.e.s. può contribuire allo sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo in quanto vi siano consumatori che consapevolmente accettino di acquistarne i prodotti, corrispondendo — come si è visto — un prezzo maggiorato.

D'altra parte, questo ruolo attivo del consumatore *etico* è messo in luce da tutti gli atti che abbiamo già esaminato. Come abbiamo visto, la l.r. Toscana n. 37/2005 si spinge fino al punto di affermare che il c.e.s. «si fonda sul comportamento del consumatore». Analoga attenzione si può riscontrare anche nella citata Comunicazione della Commissione Europea del 1999 e nella Risoluzione Fassa del Parlamento Europeo. Quest'ultima in partico-

---

(57) Costituiscono un'eccezione a questo *schema* le cooperative sociali (disciplinate dalla legge 8 novembre 1991, n. 381) c.d. di «tipo B» che — ai sensi dell'art. 1 — impiegano «persone svantaggiate» indicate dall'art. 4. Infatti, in questo caso, l'azione solidaristica consiste nell'inserimento lavorativo di queste persone, che, quindi, beneficiano dell'attività dell'ente. Anche il recente d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 recante la «disciplina dell'impresa sociale» considera attività di *utilità sociale* l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati (art. 2, 2° comma).

lare si mostra attenta a garantire al consumatore *etico* le informazioni necessarie ad individuare la genuina provenienza equa e solidale del prodotto, al fine di consentirgli una scelta consapevole.

Ora, però, prima di approfondire questi temi, è opportuno chiarire alcuni concetti perché condotte consumeristiche tra loro diverse si fanno spesso rientrare sotto la comune *etichetta* di «consumo consapevole». Così come quando ci si riferisce alle informazioni da fornire al consumatore è forse utile specificare che ne esistono di vari tipi e natura.

## 6. «CONSUMO CRITICO» E «COMMERCIO LEALE».

Il nostro discorso si deve, quindi, focalizzare sul consumatore in generale e poi, più nello specifico, su quello *etico*. Anche perché da alcuni anni assistiamo in Italia all'emersione — pur in ritardo rispetto ad altri Paesi (58) — delle problematiche connesse alla tutela del consumatore. Non ci si riferisce soltanto al passaggio da una «difesa *negativa* del consumatore» ad una *positiva* (59) che ha portato — come si vedrà in seguito — al riconoscimento di un catalogo di diritti del consumatore. Intendiamo riferirci anche ad un particolare attivismo dei consumatori, certamente animato dalle loro associazioni e che ha portato addirittura alla costituzione di partiti politici (che si richiamavano apertamente ai consumatori) o comunque alla presentazione di liste in occasione di alcune recenti elezioni (60).

Al di là di queste manifestazioni, l'attivismo dei consumatori su cui intendiamo soffermarci è quello che si concretizza in

(58) Analizza i motivi di questo ritardo R. FERRARA, *Consumatore (protezione del) nel diritto amministrativo*, in *Digesto - Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, pp. 515-517.

(59) Così F. GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 38 [ma anche ID., *Articolo 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 61], che chiarisce che per «difesa *negativa* del consumatore [si intende]: “che cosa”, nell'interesse del consumatore, “non produrre” (prodotti nocivi); “come”, nell'interesse del consumatore, “non produrre” (prodotti difettosi o che espongono a pericolo il consumatore) o “non distribuire” (pubblicità menzognera, messaggi pubblicitari lesivi della libertà o della dignità del consumatore, clausole vessatorie delle condizioni generali del contratto) e così via», mentre aggiunge che «ora si comincia a discutere di difesa *positiva* del consumatore: gli si rivendica legittimazione ad interloquire sul “che cosa produrre”, su quali bisogni soddisfare, su come soddisfarli, sulle priorità del loro soddisfacimento».

(60) Ci sembra di cogliere anche in F. PIZZOLATO, *Le associazioni dei consumatori soggetto della cittadinanza*, in *Dir. econ.*, 2005, pp. 293-294 qualche perplessità su questa partitizzazione delle associazioni dei consumatori.

una serie di loro condotte di consumo particolari. Sembra di poter cogliere un atteggiamento di maggiore consapevolezza dei consumatori che li porta ad operare delle scelte di consumo orientate non solo al soddisfacimento del loro gusto o delle loro necessità, ma anche ad indirizzare la produzione e la vendita dei beni immessi nel mercato. Ci si riferisce a quei comportamenti che si fanno rientrare nel c.d. «consumo critico», così definito perché la scelta del consumatore è determinata da ragioni che esulano dalla mera esigenza utilitaristica. In sostanza, il consumatore volge la sua scelta verso quei beni fabbricati secondo processi produttivi rispettosi di quei valori che i consumatori critici ritengono pregevoli e, quindi, meritevoli di tutela e valorizzazione.

Gli esempi di questi tipi di condotta non mancano, basti pensare alle vere e proprie «campagne di boicottaggio» (61) di quei prodotti realizzati con l'impiego di lavoro infantile o in assenza di una tutela minima dei diritti dei lavoratori o, ancora, con metodologie aggressive dell'ambiente. La finalità del consumo critico è evidentemente quella di esercitare una pressione sui produttori che seguono quelle metodologie *moralmente* scorrette con l'unico strumento, lecito, a loro disposizione: la scelta di consumo, indirizzata verso prodotti realizzati nel rispetto dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori (62).

D'altra parte, i produttori, mossi non solo da ragioni *ideali*, ma anche dalla preoccupazione di perdere quote di mercato, reagiranno alle sollecitazioni del consumo critico, adottando pratiche di «commercio leale» e, cioè, abbandonando quelle metodologie produttive moralmente scorrette ed informandone, in varie forme, i consumatori.

Si evince da questa breve ricostruzione che «consumo critico» e «commercio leale» sono due facce della stessa medaglia, in quanto ad una azione del consumatore (il consumo critico) corrisponde una reazione del produttore (il commercio leale), che

---

(61) Su questi fenomeni cfr. R. SASSATELLI, *Il ruolo politico dei consumi nel processo globale*, in *Il Mulino*, 2004, p. 969 e ss.

(62) Nella pratica del «consumo critico» si fanno rientrare anche quelle condotte che sono mosse da ragioni diverse da quelle indicate nel testo. Si pensi, a tal proposito, ai c.d. «scioperi» dei consumi, che consistono nell'astensione dagli acquisti, organizzata — generalmente per una giornata — al fine di protestare contro l'aumento (ritenuto, indiscriminato) dei prezzi.

quindi accoglierà le istanze ambientaliste e sociali dei consumatori critici, con benefiche ricadute sull'intera collettività.

Ora, ci rendiamo conto che abbiamo utilizzato espressioni come «consumo critico» e «commercio leale» che hanno perlopiù un valore convenzionale e che, infatti, vengono alternate con altre (come «consumo consapevole» o «commercio alternativo» e così via) aventi significato più o meno analogo. Del resto, ci rendiamo anche conto delle difficoltà di definire fenomeni che nascono spontaneamente nel sociale (pur organizzati da associazioni ed altri enti) e che, quindi, interesserebbero maggiormente l'indagine sociologica e/o le strategie di marketing.

Tuttavia, si tratta di temi che interessano anche il giurista dal momento che la citata l.r. Toscana n. 37/2005 espressamente si riferisce alle «forme di commercio leale ed alle pratiche commerciali moralmente corrette» (art. 4, 1° comma) ed anche la Comunicazione della Commissione Europea del 1999 dedica un paragrafo al «commercio leale» (par. 5.4). Ma sono temi che interessano il giurista anche, e soprattutto, perché quelle condotte dei consumatori e dei produttori coinvolgono interessi (come la tutela dell'ambiente e dei diritti dell'infanzia e dei lavoratori) che, per loro intrinseca natura, hanno una rilevanza generale che non può lasciare indifferenti le Istituzioni pubbliche.

#### 6.1. *L'Ecolabel e la Responsabilità Sociale dell'impresa*

Infatti, le Istituzioni pubbliche possono tutelare quei beni socialmente rilevanti imponendo vincoli ed obblighi oppure possono incentivare condotte *moralmente* corrette con strumenti che non intervengono coercitivamente nelle dinamiche del libero mercato.

Un esempio di questa seconda modalità di intervento regolativo pubblico è dato dal «marchio di qualità ecologica», meglio conosciuto come *Ecolabel*, introdotto con il Regolamento (CEE) n. 880/1992 del 23 marzo 1992 (63), sostituito dal Regolamento (CE) n. 1980/2000 del 17 luglio 2000 (64). La procedura per l'assegnazione dell'Ecolabel consta di due momenti: il primo si svolge a livello comunitario, dove sono definiti i requisiti che un prodotto deve rispettare per l'assegnazione del marchio; il secondo momento si svolge a livello statale, dove un organismo

---

(63) Pubblicato in *G.U.C.E.* dell'11 aprile 1992, L 99, p. 1 e ss.

(64) Pubblicato in *G.U.C.E.* del 21 settembre 2000, L 237, p. 1 e ss.

competente assegna l'Ecolabel a quei prodotti che rispettano i suddetti requisiti. Deve, però, essere sottolineato che questa procedura costituisce un sistema volontario, in quanto il marchio è assegnato a richiesta dei «produttori, importatori, prestatori di servizi e venditori all'ingrosso e al dettaglio».

Da questa, pur succinta, ricostruzione emerge — come si era anticipato — la natura incentivante (65) e non coercitiva dell'Ecolabel, che non altera le dinamiche del libero mercato (66). Infatti, non è stabilito un obbligo di rispettare i parametri ambientali, ma si incentivano i produttori, i quali, constatando il maggiore *appeal* che il prodotto con l'Ecolabel esercita sui consumatori, saranno probabilmente portati a richiedere l'assegnazione del marchio (67). Così facendo, la disciplina mira ad innescare un circolo virtuoso che dovrebbe condurre un numero crescente di produttori a seguire processi produttivi ecologicamente corretti al fine di ottenere l'assegnazione dell'Ecolabel e rivolgersi così anche a quei consumatori più sensibili a questi temi (68).

Che, però, la prioritaria finalità della procedura di Ecolabel sia la tutela dell'ambiente si evince da un'importante novità introdotta dal Reg. n. 1980/2000, il quale include nella nozione di consumatore prevista ai fini dell'Ecolabel anche gli «acquirenti professionisti» (art. 1). Si può comprendere la portata di questa definizione solo se si considera che, nelle discipline poste a protezione del consumatore, in genere si esclude dalla relativa nozione

---

(65) M. GOLA, *Il marchio di qualità come strumento di tutela ambientale*, in questa *Rivista*, 1994, p. 900, opportunamente osserva che «in sostanza, il “premio” fissato in favore delle imprese che trattano prodotti con minore impatto ambientale consiste nella segnalazione di questa caratteristica alla collettività e, in specie, ai consumatori interessati all'acquisto dei prodotti».

(66) Sottolineano questo rispetto delle logiche di mercato C. RAPISARDA SASSOON, *Verso un nuovo equilibrio tra ambiente e mercato: il regolamento CEE per l'Ecolabel*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 197 e ss.; G. COCCO-A. MARZANATI-R. PUPILELLA-A. RUSSO, *Ambiente*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, pp. 184-189, che correttamente collocano l'Ecolabel tra «gli strumenti di mercato» nell'ambito della tutela ambientale, specificando che esso rappresenta uno strumento «che cerca di contemperare le esigenze dello sviluppo economico-sociale — uno “sviluppo sostenibile” — con quelle di tutela e di conservazione ambientale».

(67) V. ZAMBRANO, *Il marchio, il consumatore e l'Ecolabel*, in P. STANZIONE (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999, p. 249 sembra intravedere nello strumento dell'Ecolabel un ruolo più penetrante dei produttori, in quanto sostiene che il messaggio trasmesso dal marchio ecologico svolge una «funzione di creazione o meglio di orientamento dei gusti dei consumatori».

(68) Non a caso C. RAPISARDA SASSOON, *op. cit.*, p. 201, individua nell'Ecolabel «un'opportunità di marketing» ed analogo riferimento al marketing troviamo in M. CAPUANO, *Il marchio ecologico europeo (Ecolabel)*, in *Dir. com. scambi inter.*, 2002, p. 574.



chi acquista per motivi professionali e questo perché si presume che il consumatore per ragioni professionali abbia, oltre alla possibilità di reperire un maggior numero di informazioni, anche strumenti di protezione più efficaci nei confronti del venditore. Ne consegue che tradizionalmente la *consumer protection* si concentra sul consumatore non professionista (69), ritenuto il contraente debole nel rapporto di consumo (70). Il fatto che il Reg. n. 1980/2000 allarghi la nozione di consumatore se, da un lato, non comporta certo un abbassamento del livello di protezione del consumatore, dall'altro lato, denota la sua principale finalità di tutela ambientale, che deve essere perseguita, indipendentemente dalla circostanza che il consumatore acquisti o meno il prodotto per ragioni professionali.

Le stesse finalità dell'Ecolabel di incentivare i produttori a seguire metodologie *moralmente* corrette (seppur con esclusivo riferimento all'ambiente), sono perseguite dalla pratica della «Responsabilità Sociale delle imprese», su cui la Commissione Europea ha predisposto un *Libro Verde* (71). È noto che i principi e la pratica della *Corporate Social Responsibility* (CSR) si vanno viepiù diffondendo, anche sulla scorta delle esperienze di altri Paesi — dove la CSR ha un più antico radicamento — sorretti in taluni casi da interventi legislativi, mentre in Italia si basa essenzialmente su iniziative volontarie degli operatori (72).

Volendo definire la CSR si possono utilizzare le parole del citato *Libro Verde*, secondo cui con questo concetto si intende «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed eco-

---

(69) Così l'art. 3 del *Codice del consumo* (sul quale torneremo più avanti nel testo) include nella nozione di consumatore o utente soltanto le persone fisiche che agiscono «per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Anche nell'ordinamento comunitario sembra che tradizionalmente si possa escludere dalla nozione di consumatore chi agisce per scopi professionali, cfr. M. BARELLA, *Il consumatore nelle definizioni legislative*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, pp. 26-27, spec. nota 58.

(70) Sulla «non professionalità del consumatore», cfr. problematicamente P. STANZIONE, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 12-13.

(71) *Libro Verde - Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, del 18 luglio 2001, doc. (COM) 366.

(72) Per una rassegna anche di esperienze straniere cfr. M. CALCATERRA-A. GIORGIERI-L. VIGLIO, *L'intervento legislativo per la finanza socially responsible e le iniziative volontarie CSR*, in AA.VV., *Responsabilità sociale dell'impresa e la finanza etica*, Milano, 2002, p. 225 e ss.

giche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate». Detto in altri termini, la condotta delle imprese sarà socialmente responsabile quando, nei loro processi produttivi, non si limiteranno a rispettare le prescrizioni normative poste a tutela dell'ambiente e di altri valori socialmente rilevanti, ma svolgeranno interventi di promozione di questi valori. Infatti, il *Libro Verde* chiarisce che «essere socialmente responsabili significa non solo soddisfare pienamente gli obblighi giuridici applicabili, ma anche andare al di là investendo “di più” nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le altre parti interessate». Anche la CSR — come l'Ecolabel — si basa su iniziative volontarie delle imprese che decidono di tenere comportamenti socialmente responsabili, soltanto che il marchio ecologico è assegnato da un organismo statale, mentre l'autenticità delle condotte socialmente responsabili è attestata da organismi di autoregolamentazione, che rilasciano «etichette sociali» a quelle imprese che rispettano i requisiti richiesti.

A parte questa differenza, però, l'essenza della CSR collima con quella dell'Ecolabel, perché entrambi sono caratterizzati dalla volontarietà e dall'intento dei produttori di rendere più *accattivanti* i loro prodotti agli occhi dei consumatori più sensibili alle tematiche ambientalistiche e sociali (73).

A questo punto possiamo ritornare al tema del «consumo critico» e del «commercio leale», perché le istanze sociali che animano il primo (e che possono determinare il commercio leale) coincidono con quelle sottese all'Ecolabel ed alla CSR. Nei primi due casi sono manifestazioni che spontaneamente nascono nel sociale, negli altri due casi, l'ordinamento assume come pubbliche quelle istanze e decide di stimolare processi produttivi ecologicamente e socialmente responsabili con una disciplina puntuale (nel caso dell'Ecolabel) o con il più *soft* strumento del *Libro Verde*, nel caso della CSR. In tutti questi casi emerge, comunque, il protagonismo del consumatore che tenta di emanciparsi da una condizione di passività e, acquisendo consapevolezza, orienta con le sue scelte le condotte dei produttori.

---

(73) Ovviamente non si vuole escludere che il produttore segua processi produttivi socialmente ed ecologicamente corretti per sua intima convinzione e non solo come «strategia d'immagine».

Generalmente si tende a far rientrare anche il c.e.s. in questo c.d. «consumo consapevole»(74) ed effettivamente non mancano i punti di contatto. Infatti, le finalità sociali ed ambientali perseguite dal c.e.s. coincidono con quelle che abbiamo appena esaminato, anche se in più il *fair trade* mira sostanzialmente allo sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo. Inoltre, anche nel panorama del c.e.s. si sta diffondendo — come si è visto — il ricorso ad un sistema di «marchi» come avviene per l'Ecolabel e le etichette CSR. Tuttavia, a parte queste similitudini, ci sembra che il *fair trade* si differenzi dal consumo critico e dal commercio leale(75) ed anche dai sistemi di etichettatura ambientale e sociale.

Questo perché, innanzitutto, le pratiche di commercio leale si seguono nella produzione e nel commercio convenzionale. Sicché il produttore può seguire metodologie socialmente ed ecologicamente responsabili al fine di acquisire (o, comunque, non perdere) quote di consumatori. Ma può anche decidere che, per mantenere invariato (o, anche, innalzare) il livello di vendita dei suoi prodotti, può ricorrere a strategie diverse, come la riduzione dei prezzi o campagne pubblicitarie efficaci e così via.

Viceversa, il *fair trade* segue logiche diverse che si fondano sul rispetto di quei criteri indicati dalla Risoluzione Fassa e fatti propri da tutto il movimento c.e.s. Si vuol dire che aiutare lo sviluppo socio-economico dei PVS, immettendo nei mercati dei Paesi sviluppati beni prodotti nel Sud del Mondo con metodologie rispettose dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori, garantendo ai produttori locali un prezzo minimo, rappresentano caratteristiche indefettibili — ed esclusive — del c.e.s., in assenza di una delle quali non si può parlare di un prodotto del *fair trade*.

In sostanza, mentre gli operatori economici convenzionali possono scegliere se produrre o meno con metodologie socialmente ed ecologicamente corrette, gli operatori c.e.s. se non assicurano il rispetto di quei criteri si collocano al di fuori del sistema *fair trade* ed il relativo prodotto non potrà fregiarsi della qualifica di prodotto c.e.s.

---

(74) In questo senso R. SASSATELLI, *op. cit.*, pp. 976-979.

(75) A conferma di ciò si può rilevare che la citata Comunicazione della Commissione Europea sul commercio equo e solidale colloca il «commercio leale» tra le «altre attività connesse», evidenziando così una consonanza che non si risolve in identità.

Collegata a questa, vi è una seconda differenza tra il *fair trade* e le altre forme di commercio e produzione *moralmente* corrette che riguarda il sistema di etichettatura. Come si è visto nelle pagine precedenti, negli ultimi anni, accanto al *fair trade* c.d. «tradizionale» (cioè la vendita tramite le *Botteghe del Mondo* e gli altri negozi specializzati), si sta diffondendo l'utilizzo di un marchio c.e.s., che consente ai prodotti del *fair trade* di accedere anche alla rete di distribuzione convenzionale, giacché l'autenticità della loro provenienza equa e solidale sarà garantita da un marchio apposto a tali prodotti. Questo sistema richiama sia l'Ecolabel che l'etichetta sociale CSR. Questa somiglianza è, però, più apparente che reale, perché il marchio c.e.s. ha una natura diversa dalle altre due etichettature citate.

Quest'ultime due, infatti, hanno lo scopo di informare il consumatore che il prodotto è stato realizzato in maniera ecologicamente e socialmente responsabile e, quindi, le informazioni veicolate da queste due etichette hanno una natura *eventuale*, nel senso che il produttore ha deciso di seguire quei comportamenti. Viceversa, il marchio c.e.s. ha lo scopo di qualificare il prodotto, pertanto le informazioni da esso veicolate hanno una natura *necessaria*, nel senso che identificano il prodotto.

## 7. IL DIRITTO DEL CONSUMATORE ALL'INFORMAZIONE.

Per meglio comprendere questa differenza è utile allora soffermarsi sul diritto del consumatore di essere informato, perché è fuor di dubbio che il marchio rappresenta uno strumento con cui viene informato il consumatore (76). Altrettanto indubitabile è che il diritto all'informazione rappresenta uno snodo fondamentale dell'intera problematica della *consumer protection*, come del resto riconosciuto anche dalla disciplina italiana.

Infatti, sul finire del secolo scorso è stata approvata la legge 30 luglio 1998, n. 281 (recante la «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti») che è ora confluita nel *Codice del consumo*, adottato con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il cui art. 2 contiene un catalogo di «diritti fondamentali» dei consumatori e

---

(76) In questa sede tralasciamo di analizzare — anche solo per cenni — i profili giusprivatistici della disciplina e della problematica dei «marchi» e le numerose questioni che da essi derivano.

degli utenti, fra cui rientra anche quello ad una «adeguata informazione» (2° comma, lett. c).

Ora, il diritto all'informazione del consumatore è di chiara derivazione comunitaria, visto che era già riconosciuto dall'art. 153, TCE. Tuttavia, il legislatore italiano — a differenza del TCE — qualifica l'informazione cui ha diritto il consumatore come «adeguata», il che, a nostro avviso, non è proprio influente, poiché l'impiego di questo aggettivo ci autorizza a pensare che esista una varietà di tipi di informazioni.

Del resto se osserviamo la realtà non possiamo non notare che effettivamente viene fornita una vasta gamma di dati relativi ai prodotti e se poi aggiungiamo anche i numerosi messaggi pubblicitari — che comunque presentano un, seppur minimo, contenuto informativo — è agevole constatare che il consumatore è *bersagliato* da una molteplicità di informazioni. Ma queste non hanno tutte la medesima natura e le stesse finalità, che anzi cambiano a seconda dei casi e, con esse, mutano anche i relativi valori costituzionali di riferimento.

Se, infatti, il rapporto che intercorre tra il produttore/venditore ed il consumatore trova una copertura costituzionale nell'ambito della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, Cost., la tutela della salute del consumatore (a cui si ricollega, come si vedrà, anche il diritto all'informazione) trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 32, Cost. (77), senza dimenticare che, in taluni casi, la comunicazione di informazioni al consumatore può configurarsi come espressione di libertà di manifestazione del pensiero *ex art.* 21, Cost. (78).

Il richiamo a queste norme costituzionali conferma la varietà delle informazioni al consumatore, diverse per natura e finalità e,

---

(77) A. VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo. Profili di rilievo costituzionale*, Rimini, 1984, p. 87 sostiene che «il diritto alla salute debba ritenersi coesistente ed immanente a tutta la problematica del consumo».

(78) La libertà di manifestazione del pensiero viene in rilievo nel caso dei messaggi pubblicitari. Tuttavia, è bene sottolineare che la pubblicità — pur avendo un certo contenuto informativo — si distingue nettamente dall'informazione al consumatore propriamente detta, cfr. su tali questioni A. CERRI, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. informazione e dell'informatica*, 1995, p. 537 e ss. Sul rapporto tra «adeguata informazione» e «corretta pubblicità» cfr. R. COLAGRANDE, *Disciplina dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1998, pp. 710-711. Più in generale sull'intreccio tra pubblicità e libertà di manifestazione del pensiero cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, pp. 120-121; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali - Parte speciale*, Padova, 1992, pp. 393-394.

conseguentemente, per i valori costituzionali che vengono in rilievo, che, talvolta, possono essere tra loro confliggenti e che, quindi, impegnano l'interprete a ricomporli in un quadro unitario. Forse un po' schematicamente, possiamo suddividere queste informazioni in tre gruppi.

Nel primo rientra quell'«adeguata informazione» di cui parla il *Codice del consumo* e che consiste in quella serie di dati relativi al prodotto che permette al consumatore di conoscerlo meglio, consentendogli di compiere una scelta di consumo consapevolmente diretta a soddisfare i propri interessi.

In sostanza si tratta di quelle informazioni che tutelano la scelta dei consumatori perché, da un lato, gli permettono di valutare se il prodotto corrisponde ai propri interessi e bisogni e, dall'altro lato, lo informano sui rischi che eventualmente possono derivare dal prodotto o da un suo non corretto utilizzo (79). Ed è in questi casi che, con tutta evidenza, le informazioni sono finalizzate a salvaguardare un bene costituzionale primario come quello della tutela della salute *ex art. 32, Cost.* Ma anche quando le informazioni mirano soltanto a consentire al consumatore di scegliere il prodotto più confacente alle sue esigenze, non si può negare che si tratti di un diritto immediatamente inerente alla protezione del consumatore. Tanto è vero che, già oltre vent'anni prima dell'entrata in vigore del *Codice del consumo*, la migliore dottrina annoverava il diritto all'informazione tra i «*diritti sostanziali* dei consumatori, posizioni protette, cioè, in vista della diretta soddisfazione dei loro interessi meritevoli di tutela» e che, quindi, si distinguono dai «*diritti strumentali*, cioè posizioni protette al fine di consentire o favorire l'esercizio o la migliore tutela dei diritti sostanziali» (80).

Se, quindi, la finalità di questo primo tipo di informazioni è quella di protezione del consumatore, il loro contenuto è cangiante, in quanto risente dei mutamenti sociali e dei progressi scientifici e tecnologici (81). Si vuol dire che se la tossicità di una

---

(79) Limitrofa a questa problematica è quella relativa ai prodotti difettosi (originariamente disciplinata dal D.P.R. 24 maggio 1998, n. 224 ed ora confluita nel *Codice del consumo*), tanto che E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005, p. 177 osserva che «eventuali informazioni reticenti o ingannevoli configureranno un prodotto difettoso sotto il profilo del difetto di informazione».

(80) V. ONIDA, *Regioni ed enti locali per la tutela dei consumatori*, in *Le Regioni*, 1983, p. 367.

(81) Lo nota V. ONIDA, *op. cit.*, p. 368.

sostanza che compone un prodotto viene accertata dopo che è già trascorso un certo periodo dalla sua commercializzazione, evidentemente la legislazione si adeguerà riconoscendo al consumatore un diritto ad essere informato (e, correlativamente, al produttore un obbligo di informare) di questa nuova scoperta scientifica. Proprio per questo loro contenuto mutevole, la determinazione di questo primo gruppo di informazioni è rimesso alla discrezionalità del legislatore che, per il tramite del *principio-valvola* (82) della «utilità sociale» *ex* 2° comma dell'art. 41, Cost. (83), impone ai produttori di adeguare ai cambiamenti sociali e scientifici le informazioni da fornire ai consumatori (84).

Nel secondo gruppo rientrano quelle informazioni che, pur dirette ai consumatori, non soddisfano esclusivamente esigenze di *consumer protection*, avendo come prioritaria finalità la tutela di interessi generali. È il caso dell'Ecolabel e del marchio CSR, che, come si è visto, informano il consumatore sul processo produttivo, ma che principalmente mirano ad incentivare una produzione ecologicamente e socialmente responsabile. Questo secondo tipo di informazioni si differenzia dal primo non solo perché la protezione del consumatore si realizza in via indiretta, ma anche perché diverso è il tipo di intervento normativo. Infatti, se nel primo caso il legislatore impone sostanzialmente un obbligo di informare, in questo secondo caso si incentiva la condotta desiderata che il produttore stesso avrà interesse a far conoscere al consumatore. In questo senso, come si è visto, l'Ecolabel svolge una funzione premiale perché consente al prodotto di indirizzarsi anche verso fasce di consumatori più sensibili al rispetto dell'ambiente. Proprio per questo si può individuare nell'Ecolabel una di quelle forme di programmazione che, ai sensi dell'art. 41, 3° comma, Cost., indirizza l'attività economica verso «fini sociali» (85). Del resto, è appena il caso di rilevare che, ormai da

---

(82) Sul concetto di «principio-valvola» si veda M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 79-124, che riprende l'elaborazione di K.G. Wurzel.

(83) In questo senso G. BIANCO, *Brevi considerazioni sui diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti*, in A. BARBA (a cura di), *op. cit.*, p. 291 e prima ID., *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, pp. 180-183.

(84) Sul diritto all'informazione del consumatore cfr. S. FARO, *La tutela del consumatore*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato...*, cit., Tomo IV, pp. 4100-4102.

(85) In questo senso, M. GOLA, *op. cit.*, p. 900 e G. COCCO-A. MARZANATI-R. PUPILELLA-A. RUSSO, *op. cit.*, p. 187.

lungo tempo, si conviene nel ritenere che la citata norma costituzionale non abbia voluto introdurre una forma precettiva di programmazione, che di fatto si risolverebbe in una sorta di *pianificazione dittatoriale*, optando invece per una «programmazione “indicativa” o “per incentivi”» (86).

### 7.1. *L'informazione sul prodotto equo e solidale.*

Se fino a questo punto abbiamo analizzato due diverse tipologie di informazioni che riguardano il consumatore in generale, adesso dobbiamo soffermarci su quelle informazioni che devono essere fornite al consumatore che acquista un prodotto equo e solidale. Infatti, il consumatore *etico* ha diritto a ricevere, oltre alla «adeguata informazione» di cui abbiamo già trattato, anche delle ulteriori informazioni *necessarie* ad individuare il prodotto equo e solidale. In questo caso, la scelta del consumo *fair trade* è determinata dalla volontà del consumatore di contribuire allo sviluppo dei Paesi del Sud del Mondo, pertanto tutti i dati che servono ad individuare la provenienza equa e solidale non si esauriscono in quella «adeguata informazione», rimessa — come si è visto — alla discrezionalità del legislatore, ma rappresentano un'informazione *necessaria* per determinare la scelta. In questo consiste la differenza con l'Ecolabel ed il marchio CSR, giacché questi segnalano al consumatore una condotta *eventuale* del produttore, mentre la qualifica c.e.s. è *essenziale* perché individua il prodotto.

Si può dire che la natura equa e solidale del prodotto equivale alla categoria merceologica dei beni convenzionali e, come questa, qualifica con precisione il prodotto, costituendo la causa originaria da cui scaturisce la scelta di consumo. Pertanto, le informazioni volte ad individuare la categoria merceologica (nel commercio convenzionale) e la natura equa e solidale (nel *fair trade*) possono sì essere meglio specificate ed integrate dal legislatore, il quale, però, non può spingersi fino al punto di intaccare quel nucleo minimo intangibile che serve ad individuare il prodotto. In altri termini, si tratta di dati che costituiscono elemento

---

(86) V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 918 e di una programmazione «per obiettivi» parla A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 1239.



essenziale del prodotto e, quindi, anche del rapporto di consumo, ne consegue che l'obbligo per il produttore/venditore di fornire le relative informazioni trova un fondamento costituzionale direttamente nel 1° comma dell'art. 41, Cost. (87).

Se, quindi, le informazioni volte a garantire la genuina provenienza equa e solidale del prodotto sono necessarie per individuarlo, si pone il problema — avvertito anche dalla Risoluzione Fassa — di garantire l'effettiva osservanza di quei criteri che caratterizzano il *fair trade*. Insomma, il consumatore *etico* deve essere certo dell'autentica provenienza equa e solidale del prodotto acquistato. Attualmente questa funzione è svolta dalle *Botteghe del Mondo* (e da altri punti vendita specializzati) nel caso del *fair trade* c.d. «tradizionale», perché il fatto che il prodotto sia venduto in questi negozi specializzati dovrebbe *attestare* la sua natura equa e solidale. Viceversa, per quei prodotti che si fregiano del marchio c.e.s., la verifica del rispetto dei criteri del *fair trade* spetta alle organizzazioni che assegnano il marchio.

Questa situazione desta qualche perplessità perché in entrambi i casi si tratta di soggetti privati coinvolti nel c.e.s. Se, da un lato, questa forma di autoregolazione (88) sottolinea la spontaneità sociale del *fair trade*, dall'altro lato, può non essere adeguata a garantire i consumatori, non essendo sempre riscontrabile

---

(87) È noto che nella nostra Costituzione — a differenza, per esempio, della Costituzione spagnola il cui art. 51 impegna i poteri pubblici a garantire «la difesa dei consumatore e degli utenti» — manca un esplicito riferimento al consumatore. Per vero, in Assemblea Costituente fu presentato l'emendamento Cortese secondo cui «la legge regola l'esercizio dell'attività economica al fine di difendere gli interessi e la libertà del consumatore». L'appassionato intervento dell'on. Cortese (si veda CAMERA DEI DEPUTATI - *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Vol. II, spec. p. 1376) evidenzia il chiaro intento antiprotezionistico ed antimonopolistico dell'emendamento proposto. Tanto è vero che l'on. Cortese ritirò il suo emendamento per aderire a quello antimonopolistico presentato da Einaudi (*ivi*, p. 1669). Il fatto, però, che manchi un esplicito riferimento al consumatore non deve indurre a pensare che il rapporto di consumo — ed anche quello più particolare connesso al c.e.s. — sia privo di copertura costituzionale. Infatti, è assolutamente pacifico in dottrina ricondurre il rapporto di consumo nell'ambito della libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41, Cost., cfr., senza pretesa di completezza, M. BESSONE, *Economia di mercato, strategie d'impresa e statuto costituzionale dei diritti del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 932; A. VIGNUPELLI, *op. cit.*, *passim*; R. FERRARA, *op. cit.*, p. 520; G.F. CARTEI, *Consumatore (tutela del)*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *op. cit.*, p. 633.

(88) A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pp. 75-76 analizzano, in chiave parzialmente diversa da quella adottata nel testo, la «tecnica della trasparenza» che può produrre buoni risultati a condizione che «chi produce le informazioni lo faccia in modo *affidabile*» (p. 75).

in questi soggetti i requisiti di indipendenza (89) e terzietà, necessari per garantire l'attendibilità delle loro attività. Tanto più quando, come nel caso del c.e.s., si tratta di informazioni il cui reperimento è per il consumatore impossibile o, comunque, molto difficile.

È auspicabile, quindi, che si creino strutture indipendenti che siano in grado di certificare l'autentica natura equa e solidale dei prodotti. Un discorso parzialmente diverso può essere fatto per le ONG italiane che hanno ottenuto il riconoscimento di idoneità ai sensi della legge n. 49/1987. Come si è visto, queste ONG sono sottoposte ad un controllo preventivo ed a controlli successivi da parte dell'autorità pubblica. Pertanto, benché si tratti di soggetti privati che possono operare nel campo del c.e.s., la loro affidabilità sarebbe costantemente verificata dalla pubblica autorità.

---

(89) Sul requisito dell'indipendenza delle organizzazioni di certificazione, anche nel campo del c.e.s., insiste F. MONTANARI, *Sviluppo sostenibile, certificazione ed etichettatura: il ruolo della Comunità Europea*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Commercio...*, cit., pp. 200-201.



CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Grande Sezione), sentenza 3 maggio 2005 in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Repubblica italiana c. Silvio Berlusconi e altri.

**Diritto penale - Principi generali del diritto comunitario - Applicazione retroattiva della pena più mite - Inclusione.**

**Diritto penale - Applicazione di una direttiva, comportante un aggravamento della responsabilità penale del singolo, indipendentemente da una legge interna di recepimento - Impossibilità.**

*Il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri: ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario (1).*

*La prima direttiva sul diritto societario non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati (2).*

(*Omissis*). — 1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (*GU* L 65, p. 8; in prosieguo: la «prima direttiva sul diritto societario»), in particolare dell'art. 6 della medesima, della quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera *g*), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (*GU* L 222, p. 11; in prosieguo: la «quarta direttiva sul diritto societario»), in particolare dell'art. 2 della medesima, e della settima direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera *g*), del Trattato e relativa ai conti consolidati (*GU* L 193, p. 1; in prosieguo: la «settima direttiva sul diritto societario»), in particolare dell'art. 16 della medesima, nonché degli artt. 5 del Trattato CEE (divenuto art. 5 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 10 CE) e 54, n. 3, lett. *g*), del Trattato CEE (divenuto art. 54, n. 3, lett. *g*), del Trattato CE, a sua volta divenuto, in seguito a modifica, art. 44, n. 2, lett. *g*), CE).

2. Tali domande sono state presentate nell'ambito di procedimenti penali avviati a carico dei sigg. Berlusconi (causa C-387/02), Adelchi (causa C-391/02)

e Dell'Utri e a. (causa C-403/02) per presunta violazione delle disposizioni in materia di false comunicazioni sociali (falsità in scritture contabili) previste dal codice civile italiano (in prosieguo: il «codice civile»).

#### CONTESTO NORMATIVO

##### *Disciplina comunitaria*

3. In forza dell'art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione delle Comunità europee operano al fine della soppressione delle restrizioni relative alla libertà di stabilimento coordinando, nella necessaria misura e al fine di renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, del Trattato CEE (divenuto art. 58, secondo comma, del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 48, secondo comma, CE), per proteggere gli interessi tanto dei soci quanto dei terzi.

4. Su tale fondamento sono state quindi adottate dal Consiglio varie direttive, di cui le seguenti in particolare assumono rilevanza nelle cause principali.

5. La prima direttiva sul diritto societario si applica, conformemente al suo art. 1, alle società di capitali, vale a dire, per l'Italia, ai seguenti tipi di società: la società per azioni (in prosieguo: la «SpA»), la società in accomandita per azioni e la società a responsabilità limitata (in prosieguo: la «Srl»).

6. Tale direttiva prevede tre misure dirette a proteggere i terzi che trattino con tali società, vale a dire la costituzione di un fascicolo contenente talune informazioni obbligatorie tenuto per ogni società presso il registro di commercio territorialmente competente, l'armonizzazione delle disposizioni nazionali concernenti la validità e l'opponibilità degli obblighi assunti in nome di una società (comprese le società in formazione) e la fissazione di un elenco tassativo dei casi di nullità delle società.

7. Ai sensi dell'art. 2 della prima direttiva sul diritto societario:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie perché l'obbligo della pubblicità per le società concerna almeno gli atti e le indicazioni seguenti:

(...)

f) il bilancio ed il conto profitti e perdite di ogni esercizio. Il documento che contiene il bilancio deve indicare le generalità delle persone che ai sensi di legge sono tenute a certificare il bilancio. Tuttavia, per le società a responsabilità limitata di diritto tedesco, belga, francese, italiano e lussemburghese, enumerate all'articolo 1, nonché per le società anonime chiuse dell'ordinamento olandese, l'applicazione obbligatoria di questa disposizione è rinviata sino alla data di attuazione di una direttiva concernente il coordinamento del contenuto dei bilanci e dei conti profitti e perdite e comportante l'esenzione dall'obbligo di pubblicare, integralmente o parzialmente, tali documenti per le società di questo tipo con un ammontare di bilancio inferiore alla cifra che sarà fissata nella di-

rettiva stessa. Il Consiglio adotterà tale direttiva nei due anni successivi all'adozione della presente direttiva;

(...)».

8. L'art. 3, nn. 1 e 2, di questa direttiva dispone che:

«1. In ciascuno Stato membro viene costituito un fascicolo, o presso un registro centrale, o presso il registro di commercio o registro delle imprese, per ogni società iscritta.

2. Tutti gli atti e indicazioni soggetti all'obbligo della pubblicità a norma dell'articolo 2 sono inseriti nel fascicolo o trascritti nel registro; dal fascicolo deve in ogni caso risultare l'oggetto delle trascrizioni fatte nel registro».

9. Ai sensi dell'art. 6 della detta direttiva:

«Gli Stati membri stabiliscono adeguate sanzioni per i casi di:

— mancata pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite, come prescritta dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera f);

(...)».

10. La quarta direttiva sul diritto societario, che per quanto riguarda l'Italia si applica ai medesimi tipi di società a cui fa riferimento la prima direttiva sul diritto societario, citati al punto 5 della presente sentenza, armonizza le disposizioni nazionali relative alla redazione, al contenuto, alla struttura e alla pubblicità dei conti annuali delle società.

11. L'art. 2 di questa direttiva prevede quanto segue:

«1. I conti annuali comprendono lo stato patrimoniale, il conto profitti e perdite e l'allegato. Questi documenti formano un tutto inscindibile.

2. I conti annuali devono essere elaborati con chiarezza ed essere conformi alla presente direttiva.

3. I conti annuali devono dare un quadro fedele della situazione patrimoniale, di quella finanziaria nonché del risultato economico della società.

4. Quando l'applicazione della presente direttiva non basta per fornire il quadro fedele di cui al paragrafo 3, si devono fornire informazioni complementari.

5. Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione della presente direttiva contrasta con l'obbligo di cui al paragrafo 3, occorre derogare alla disposizione in questione onde fornire il quadro fedele di cui al paragrafo 3. Tale deroga deve essere menzionata nell'allegato e debitamente motivata con l'indicazione della sua influenza sulla situazione patrimoniale, su quella finanziaria nonché sul risultato economico. Gli Stati membri possono precisare i casi eccezionali e fissare il corrispondente regime derogatorio.

6. Gli Stati membri possono autorizzare o esigere che nei conti annuali vengano divulgate altre informazioni oltre a quelle la cui divulgazione è richiesta dalla presente direttiva».

12. L'art. 11 della detta direttiva prevede che gli Stati membri possono permettere che le società che non superano taluni limiti numerici relativi al totale dello stato patrimoniale, all'importo netto del volume d'affari e al

numero dei dipendenti redigano uno stato patrimoniale in forma abbreviata. L'art. 12 della medesima direttiva contiene altre precisazioni a tale riguardo.

13. L'art. 47, n. 1, della quarta direttiva sul diritto societario, figurante nella sezione 10 della medesima, intitolata «Pubblicità», dispone quanto segue:

«I conti annuali regolarmente approvati e la relazione sulla gestione, nonché la relazione redatta dalla persona incaricata della revisione dei conti formano oggetto di una pubblicità effettuata nei modi prescritti dalla legislazione di ogni Stato membro conformemente all'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE. (...)».

14. Ai sensi dell'art. 51 della quarta direttiva sul diritto societario, figurante nella sezione 11 della stessa, intitolata «Controllo»:

«1. a) Le società devono far controllare i loro conti annuali da una o più persone abilitate ai sensi della legge nazionale alla revisione dei conti.

b) La persona o le persone incaricate della revisione dei conti devono altresì controllare che la relazione sulla gestione concordi con i conti annuali di esercizio.

2. Gli Stati membri possono esentare dall'obbligo previsto al paragrafo 1 le società di cui all'articolo 11.

L'articolo 12 è applicabile.

3. Nell'ipotesi di cui al paragrafo 2 gli Stati membri introducono nella loro legislazione adeguate sanzioni nel caso in cui i conti annuali o la relazione sulla gestione delle società in questione non siano redatti conformemente alla presente direttiva».

15. La settima direttiva sul diritto societario, che per quanto riguarda l'Italia si applica ai medesimi tipi di società a cui fanno riferimento la prima e la quarta direttiva sul diritto societario, citati ai punti 5 e 10 della presente sentenza, prescrive misure di coordinamento delle disposizioni nazionali relative ai conti consolidati delle società di capitali.

16. L'art. 16, nn. 26, della settima direttiva sul diritto societario contiene, in materia di conti consolidati, in sostanza, disposizioni identiche a quelle dell'art. 2, nn. 26, della quarta direttiva sul diritto societario per i conti annuali, ricordate al punto 11 della presente sentenza.

17. L'art. 38, nn. 1, 4 e 6, figurante nella sezione 5 della settima direttiva sul diritto societario, intitolata «Pubblicità dei conti consolidati», così dispone:

«1. I conti consolidati regolarmente approvati e la relazione consolidata sulla gestione nonché la relazione della persona incaricata del controllo dei conti consolidati formano oggetto di una pubblicità effettuata dall'impresa che ha redatto i conti consolidati nei modi prescritti dalla legislazione dello Stato membro cui l'impresa è soggetta conformemente all'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE.

(...)

4. Tuttavia, qualora l'impresa che ha redatto i conti consolidati sia organizzata in una forma diversa da quelle elencate all'articolo 4 e non sia soggetta, a

norma della legislazione nazionale, a un obbligo di pubblicità per i documenti di cui al paragrafo 1, analogo a quello previsto all'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE, essa deve almeno tenerli a disposizione del pubblico presso la propria sede sociale. (...)

(...)

6. Gli Stati membri prevedono sanzioni appropriate in caso di mancata pubblicità ai sensi del presente articolo».

## NORMATIVA NAZIONALE

### *Il diritto societario*

18. Il decreto legislativo del presidente della Repubblica 11 aprile 2002, n. 61, relativo alla disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (*GURI* 15 aprile 2002, n. 88, p. 4; in prosieguo: il «d.lgs. n. 61/2002»), entrato in vigore il 16 aprile 2002, ha sostituito il titolo XI del libro V del codice civile con il nuovo titolo XI, intitolato «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi».

19. Questo decreto legislativo è intervenuto nell'ambito della riforma del diritto societario italiano attuata mediante un complesso di decreti legislativi adottati in base alla delega contenuta nella legge 3 ottobre 2001, n. 366 (*GURI* 8 ottobre 2001, n. 234).

20. L'art. 2621 del codice civile, intitolato «False comunicazioni ed illegale ripartizione di utili o di acconti sui dividendi», nella sua versione precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002 (in prosieguo: l'«originario art. 2621 del codice civile»), disponeva quanto segue:

«Salvo che il fatto costituisca reato più grave, sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 1 032 euro a 10 329 euro:

1) i promotori, i soci fondatori, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali nelle relazioni, nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, fraudolentemente espongono fatti non rispondenti al vero sulla costituzione o sulle condizioni economiche della società o nascondono in tutto o in parte fatti concernenti le condizioni medesime;

(...)».

21. Il d.lgs. n. 61/2002 ha introdotto, in particolare, negli artt. 2621 e 2622 del codice civile nuove disposizioni penali che reprimono la presentazione di false comunicazioni sociali, reato denominato anche «falsità in scritture contabili» (in prosieguo, a seconda dei casi, il «nuovo art. 2621 del codice civile», il «nuovo art. 2622 del codice civile» o «i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile»), che prevedono quanto segue:

«Articolo 2621 (*False comunicazioni sociali*)

Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il



pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino ad un anno e sei mesi.

La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.

Articolo 2622 (*False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori*).

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale ai soci o ai creditori sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta».

#### *Il diritto penale generale*

22. Ai sensi dell'art. 2, secondo-quarto comma, del codice penale italiano (in prosieguo: il «codice penale»), intitolato «Successione di leggi penali»:

«Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti».

23. Secondo l'art. 39 del codice penale, i reati si suddividono essenzialmente in delitti e contravvenzioni e per i delitti, conformemente all'art. 17 dello stesso codice, sono stabiliti taluni tipi di pene più gravi che per le contravvenzioni.

24. Dall'art. 158, primo comma, di questo codice emerge che il termine di prescrizione decorre dal giorno della consumazione del reato e non dalla sua scoperta.

25. Risulta inoltre dagli artt. 157 e 160 del detto codice che i termini di prescrizione vanno da tre anni a non oltre quattro anni e mezzo per contravvenzioni quali quelle previste dal nuovo art. 2621 del codice civile, e da cinque anni a non oltre sette anni e mezzo per delitti quali quelli enunciati dall'originario art. 2621 del codice civile e quelli previsti dal nuovo art. 2622 del medesimo codice. L'art. 160 del codice penale fissa la durata massima dei termini di prescrizione in caso di interruzione di quest'ultima.

#### CONTROVERSIE PRINCIPALI E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

26. Dalle ordinanze di rinvio emerge che, nei tre procedimenti penali in questione nelle cause principali, i reati contestati agli imputati sono stati commessi durante la vigenza dell'originario art. 2621 del codice civile, vale a dire prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002 e dei nuovi artt. 2621 e 2622 del detto codice.

27. Nella causa C-387/02, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, con decreto 26 novembre 1999, ha rinviato a giudizio il sig. Berlusconi dinanzi alla Prima Sezione penale di tale Tribunale. Nei confronti dell'imputato viene fatta valere la responsabilità di alcuni falsi commessi tra il 1986 e il 1989 e relativi ai conti annuali della società Fininvest S.p.A. e di altre società dell'omonimo gruppo, in qualità di presidente di tali

società e di azionista di riferimento delle società del detto gruppo. Tali falsi avrebbero consentito di alimentare riserve occulte destinate a finanziare talune operazioni ritenute illegali.

28. Nella causa C-403/02, dall'ordinanza di rinvio emerge che i sigg. Dell'Utri, Luzi e Comincioli sono imputati dinanzi alla Quarta Sezione penale del Tribunale di Milano per falsi in bilancio commessi sino al 1993.

29. La causa C-391/02 trae origine dall'appello proposto dal sig. Adelchi contro la sentenza del Tribunale di Lecce 9 gennaio 2001 che lo ha riconosciuto colpevole di falsi relativi alle società La Nuova Adelchi Srl e Calzaturificio Adelchi Srl, di cui era amministratore unico. Tali fatti, commessi nel 1992 e nel 1993, vertono su operazioni doganali di esportazione e d'importazione ritenute fittizie, nonché sull'emissione, da parte di tali società, di fatture ritenute false. Essi avrebbero avuto l'inevitabile conseguenza di far apparire nei bilanci delle dette società costi superiori a quelli reali e ricavi puramente apparenti e, pertanto, un fatturato diverso da quello effettivo.

30. In seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002, gli imputati in tali tre procedimenti hanno fatto valere che dovevano essere loro applicati i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile.

31. I giudici del rinvio rilevano che l'applicazione di tali nuove disposizioni avrebbe la conseguenza di impedire che i fatti, inizialmente perseguiti quali fattispecie delittuose previste dall'originario art. 2621 del codice civile, possano essere perseguiti penalmente per le seguenti ragioni.

32. In primo luogo, sebbene i fatti possano, in linea di principio, essere perseguiti d'ufficio, quindi in assenza di querela, dal pubblico ministero sulla base del nuovo art. 2621 del codice civile, il reato previsto da tale articolo costituisce adesso una contravvenzione che, pertanto, è soggetta ad un termine di prescrizione massimo di quattro anni e mezzo e non integra più gli estremi del delitto, comportante un termine di prescrizione massimo di sette anni e mezzo, previsto dall'originario art. 2621 del codice civile. Orbene, nelle controversie principali, il reato previsto dal nuovo articolo 2621 del codice civile sarebbe inesorabilmente prescritto.

33. In secondo luogo, secondo tali giudici, tale modifica della qualificazione del reato implica anche che i reati connessi, quali l'associazione a delinquere, il delitto di riciclaggio di danaro o la ricettazione, non potrebbero più dar luogo ad azioni penali poiché tali delitti sono legati alla previa esistenza di un delitto e non a quella di una contravvenzione.

34. In terzo luogo, anche se, con riferimento al delitto previsto dal nuovo art. 2622 del codice civile, i fatti in questione nella causa principale non dovessero essere già prescritti, essi non potrebbero essere perseguiti in base a tale articolo in assenza di querela da parte di un socio o di un creditore che si ritenga lesa dal falso, in quanto la presentazione di una querela è, infatti, una

condizione di procedibilità necessaria sulla base di tale disposizione, perlomeno nel caso in cui, come è stato rilevato nei procedimenti penali principali, i falsi riguardino società non quotate in borsa.

35. Infine, i detti giudici rilevano che il perseguimento dei fatti potrebbe trovare un ostacolo anche nelle soglie previste, in termini identici, ai nuovi artt. 2621, terzo e quarto comma, e 2622, quinto e sesto comma, del codice civile, che comportano l'esclusione della punibilità per i falsi aventi effetti non significativi o d'importanza minima, vale a dire quelli che abbiano avuto in particolare come conseguenza solo una variazione o del risultato dell'esercizio lordo non superiore al 5%, o del patrimonio netto non eccedente l'1%.

36. Tenuto conto di tali considerazioni, i giudici del rinvio ritengono, così come il pubblico ministero, che i procedimenti pendenti sollevino questioni relative all'adeguatezza o meno delle sanzioni previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile con riferimento o all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, come interpretato dalla Corte in particolare nella sentenza 4 dicembre 1997, causa C97/96, *Daihatsu Deutschland* (Racc. p. I-6843), oppure all'art. 5 del Trattato, da cui deriva, secondo una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione/Grecia* (Racc. p. 2965, punti 23 e 24), che le sanzioni per violazione di disposizioni del diritto comunitario devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

37. È in un tale contesto che, per quanto riguarda la causa C-387/02, il Tribunale di Milano ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte talune questioni pregiudiziali che, alla luce della motivazione dell'ordinanza di rinvio, possono essere intese come segue:

1) Se l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario si applichi non solo in caso di omessa pubblicazione di comunicazioni sociali, ma anche in caso di pubblicazione di false comunicazioni sociali.

2) Se il rispetto dei criteri di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva delle sanzioni in caso di violazione di disposizioni comunitarie debba essere valutato con riferimento alla natura o al tipo della sanzione prevista astrattamente o con riferimento alla sua concreta applicabilità, tenuto conto delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento giuridico cui afferisce.

3) Se i principi che derivano dalla quarta e dalla settima direttiva sul diritto societario ostino ad una disciplina nazionale che fissa soglie al di sotto delle quali le informazioni inesatte contenute nei conti annuali e nelle relazioni di gestione delle società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata sono irrilevanti.

38. Nella causa C-391/02, la Corte d'appello di Lecce ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, con riferimento all'obbligo dei singoli Stati membri di adottare adeguate sanzioni per le violazioni previste dalle direttive 68/151 e 78/660, le direttive stesse e, in particolare, il combinato disposto degli artt. 44, [n. 2], lett. g), CE (...), 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, e 2, nn. 2-3-4, della direttiva

78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debba[no] essere interpretat[i] (...) nel senso che tali norme ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che, modificando la disciplina sanzionatoria già in vigore in materia di reati societari, a fronte della violazione degli obblighi imposti per la tutela del principio di pubblica e fedele informazione delle società, preveda un sistema sanzionatorio in concreto non improntato a criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni poste a presidio di tale tutela.

2) Se le citate direttive e, in particolare, le norme di cui all'art. 44, [n. 2], lett. g), CE, artt. 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, ed art. 2, nn. 2-3-4, della direttiva 78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debbano essere interpretate (...) nel senso che (tali norme) ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che escluda la punibilità della violazione degli obblighi di pubblicità e fedele informazione di certi atti societari (tra cui il bilancio ed il conto profitti e perdite), allorquando la falsa comunicazione sociale o l'omessa informazione determin[a]no una variazione del risultato economico di esercizio o una variazione del patrimonio sociale netto non superiori ad una certa soglia percentuale.

3) Se le citate direttive e, in particolare, le norme di cui all'art. 44, [n. 2], lett. g), CE, artt. 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, ed art. 2, nn. 234, della direttiva 78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debbano essere interpretate (...) nel senso che (tali norme) ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che escluda la punibilità della violazione degli obblighi di pubblicità e fedele informazione gravanti sulle società, allorquando s[on]o fornite indicazioni che, quantunque finalizzate ad ingannare i soci o il pubblico a scopo d'ingiusto profitto, siano conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differisc[o]no in misura non superiore ad una determinata soglia.

4) Se, indipendentemente da limiti progressivi o soglie, le citate direttive e, in particolare, le norme di cui all'art. 44, [n. 2], lett. g), CE, artt. 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, ed art. 2, nn. 234, della direttiva 78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debbano essere interpretate (...) nel senso che (tali norme) ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che escluda la punibilità della violazione degli obblighi di pubblicità e fedele informazione gravanti sulle società, allorquando le falsità o le omissioni fraudolente e, comunque, le comunicazioni e informazioni non fedelmente rappresentative della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico della società, non alter[a]no in modo sensibile la situazione patrimoniale o finanziaria del gruppo (sebbene sia rimessa al legislatore nazionale l'individuazione della nozione di alterazione sensibile).

5) Se le citate direttive e, in particolare, le norme di cui all'art. 44, [n. 2], lett. g), CE, artt. 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, ed art. 2, nn. 2-3-4, della direttiva 78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debbano essere interpretate (...) nel senso che (tali norme) ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che, a fronte della violazione di quegli obblighi di pubblicità e fedele informazione gravanti sulle società, posti a presidio della tutela degli interessi tanto dei soci come dei terzi, preveda solo per i soci ed i creditori il diritto di chiedere la sanzione, con conseguente esclusione di una tutela generalizzata ed effettiva dei terzi.

6) Se le citate direttive e, in particolare, le norme di cui all'art. 44, [n. 2], lett. g), CE, artt. 2, n. 1, lett. f), e 6 della direttiva 68/151, ed art. 2, nn. 2-3-4, della direttiva 78/660 (come integrata dalle direttive 83/349 e 90/605) debbano essere interpretate (...) nel senso che (tali norme) ost[a]no ad una legge di uno Stato membro che, a fronte della violazione di quegli obblighi di pubblicità e fedele informazione gravanti sulle società, posti a tutela degli interessi tanto dei soci come dei terzi, preveda un meccanismo di perseguibilità ed un sistema sanzionatorio particolarmente differenziati, riservando esclusivamente alle violazioni in danno di soci e creditori la punibilità a querela e sanzioni più gravi ed effettive».

39. Nella causa C-403/02, il Tribunale di Milano ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 6 della direttiva 68/151 possa essere inteso nel senso di obbligare gli Stati membri a stabilire adeguate sanzioni non solo per la mancata pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite delle società commerciali, ma anche per la falsificazione dello stesso, delle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, o di qualsiasi informazione sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria che la società abbia obbligo di fornire sulla società stessa o sul gruppo alla quale essa appartiene.

2) Se, anche ai sensi dell'art. 5 del Trattato CEE, il concetto di adeguatezza della sanzione debba essere inteso in modo concretamente valutabile nell'ambito normativo (sia penale che procedurale) del paese membro, e cioè come sanzione efficace, effettiva, realmente dissuasiva.

3) Se, infine, tali caratteristiche siano riscontrabili nel combinato disposto dei novellati artt. 2621 e 2622 del codice civile così modificati dal [decreto legislativo n. 61/2002]: in particolare se possa definirsi efficacemente dissuasiva e concretamente adeguata la norma che prevede (al citato art. 2621 del codice civile) per i reati di falso in bilancio non causativi di danno patrimoniale, ovvero causativi di danno ma ritenuti improcedibili ex art. 2622 del codice civile per carenza di querela, una pena contravvenzionale di anni 1 e mesi 6 di arresto; se, infine, risulti adeguato prevedere, per i reati previsti dal primo comma dell'art. 2622 del codice civile (e cioè commessi nell'ambito di società commerciali non quotate in borsa) una procedibilità a querela di parte (e cioè a querela di soci e di creditori) anche in relazione alla concreta tutela del bene collettivo della trasparenza del mercato societario sotto il profilo della possibile estensione comunitaria dello stesso».

40. Con ordinanza del presidente della Corte 20 gennaio 2003, le cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02 sono state riunite ai fini delle fasi scritta e orale del procedimento nonché della sentenza.

#### SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

##### *Osservazioni presentate alla Corte*

41. I sigg. Berlusconi e Dell'Utri contestano la ricevibilità delle questioni pregiudiziali presentate rispettivamente nelle cause C-387/02 e C-403/02. Anche il governo italiano solleva dubbi a tale proposito.

42. Le questioni sottoposte avrebbero lo scopo di evitare l'applicazione dei nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile di modo che il procedimento penale possa essere avviato in base all'originario art. 2621 del codice civile, disposizione nettamente meno favorevole agli imputati.

43. Orbene, anche ipotizzando che i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile si rivelino incompatibili con la prima o la quarta direttiva sul diritto societario, sarebbe escluso che, in mancanza di una disposizione penale dell'ordinamento nazionale vigente, gli imputati possano essere perseguiti e che possano essere loro inflitte sanzioni diverse e più severe in base alle dette direttive.

44. Dalla giurisprudenza della Corte emergerebbe infatti che una direttiva non può di per sé creare obblighi in capo ad un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso. Una direttiva non potrebbe nemmeno avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni.

45. La soluzione chiesta alla Corte sarebbe irrilevante ai fini della soluzione delle controversie pendenti dinanzi ai giudici del rinvio poiché in ogni caso, nelle controversie principali, l'originario art. 2621 del codice civile non potrebbe essere applicato.

46. Il principio dell'applicazione retroattiva all'imputato della legge penale più favorevole, diritto fondamentale che fa parte, così come il principio di legalità di cui costituirebbe un aspetto importante, dell'ordinamento giuridico comunitario, osterebbe ad un tale risultato.

47. La Commissione fa invece valere che le questioni pregiudiziali sono ricevibili.

48. La ricevibilità delle stesse non sarebbe pregiudicata da un'eventuale applicazione del principio di legalità nell'ipotesi in cui dalla soluzione data dalla Corte derivasse un'incompatibilità dei nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile con il diritto comunitario, ipotesi che può avere come conseguenza l'avvio di azioni penali sulla base dell'originario art. 2621 del detto codice, meno favorevole agli imputati.

49. Andrebbe infatti rilevato che, all'epoca dell'accertamento dei fatti all'origine dei procedimenti penali avviati nei confronti degli imputati nelle controversie principali, tali fatti potevano essere repressi penalmente, vale a dire in base all'originario art. 2621 del codice civile, e che solo successivamente sono state adottate disposizioni nazionali più favorevoli agli imputati, ma la cui compatibilità con il diritto comunitario viene messa in questione per taluni aspetti, per cui il giudice nazionale potrebbe eventualmente essere tenuto a disapplicarle.

50. In una situazione di questo tipo, non sarebbe la normativa comunitaria a determinare o aggravare la responsabilità penale. Si tratterebbe semplicemente di conservare gli effetti della legge nazionale, in vigore all'epoca dei fatti e conforme al diritto comunitario, disapplicando una legge successiva più favorevole ma contraria a tale diritto.

51. Il principio del primato del diritto comunitario osterebbe all'applicazione di disposizioni nazionali nuove più favorevoli all'imputato a fatti anteriori alle stesse, ove risultasse che tali disposizioni non sanzionano adeguatamente la violazione delle norme di diritto comunitario e sono, di conseguenza, incompatibili con lo stesso, come interpretato dalla Corte.

#### *Giudizio della Corte*

52. Con le questioni sollevate, i giudici del rinvio cercano essenzialmente di sapere se, in ragione di talune disposizioni che essi contengono, i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile siano compatibili con l'esigenza del diritto comunitario afferente all'adeguatezza delle sanzioni per violazione di disposizioni dell'ordinamento comunitario (v. punto 36 della presente sentenza).

#### *Sull'esigenza del diritto comunitario relativa all'adeguatezza delle sanzioni*

53. In via preliminare, occorre esaminare se l'esigenza afferente all'adeguatezza delle sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, venga imposta dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, oppure derivi dall'art. 5 del Trattato che, secondo una giurisprudenza costante ricordata al punto 36 della presente sentenza, implica che le sanzioni per la violazione di disposizioni del diritto comunitario devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

54. A tal riguardo, va constatato che sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, mirano a reprimere violazioni gravi e manifeste del principio fondamentale, il cui rispetto costituisce l'obiettivo di massima rilevanza della quarta direttiva sul diritto societario, che deriva dal quarto considerandò e dall'art. 2, nn. 3 e 5, di questa direttiva, secondo cui i conti annuali delle società a cui si riferisce la detta direttiva devono fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale e finanziaria nonché del risultato economico della stessa (v., in tal senso, sentenza 7 gennaio 2003, causa C-306/99, BIAO, Racc. p. I1, punto 72 e giurisprudenza ivi citata).

55. Tale constatazione può essere estesa del resto alla settima direttiva sul diritto societario che, all'art. 16, nn. 3 e 5, prevede in sostanza, in materia di conti consolidati, disposizioni identiche a quelle enunciate dall'art. 2, nn. 3 e 5, della quarta direttiva sul diritto societario per i conti annuali.

56. Per quanto riguarda il regime sanzionatorio previsto all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, la formulazione di tale disposizione



fornisce di per sé un indizio nel senso che tale regime deve essere inteso come concernente non solo i casi di un'omissione di qualsiasi pubblicità dei conti annuali, ma anche quelli di una pubblicità di conti annuali non redatti conformemente alle disposizioni previste dalla quarta direttiva sul diritto societario relativamente al contenuto di tali conti.

57. Infatti, il detto art. 6 non si limita a prevedere l'obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni adeguate per mancata pubblicazione del bilancio e del conto profitti e perdite, ma prevede un obbligo di tale tipo per mancata pubblicazione di tali documenti come prescritta dall'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva sul diritto societario. Orbene, quest'ultima disposizione fa espresso riferimento all'armonizzazione prevista delle norme relative al contenuto dei conti annuali, la quale è stata realizzata dalla quarta direttiva sul diritto societario.

58. Dall'economia della quarta direttiva sul diritto societario, la quale completa, per gli stessi tipi di società, gli obblighi stabiliti dalla prima direttiva sul diritto societario, e dall'assenza in tale direttiva di norme generali relative alle sanzioni, risulta che, a prescindere dai casi coperti dalla deroga specifica prevista all'art. 51, n. 3, della quarta direttiva sul diritto societario, il legislatore comunitario ha voluto effettivamente estendere l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alle violazioni degli obblighi contenuti nella quarta direttiva sul diritto societario e, in particolare, alla mancata pubblicazione di conti annuali conformi, quanto al loro contenuto, alle norme previste a tal riguardo.

59. La settima direttiva sul diritto societario prevede, invece, una norma generale di tale tipo all'art. 38, n. 6. Non si può contestare che tale norma generale si applichi anche alla pubblicità di conti consolidati non redatti conformemente alle norme stabilite da questa stessa direttiva.

60. Tale differenza di contenuto tra la quarta e la settima direttiva sul diritto societario si spiega per il fatto che l'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva sul diritto societario non fa alcun riferimento ai conti consolidati. L'art. 6 di questa direttiva non può quindi essere considerato come applicabile al caso di inosservanza degli obblighi relativi ai conti consolidati.

61. Un'interpretazione del detto art. 6 nel senso che esso si applica anche alla mancata pubblicazione di conti annuali redatti conformemente alle norme previste per quanto riguarda il contenuto degli stessi è inoltre confermata dal contesto e dagli obiettivi delle direttive in questione.

62. A tale riguardo, occorre prendere in considerazione, in particolare, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 72-75 delle sue conclusioni, il ruolo fondamentale della pubblicità dei conti annuali delle società di capitali e, a maggior ragione, dei conti annuali redatti conformemente alle norme armonizzate relative al loro contenuto, al fine di tutelare gli interessi dei terzi,

obiettivo chiaramente sottolineato nei preamboli sia della prima sia della quarta direttiva sul diritto societario.

63. Ne consegue che l'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni come quelle previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile per i reati risultanti da falsità in scritture contabili è imposto dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario.

64. Ciò non toglie che, per chiarire la portata dell'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni stabilite al detto art. 6, può essere utilmente presa in considerazione la giurisprudenza costante della Corte relativa all'art. 5 del Trattato, da cui deriva un'esigenza di identica natura.

65. Secondo tale giurisprudenza, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in particolare, sentenze *Commissione/Grecia*, cit., punti 23 e 24; 10 luglio 1990, causa C-326/88, *Hansen*, *Racc.* p. I-2911, punto 17; 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, *Racc.* p. I-10155, punto 62, e 15 gennaio 2004, causa C-230/01, *Penycoed*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

#### *Sul principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite*

66. A prescindere dall'applicabilità dell'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alla mancata pubblicazione dei conti annuali, va osservato che, in virtù dell'art. 2 del codice penale, che enuncia il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovrebbero essere applicati anche se sono entrati in vigore solo successivamente alla commissione dei fatti che sono all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

67. Va a tal riguardo ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito (v., in particolare, sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, *Racc.* p. I-5659, punto 71 e giurisprudenza ivi citata, e 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, *Racc.* p. I-7411, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

68. Orbene, il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

69. Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario.

*Sulla possibilità di invocare la prima direttiva sul diritto societario*

70. Si pone tuttavia la questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario.

71. Non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali.

72. È vero che, nel caso in cui i giudici del rinvio, sulla base delle soluzioni loro fornite dalla Corte, dovessero giungere alla conclusione che i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, a causa di talune disposizioni in essi contenute, non soddisfano l'obbligo del diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni, ne deriverebbe, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, che gli stessi giudici del rinvio sarebbero tenuti a disapplicare, di loro iniziativa, i detti nuovi articoli, senza che ne debbano chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Racc.* p. 629, punti 21 e 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, *Debus*, *Racc.* p. I-3617, punto 32, e 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *IN. CO. GE. '90 e a.*, *Racc.* p. I-6307, punto 20).

73. Tuttavia, la Corte ha anche dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 108 e giurisprudenza ivi citata).

74. Nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali, la Corte ha precisato che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni (v., in particolare, sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Racc.* p. 3969, punto 13, e 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *X*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

75. Orbene, far valere nel caso di specie l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario al fine di far controllare la compatibilità con tale disposi-

zione dei nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile potrebbe avere l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli.

76. Infatti, dalle ordinanze di rinvio risulta che, se i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, come quella prevista dall'originario art. 2621 di tale codice, durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

77. Una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano, come risulta dalla giurisprudenza ricordata ai punti 73 e 74 della presente sentenza, che una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati.

78. Tenuto conto di tutto quanto precede, le questioni pregiudiziali vanno risolte dichiarando che, in circostanze come quelle in questione nelle cause principali, la prima direttiva sul diritto societario non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati. (*Omissis*).

## **(1-2) I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione europea: il caso del falso in bilancio.**

1. La vicenda del nostro reato di falso in bilancio, se da un lato è stata emblematica per interrogarsi e riflettere — a livello nazionale — sui limiti che il Legislatore può avere nell'esercizio della propria attività legislativa in materia penale in relazione alle regole costituzionali, e sullo stesso tipo di sindacato che la Corte Costituzionale può essere chiamata a svolgere rispetto alle scelte del Legislatore e agli esiti da Lui raggiunti nel settore penale<sup>(1)</sup>, da un punto di vista europeo ha altresì costituito un importante precedente per porre e ribadire taluni principi

---

(1) Tutto ciò nel senso che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 161 del 26 maggio-1° giugno 2004, in *Dir. pen. e proc.* 2004, p. 1497 ss., ha sottolineato come le scelte discrezionali di politica criminale siano attribuite in via esclusiva al Legislatore, senza possibilità di sindacato da parte della Consulta; distinguendo così, sagacemente, tra insindacabili opzioni di merito e sindacabili scelte in punto di legittimità.

sui rapporti che devono intercorrere — in materia penale — fra il diritto europeo e quello nazionale.

2. Ricordiamo i termini della questione: taluni giudici di merito italiani, a proposito delle fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 del codice civile, così come riformate dal decreto legislativo 11 aprile 2002 n. 61, e di loro carenze — costituzionali ed europee — asseritamente avvertite, avevano investito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con riferimento all'interpretazione della prima, della quarta e della settima direttiva in materia societaria.

In particolare si chiedeva se vi fosse possibilità di equiparare la pubblicazione di conti annuali non veritieri con la loro omessa pubblicazione (ipotesi della quale si era occupata una direttiva); e quali fossero i criteri per la valutazione del requisito (voluto dalle direttive comunitarie) di *adeguatezza* della sanzione.

Preliminarmente alla decisione della Corte, sulla complessiva questione erano intervenute — in data 14 ottobre 2004 — le conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott nelle quali innanzitutto si confermava decisamente che l'obbligo comunitario doveva includere anche quello di punire efficacemente la pubblicazione di conti annuali non veri, e quindi di comunicazioni sociali false; ed inoltre, non si avevano dubbi di sorta sulla circostanza che le peculiarità della disciplina delle previsioni di cui agli articoli 2621 e 2622 del nostro codice civile, così come riformate, non consentivano di individuare «sanzioni adeguate» per tali illeciti.

Ma l'avvocato generale Kokott non si limitava a ciò, ma si spingeva — specie per confermare la «ricevibilità» delle ordinanze di rimessione dei giudici italiani — fino a dare soluzione alla (asserita) situazione di contrasto tra la norma penale nazionale e quella comunitaria.

E lo faceva nel senso di propugnare la tesi della totale disapplicazione delle disposizioni del diritto nazionale contrastanti con quelle europee, fino a consentire — e ad auspicare — il ripristino e l'applicazione della precedente normativa, pur se abrogata, e pur se più afflittiva e gravosa per l'indagato o l'imputato.

Orbene, molte cose si possono dire (e si sono dette) su siffatte «osservazioni». Pur a prescindere dalle questioni prettamente comunitarie per la valutazione dell'eventuale contrasto concreto fra le norme nazionali e quelle europee, credo però che taluni aspetti, più penalistici della questione, debbano essere sottolineati.

3. Orbene, come anticipato, l'avvocato generale individuava due conseguenze:

1) la disapplicazione sia della nuova normativa che dell'intervenuta abrogazione della precedente, e così la reviviscenza della vecchia fattispecie;

2) l'applicazione di tale vecchia fattispecie ai fatti commessi durante la sua vigenza.

Diciamo subito che siffatte considerazioni lasciano, a dir poco, perplessi:

innanzitutto, con un linguaggio ed una terminologia certo più burocratica che giuridica, l'avvocato generale ipotizzava un sistema penale incentrato sul principio di *legalità della sanzione*.

Orbene, è ovvio che il contenuto e il portato di quanto stabilito dall'articolo 25, 2° comma, della nostra Costituzione, non può essere certo ridotto ad un formalistico rispetto dell'esigenza di una «previsione legislativa» della sanzione. È evidente, a chiunque voglia essere operatore del diritto penale, che la legalità riguarda soprattutto la *disposizione*, la *previsione*, il *precetto* penale.

E del resto in ciò trova proprio la sua conferma la centralità stessa della legalità che, attesi gli interessi in questione — in ultima analisi, *addirittura* la privazione della libertà personale — richiede che *solo* con legge vi si possa giungere.

Il dato non è solo formale, ma altamente di sostanza. Ridurre la legalità ad un semplice rispetto delle forme per quanto concerne la cominatoria di una sanzione, significa disattendere i profondi principi del nostro ordinamento penale. È tanto *delicata* la materia, che si vuole ad ogni costo che solo l'organo istituzionale che rappresenta il popolo possa legittimare la privazione di libertà di tale stesso popolo.

Ma anche a prescindere dagli aspetti della democrazia rappresentativa, il principio di legalità è sempre stato incentrato nella prospettiva della *previsione penale*. La stessa impostazione di Alfredo Rocco, teorizzata a livello filosofico da Giovanni Gentile come presupposto della «struttura della società», si riferisce ad una legalità frutto della «volontà voluta dallo Stato», e così previsione penale irrinunciabile grazie alla quale quest'ultimo afferma il proprio primato.

Comunque si voglia guardare il principio di legalità, esso non può dunque certo ridursi a semplice rispetto formale della modalità di previsione della sanzione.

E dunque — già in linea astratta — la direttiva di un organo amministrativo dell'Unione europea, privo di qualsivoglia rappresentatività del popolo nazionale, può realmente consentire che un giudice nazionale — direttamente — faccia rivivere, e così ricostituisca *ex novo*, una disposizione penale che i rappresentanti istituzionali del popolo hanno voluto fosse abrogata?

La risposta, crediamo, dovrebbe essere scontata, qualunque sia la portata che si voglia assegnare all'articolo 117 della Costituzione (che richiama pur sempre la «potestà legislativa dello Stato»). Altrimenti si dovrebbe pensare ad un tale ridimensionamento dell'art. 25, 2° comma,

della Costituzione, e dello stesso concetto di «legalità» — almeno come inteso nel nostro Paese dal 1930 in poi — da ipotizzare e costituire un ordinamento penale *diverso* rispetto a quello vigente.

Ma i Padri del nostro ordinamento penale costituzionalmente inteso — da Nuvolone a Bricola — riposino in pace: certo i desideri dell'Avvocato Kokott non dovrebbero poter far cambiare (almeno, a livello dogmatico) il nostro ordinamento penale!

I portati delle direttive comunitarie possono continuare ad avere una immediata incidenza *in bonam partem*, attraverso la previsione di comportamenti ammessi, ma non dovrebbero certo poter surrogarsi e sostituirsi al Legislatore nazionale nell'introduzione (di fatto) di previsioni penali nuove o vecchie ma non più in vigore.

La stessa Corte Costituzionale, del resto, con la sentenza 26 maggio-1° giugno 2004 n. 161, sopra ricordata (cfr. retro, nota 1), proprio in tema di falso in bilancio, è stata chiarissima nel delineare e riaffermare gli specifici compiti di normazione penale che spettano unicamente al Legislatore. Sarebbe veramente paradossale che ad un giudice ordinario fosse consentito, in tema di reati societari, attraverso l'impiego delle direttive comunitarie, quello che non è consentito neppure alla Corte Costituzionale!

Nella seconda parte delle sue considerazioni «penalistiche», poi, il parere dell'avvocato generale si avventurava, come visto, nel delicato settore della retroattività della norma penale più favorevole, e finiva per ritenere che vi sarebbe dovuta essere — nella specie — una *ultrattività* della vecchia norma *ex art. 2621 n. 1 c.c.*, fatta così rivivere senza considerare la successione migliorativa, o addirittura l'abolizione, nel frattempo intervenuta.

Anche tale assunto deve lasciare ampiamente perplessi. Sia perché avrebbe istituzionalizzato il concetto stesso di disparità di trattamento fra tutti coloro che, nel frattempo, avessero usufruito delle nuove norme rispetto a quell'esiguo gruppetto di individui interessati ai processi nei quali vi era stata la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia; ma soprattutto perché avrebbe preteso di derogare alla disciplina penale nazionale (art. 2 del codice penale) senza che comunque si ravvisasse alcun contrasto di essa con la direttiva comunitaria. Quest'ultima può prevedere quel che ritiene in tema di conti e bilanci societari, ma le regole, *generali e astratte*, dall'articolo 2 del codice penale (retroattività dell'*abolitio criminis* e della norma penale più favorevole) non possono certo essere considerate con essa antinomiche.

Del resto, l'«ardito» richiamo operato dall'avvocato generale alla disciplina dei decreti legge non convertiti era certo sintomatico della debolezza di un tale argomento. Infatti è dovuta intervenire la stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 51 del 22 febbraio 1985) per non

estendere la disciplina dell'art. 2 del codice penale ai decreti legge non convertiti: la dottoressa Kokott pretendeva invece di poter raggiungere lo stesso risultato, rispetto ad una «Legge penale», con la decisione di un giudice ordinario sulla base di una direttiva comunitaria.

4. In ogni caso, la questione è stata finalmente risolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, di Lussemburgo (Grande Sezione), con sentenza 3 maggio 2005.

Con essa il Giudice europeo ha, preliminarmente, con stretta attenzione al diritto comunitario, praticamente affermato che *anche* le sanzioni relative alla falsificazione dei bilanci societari devono essere «effettive», «proporzionali» e «dissuasive»; ma ha soprattutto e principalmente ribadito che i precetti di una direttiva comunitaria non possono determinare (a seguito di eventuali *disapplicazioni* di norme penali nazionali con essi in ipotesi contrastanti) penalizzazioni di comportamenti o aggravamenti di responsabilità penali nei confronti di imputati sotto processo negli Stati membri.

In definitiva la stessa Corte ha puntualizzato gli importanti limiti che incontra — in materia penale, per gli Stati membri — l'applicazione diretta delle direttive comunitarie.

Una tale «delimitazione dei confini» ha così fornito una soluzione di fondo ai numerosi problemi «interni» in tema di successione di leggi che — come visto — il parere dell'Avvocato generale aveva suscitato. È certo da apprezzare il risultato che ne è scaturito: già a livello generale dei rapporti fra diritto europeo e diritto penale nazionale, la soluzione può e deve essere trovata nel delicato equilibrio che regola la coesistenza fra i due ordinamenti giuridici. E tale equilibrio va mantenuto sulla base dei principi generali e delle stesse regole del complessivo quadro che — in materia penale — prevede degli Stati membri autonomi e sovrani nel contesto dell'Unione europea. A ciò la Corte di Giustizia è giunta *serenamente*, senza arrogarsi l'ultraneò ruolo di interprete delle leggi penali nazionali e di arbitro delle vicende penali locali.

Specie per tali aspetti si può dunque giustamente considerare come emblematico, nell'ambito dei rapporti fra normativa europea e normativa penale nazionale, il caso del falso in bilancio italiano.

ALESSIO LANZI





## SENTENZE DEI GIUDICI COMUNITARI

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Grande Sezione), sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 c. Bundesrepublik Deutschland.

**Autorizzazioni e concessioni - Diritti amministrativi - Copertura di spese diverse da quelle relative all'esame della domanda - Inammissibilità.  
Annullamento d'ufficio - Inoppugnabilità dell'atto - Suo manifesto contrasto con il diritto comunitario - Esercitabilità dei poteri di autotutela - Possibilità - Condizioni.**

*L'art. 11, n. 1, della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, osta all'applicazione, ai fini del rilascio di licenze individuali, di un diritto calcolato in funzione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione per la concessione delle licenze su un periodo di trent'anni.*

*L'art. 10 del Trattato CE, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, fa obbligo al giudice nazionale di valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto. Se tale si rivelerà il caso, il detto giudice ne dovrà trarre tutte le conseguenze di diritto nazionale circa il ritiro degli avvisi.*

(*Omissis*). — 1. Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 11, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione (GU L 117, p. 15), nonché dell'art. 10 CE.

2. Tali domande sono state sollevate nell'ambito di due controversie tra i 21 Germany GmbH (in prosieguo: «i-21»), da un lato, e Arcor AG & Co. KG, già ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG (in prosieguo: «Arcor»), dall'altro, e la Repubblica federale di Germania (Bundesrepublik Deutschland) in merito ai diritti pagati dalle dette società per ottenere una licenza di telecomunicazioni.

### CONTESTO NORMATIVO

#### *La normativa comunitaria*

3. L'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 prevede quanto segue: «Gli Stati membri fanno sì che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali. I diritti per le licenze individuali sono proporzionati al lavoro che esse compor-

tano e sono pubblicati in maniera appropriata e sufficientemente dettagliata perché possano essere facilmente accessibili».

4. La direttiva 97/13 è stata abrogata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro») (GU L 108, p. 33).

#### *La normativa nazionale*

5. L'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 è stato trasposto nell'ordinamento tedesco dalla legge sulle telecomunicazioni (Telekommunikationsgesetz) 25 luglio 1996 (BGBl. 1996 I, p. 1120; in prosieguo: il «TKG»), che costituisce una legge d'abilitazione, e dal regolamento relativo alla tassazione delle licenze di telecomunicazione (Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung) 28 luglio 1997, (BGBl. 1997 I, p. 1936; in prosieguo: la «TKLGebV»), adottato dal Ministro federale delle poste e delle telecomunicazioni sul fondamento del TKG.

6. L'art. 48, n. 1, della legge sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz) 25 maggio 1976 (BGBl. 1976 I, p. 1253), nella versione pubblicata il 21 settembre 1998 (BGBl. 1998 I, p. 3050), così dispone: «Ritiro di un atto amministrativo illegittimo. Un atto amministrativo illegittimo può, anche dopo esser divenuto inoppugnabile, essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o per il passato. Un atto amministrativo costitutivo o confermativo di un diritto o di un vantaggio giuridicamente rilevante (atto amministrativo che crea effetti favorevoli) può essere ritirato solo entro i limiti previsti ai nn. 2 4.

(...)».

7. Ove si tratti di un avviso di liquidazione d'imposta per una licenza di telecomunicazioni, il Bundesverwaltungsgericht fa presente che, in caso di ritiro del medesimo, le imprese interessate avrebbero diritto al rimborso degli importi indebitamente pagati ai sensi dell'art. 21 della legge sulle spese amministrative (Verwaltungskostengesetz) 23 giugno 1970 (BGBl. 1970 I, p. 821).

8. Dalle decisioni di rinvio risulta che, secondo la giurisprudenza tedesca, l'Amministrazione ha, in virtù dell'art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, discrezionalità in linea di principio piena di ritirare un atto amministrativo illegittimo divenuto definitivo. Se, però, mantenere l'atto in questione appare «semplicemente insopportabile» per ragioni di ordine pubblico, di buona fede, di equità, di parità di trattamento o d'illegittimità manifesta, tale atto può essere annullato.

#### FATTI E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

9. i-21 e Arcor sono due imprese di telecomunicazioni. Con avvisi 14 giugno 2000 e 18 maggio 2001 venivano richiesti loro diritti per quasi EUR 5.420.000, alla prima, e quasi EUR 67.000, alla seconda, a titolo di licenze individuali di telecomunicazioni. Esse pagavano gli importi senza contestarli e senza presentare ricorso nel termine di un mese dalla notifica degli avvisi.

10. A norma della TKLGebV, l'importo del diritto è fondato sul prelievo anticipato delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione su un periodo di trent'anni.

11. Nell'ambito di un ricorso diretto all'annullamento di un avviso di imposta contestato nei termini, il Bundesverwaltungsgericht dichiarava, con sentenza 19 settembre 2001, che era incompatibile con norme di rango superiore, vale a dire quelle del TKG e della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, e confermava l'annullamento dell'avviso in questione disposto da una corte d'appello.

12. A seguito di tale sentenza i-21 e Arcor reclamavano il rimborso dei diritti pagati, ma i loro reclami non venivano accolti. Esse ricorrevano, pertanto, al Verwaltungsgericht che respingeva i ricorsi con l'argomento che gli avvisi di liquidazione erano divenuti definitivi e che non sarebbe sussistita ragione di ritornare, nella fattispecie, sul rifiuto dell'Amministrazione di ritirarli.

13. Ritenendo che il Verwaltungsgericht fosse incorso in un errore non solo di diritto nazionale, ma anche di diritto comunitario, i-21 e Arcor ricorrevano per «Revision» al Bundesverwaltungsgericht. i-21 sosteneva di aver dovuto assolvere un diritto più di mille volte superiore a quello applicato alle imprese di telecomunicazione posteriormente alla sentenza del 19 settembre 2001 succitata.

14. Nelle decisioni di rinvio il Bundesverwaltungsgericht fa presente che, con riferimento al mero diritto nazionale, le domande di «Revision» non possono essere accolte. Secondo tale collegio, non si verserebbe nel caso in cui il mantenimento degli avvisi d'imposta risulta «semplicemente insopportabile» ed il potere discrezionale dell'Amministrazione ridotto al punto da non lasciare a quest'ultima scelta diversa dal ritirarli. Il Bundesverwaltungsgericht considera, infatti, che il mantenimento degli avvisi di liquidazione non è contrario né alle nozioni di buona fede e di parità di trattamento, né a quelle di ordine pubblico e di equità e che gli avvisi in causa non sono neppure fondati su una regolamentazione manifestamente illegittima.

15. Il collegio remittente s'interroga, invece, sulla portata del diritto comunitario. L'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 sembrerebbe ostare a una regolamentazione come quella in oggetto. Se tale interpretazione dovesse rivelarsi corretta, il Bundesverwaltungsgericht si pone l'ulteriore domanda se questa stessa disposizione, letta in combinato disposto con l'art. 10 CE relativo all'obbligo di leale cooperazione, non limiti il potere discrezionale dell'autorità di regolamentazione, alla luce segnatamente della sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, KÜHNE & HEITZ (*Racc.* p. I 837).

16. Il Bundesverwaltungsgericht si domanda, in particolare, se l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 debba essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri, in sede di calcolo del diritto, l'obbligo di rispettare gli obiettivi della direttiva e di garantirne il rispetto. Tra tali obiettivi ci sarebbe quello di facilitare in maniera significativa l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti. Ebbene, il mantenimento degli avvisi di liquidazione di cui trattasi costituirebbe una restrizione della concorrenza per le imprese interessate, le quali verrebbero in particolare svantaggiate rispetto alle imprese che hanno contestato entro i termini impartiti gli avvisi di cui erano destinatarie ottenendone l'annullamento. Secondo il Bundesverwaltungsgericht, se il detto articolo dovesse essere interpretato nel senso che vieta restrizioni siffatte alla concorrenza, il principio di coo-

perazione di cui all'art. 10 CE potrebbe implicare l'obbligo di ritornare sugli avvisi di liquidazione in causa conformemente al diritto nazionale, senza lasciare margini di discrezionalità all'Amministrazione.

17. Alla luce di quanto sopra, il Bundesverwaltungsgericht ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: « 1) Se l'art. 11, n. 1, della direttiva [97/13/CE] debba essere interpretato nel senso che osta alla riscossione di un diritto per licenze nel cui calcolo è stata operata una riscossione anticipata dei costi per spese amministrative generali di un'autorità nazionale di regolamentazione per un periodo di 30 anni.

In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1):

2) Se l'art. 10 CE e l'art. 11 della direttiva [97/13] debbano essere interpretati nel senso che obbligano ad annullare un avviso di liquidazione di un diritto come descritto *sub* 1) e che non è stato oggetto di impugnazione, pur permessa dalla normativa nazionale, qualora il diritto nazionale consenta l'annullamento, ma non lo imponga ».

18. Con ordinanza 6 dicembre 2004 i procedimenti C-392/04 e C-422/04 sono stati riuniti ai fini della fase orale e della sentenza.

#### SULLA PRIMA QUESTIONE

##### *Osservazioni delle parti*

19. i-21, Arcor e la Commissione delle Comunità europee sostengono che l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 osta a un diritto come quello previsto dalla normativa tedesca oggetto della causa principale.

20. Il governo tedesco fa valere, al contrario, che tale articolo non si applica alle presenti controversie, giacché la direttiva 97/13 è stata abrogata dalla direttiva 2002/21, la quale non contiene alcuna disposizione transitoria relativa all'applicazione del detto articolo.

21. Il governo tedesco fa valere anche che, a ogni modo, l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 non osta all'imposizione di un diritto come quello previsto dall'ordinamento tedesco. Da un lato, i costi amministrativi menzionati al detto articolo comprenderebbero le spese amministrative generali. Dall'altro, lo stesso articolo non preciserebbe che solo le spese amministrative effettivamente sostenute possono essere conteggiate nel canone di licenza, con esclusione di quelle future. La presa in considerazione di queste ultime costituirebbe una garanzia di sicurezza per le imprese, che saprebbero di non andare incontro, in avvenire, ad altre tasse per la licenza.

##### *Risposta della Corte*

22. Occorre esaminare per primo l'argomento del governo tedesco secondo cui l'art. 11 della direttiva 97/13 sarebbe inapplicabile alle presenti controversie a motivo dell'abrogazione di tale direttiva da parte di una direttiva posteriore.

23. È vero che la direttiva 97/13 è stata abrogata dall'art. 26 della direttiva 2002/21 con effetto 25 luglio 2003 conformemente alle disposizioni dell'art. 28, n. 1, secondo comma, di quest'ultima.

24. Risulta, tuttavia, dalla lettura di questi due articoli, il 26 e il 28, n. 1, secondo comma, che il legislatore non ha inteso mettere in discussione i diritti e gli obblighi sorti durante la vigenza della direttiva 97/13 e che la direttiva 2002/21 si applica unicamente alle situazioni di diritto che si sono venute a creare a partire dal 25 luglio 2003.

25. Deve ritenersi, di conseguenza, che, nonostante l'abrogazione della direttiva 97/13 da parte della direttiva 2002/21, la legittimità di diritti come quello richiesto a i-21 e ad Arcor con avvisi di liquidazione datati, rispettivamente, 14 giugno 2000 e 18 maggio 2001, in un arco di tempo in cui la direttiva 2002/21 non era ancora applicabile, debba essere verificata alla luce dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

26. Occorre accertare, poi, se la nozione di «costi amministrativi» di cui al detto articolo comprende le spese amministrative generali dei regimi di licenze individuali, calcolate su base trentennale.

27. La Corte ha già avuto occasione di esaminare la portata dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

28. Nella sentenza 18 settembre 2003, cause riunite *Albacom e Infostrada* (Racc. p. I-9449, punto 25), la Corte ha ricordato che l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 prevede che i diritti richiesti dagli Stati membri alle imprese titolari di licenze individuali siano destinati esclusivamente a coprire le spese amministrative sostenute per la concessione di tali licenze.

29. Dai termini della disposizione come interpretata dalla Corte al punto 25 della sentenza *Albacom e Infostrada*, cit., risulta che questo lavoro di conferimento consta solo di quattro attività, vale a dire rilascio gestione controllo ed esecuzione delle licenze individuali. Il diritto deve essere, inoltre, proporzionato alla mole di lavoro comportata e pubblicato in maniera appropriata e sufficientemente dettagliata perché le informazioni siano facilmente accessibili.

30. Tali requisiti costituiscono una risposta agli obiettivi di proporzionalità, di trasparenza e di non discriminazione dei regimi di licenze individuali enunciati al secondo «considerandò della direttiva 97/13.

31. Occorre, perciò, verificare se le modalità di calcolo del diritto oggetto della causa principale, consistenti nel prendere in considerazione le spese generali di concessione, per un periodo di 30 anni, delle licenze individuali, siano conformi alle disposizioni dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 lette alla luce dei detti obiettivi.

32. Per prima cosa si deve osservare che la nozione di costi amministrativi è sufficientemente ampia da coprire le spese amministrative «generali».

33. Le spese amministrative generali non possono riferirsi, però, ad altre attività che alle quattro espressamente menzionate all'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 e ricordate supra, al punto 29.

34. Ora, stando alle informazioni fornite alla Corte, l'importo del diritto in questione comprenderebbe altre voci di spesa, come le spese per la generale attività di sorveglianza dell'autorità di regolamentazione e, soprattutto, per il controllo di eventuali abusi di posizione dominante.

35. Siccome questo tipo di controllo eccede il lavoro strettamente necessario al conferimento delle licenze individuali, tener conto delle spese che ne derivano è contrario alle disposizioni dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

36. Si deve, poi, esser sicuri che le spese amministrative generali relative alle quattro attività indicate al detto art. 11, n. 1, possano essere calcolate su base triennale e computate nel canone.

37. Dalle osservazioni presentate alla Corte da i-21, da Arcor e dalla Commissione risulta che una previsione di così lunga durata pone problemi di affidabilità, tenuto conto delle caratteristiche del settore delle telecomunicazioni. Trattandosi di un settore in piena evoluzione, prevedere la situazione del mercato e il numero di imprese di telecomunicazioni a parecchi anni di distanza sembra difficile, tanto più che gli anni all'orizzonte sono trenta. Incerti sono anche il numero di licenze individuali da gestire in avvenire e, pertanto, l'ammontare delle spese generali di gestione. Non solo. La regolamentazione della materia conosce mutamenti significativi, come attestano le nuove direttive del 2002, fra cui la 2002/21, che abroga la direttiva 97/13, e queste modifiche normative sono a propria volta suscettibili di incidere sull'ampiezza delle spese amministrative generate dai regimi di licenze individuali.

38. L'inaffidabilità della previsione e i suoi effetti sul calcolo del canone si ripercuotono sulla compatibilità di quest'ultimo con gli imperativi di proporzionalità, di trasparenza e di non discriminazione.

39. Innanzi tutto, il calcolo delle spese generali su un periodo di trent'anni implica un'estrapolazione delle spese possibili in avvenire le quali, per definizione, sono altro dalle spese realmente sostenute. In mancanza di un meccanismo di revisione del suo importo, il diritto applicato non può essere strettamente proporzionato al lavoro richiesto, come invece espressamente prescrive l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

40. Secondariamente, un sistema di calcolo siffatto, cioè non fondato sulle spese realmente sostenute, rischia di infrangere l'obbligo di pubblicazione dettagliata delle informazioni relative al diritto, quale enunciato all'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, e, per ciò stesso, l'obiettivo di trasparenza.

41. Infine, l'obbligo di tutte le imprese di telecomunicazioni di pagare una certa somma a titolo di spese generali per un periodo di trent'anni non tiene conto del fatto che talune di loro potrebbero operare sul mercato solo per pochi anni, e può perciò condurre a una discriminazione.

42. Risulta da quanto precede che l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 osta all'applicazione, a titolo di licenze individuali, di un diritto calcolato in funzione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione per la concessione delle licenze su un periodo di trent'anni.

#### SULLA SECONDA QUESTIONE

##### *Osservazioni delle parti*

43. i-21, Arcor e la Commissione sostengono ciascuna, ma per ragioni differenti, che l'art. 10 CE, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, osta al mantenimento di atti amministrativi illegittimi come gli avvisi di liquidazione d'imposta di cui trattasi nella causa principale, e chiedono allo Stato membro il rimborso degli importi indebitamente riscossi.

44. Secondo i-21, il mantenimento di un atto amministrativo siffatto è contrario al principio del primato del diritto comunitario e alla necessità di preser-

vare il suo effetto utile. Per quanto la Corte possa riconoscerne l'importanza, il principio della certezza del diritto non può prevalere in ogni caso su quello di legalità. I-21 sottolinea che nella sentenza *Kühne & Heitz*, cit., la Corte ha considerato che un atto amministrativo che aveva acquisito forza di giudicato a seguito di una sentenza non impugnabile poteva essere annullato, in date circostanze, se contrario al diritto comunitario. Tale possibilità s'imporrebbe a fortiori ove l'atto amministrativo non è stato oggetto di decisione giurisdizionale ed ha semplicemente acquisito carattere definitivo alla scadenza dei termini impartiti per introdurre un ricorso.

45. Da parte sua, Arcor ritiene la giurisprudenza *Kühne & Heitz*, cit., non pertinente, perché relativa a un conflitto indiretto tra una norma processuale nazionale e una norma sostanziale comunitaria, dove la prima escludeva l'applicazione della seconda. Secondo Arcor, oggetto della causa principale è un conflitto diretto tra due norme sostanziali. L'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, in combinato disposto con l'art. 10 CE, richiederebbe il rimborso dei diritti riscossi in sua violazione; la normativa nazionale, invece, lo vieterebbe. Arcor è del parere che, in casi siffatti, il diritto comunitario dovrebbe prevalere su quello nazionale contrario.

46. La Commissione sostiene, al contrario, che la sentenza *Kühne & Heitz*, cit., costituisce un punto di partenza appropriato e ricorda che, in linea di principio, non sussiste un obbligo di ritirare un atto amministrativo che non è stato contestato entro i termini impartiti. Indica, poi, che nella fattispecie occorre verificare se il mantenimento degli avvisi di liquidazione illegittimi debba nondimeno essere considerato « semplicemente insopportabile » alla luce dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 sotto il profilo dei principi di equivalenza e di effettività.

47. Quanto al principio di equivalenza, la Commissione fa valere che, in base al diritto tedesco, un atto amministrativo manifestamente illegittimo per contrarietà al diritto nazionale non può essere mantenuto. Se si effettuasse una verifica del genere guardando anche al diritto comunitario, risulterebbe, ebbene, secondo la Commissione, che gli avvisi d'imposta oggetto della causa principale e la relativa regolamentazione dovrebbero essere considerati manifestamente illegittimi alla luce dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

48. Ad identica conclusione perviene la Commissione quanto al principio di effettività. Essa considera che il mantenimento degli avvisi di imposta rende praticamente impossibile l'esercizio dei diritti derivanti dal detto art. 11, n. 1, giacché permette un'eccessiva compensazione che porta a restringere la concorrenza nel corso di un periodo di trent'anni.

#### *Risposta della Corte*

49. Occorre precisare il contesto della questione sollevata. Contrariamente a quanto sostiene Arcor, la seconda questione non verte su un conflitto tra due norme di diritto sostanziale in materia di rimborso di diritti percepiti illegittimamente. Né la disposizione dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, né quelle del TKG e della TKLGebV, per come questa legge e questo regolamento sono stati illustrati nel fascicolo presentato alla Corte, trattano, infatti, di un tale rimborso.



50. La questione verte, al contrario, sulla relazione tra l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 e l'art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, come interpretato dal Bundesverwaltungsgericht. Ai sensi di quest'ultimo articolo, alla scadenza di un dato termine gli avvisi d'imposta acquistano carattere definitivo e i loro destinatari perdono la facoltà di proporre ricorsi per far valere un diritto che traggono dal detto art. 11, n. 1; resta, però, l'obbligo dell'amministrazione competente di ritirare gli atti amministrativi illegittimi il cui mantenimento risulti «semplicemente insopportabile».

51. Conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale (v. sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 24). Il rispetto di tale principio permette di evitare che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito (v., per analogia, sentenza 14 settembre 1999, causa C-310/97 P, *Commissione/AssiDomän Kraft Products e a.*, *Racc.* p. I 5363, punto 61).

52. La Corte ha tuttavia riconosciuto la possibilità di limitare in taluni casi il detto principio. Al punto 28 della sentenza *Kühne & Heitz*, cit., ha affermato, infatti, che l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione, ed eventualmente a ritornare su di essa, ove siano soddisfatte le seguenti quattro condizioni: 1) che disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; 2) che la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; 3) che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e 4) che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.

53. La controversia definita dalla sentenza *Kühne & Heitz*, cit., è però ben diversa da quella su cui verte la causa principale. L'impresa *Kühne & Heitz NV* aveva esaurito tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a sua disposizione, mentre nelle fattispecie presente i-21 e *Arcor* non si sono avvalse del diritto di introdurre un ricorso contro gli avvisi d'imposta loro indirizzati.

54. Ne consegue che, a dispetto del punto di vista difeso da i-21, nessuna rilevanza ha la sentenza *Kühne & Heitz*, cit., per stabilire se, in una situazione come quella oggetto della causa principale, un organo amministrativo sia tenuto a riesaminare decisioni divenute definitive.

55. I ricorsi pendenti dinanzi al giudice del rinvio sono diretti al rimborso di diritti pagati sulla base di avvisi di liquidazione divenuti definitivi con l'argomento che, in conformità dell'art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, come interpretato dal Bundesverwaltungsgericht, l'autorità amministrativa competente è obbligata a ritirare i detti avvisi.

56. Si tratta perciò di stabilire se, al fine di tutelare i diritti che ai singoli riconosce l'ordinamento comunitario, sia possibile chiedere al giudice nazionale investito dei ricorsi di riconoscere l'esistenza di un obbligo siffatto in capo all'autorità amministrativa.

57. Occorre ricordare, in proposito, che, secondo una giurisprudenza consolidata, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetti diretti, a condizione, tuttavia, che le dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e che non siano strutturate in modo tale da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*, *Racc.* p. I 3201, punto 31, e 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, *Racc.* p. I-723, punto 67).

58. Per quanto riguarda, innanzi tutto, il principio di effettività, esso richiede che le norme sul trattamento di avvisi di liquidazione fondati su una regolamentazione incompatibile con l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti da tale direttiva.

59. È perciò importante che le imprese interessate possano proporre un ricorso contro tali avvisi entro un termine ragionevole dalla loro notifica e far valere i diritti che traggono dall'ordinamento comunitario, in particolare dall'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13.

60. Nelle controversie in esame nessuno ha avanzato che la disciplina dei ricorsi, in particolare la previsione del termine di un mese per agire, erano irragionevoli.

61. Si deve ricordare, peraltro, che, ai sensi dell'art. 48, n. 1, della legge sul procedimento amministrativo, un atto amministrativo illegittimo può essere ritirato anche se definitivo.

62. Per quanto riguarda, poi, il principio di equivalenza, esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi, termini compresi, si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto comunitario e a quelli per infrazione del diritto interno.

63. Ne discende che, se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è «semplicemente insopportabile», identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario.

64. Dalle indicazioni del giudice del rinvio discende che, per verificare il carattere «semplicemente insopportabile» degli avvisi di liquidazione oggetto della causa principale, il giudice nazionale ha esaminato se il loro mantenimento viola i principi giuridici nazionali di parità di trattamento, di equità, di ordine pubblico o di buona fede, ovvero se è manifesta la loro incompatibilità con norme di rango superiore.

65. Quanto al principio di parità di trattamento, esso non ha subito violazioni, a giudizio del Bundesverwaltungsgericht, perché sono state i-21 e Arcor, per le quali l'avviso di liquidazione è stato mantenuto, a non approfittare della facoltà di contestare l'avviso. Imprese come queste non versano, quindi, in una situazione analoga a quella delle imprese che, avendo invece esercitato la detta

facoltà, hanno ottenuto il ritiro degli avvisi d'imposta di cui erano destinate.

66. Applicando così il principio della parità di trattamento previsto dalla normativa in esame, non fa differenza se la controversia verte sul diritto nazionale o su quello comunitario e non si lede, quindi, il principio di equivalenza.

67. Non è stato allegato, poi, che i principi di ordine pubblico, di buona fede o di equità sarebbero stati applicati in maniera differenziata secondo la natura della controversia.

68. Al contrario, è stata sollevata la questione se sia stata applicata con equivalenza la nozione di illegittimità manifesta. Secondo la Commissione, il giudice nazionale avrebbe indagato se gli avvisi d'imposta erano fondati su una normativa manifestamente illegittima per contrarietà a norme di rango superiore, vale a dire il TKG e la legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, ma non avrebbe condotto o non avrebbe condotto correttamente uguale indagine rispetto al diritto comunitario. La Commissione sostiene che la regolamentazione è manifestamente illegittima rispetto alle disposizioni dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 e che il principio d'equivalenza non è stato, quindi, rispettato.

69. Nel momento in cui, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario.

70. Per valutare il grado di chiarezza dell'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 e accertare il carattere manifesto o meno dell'incompatibilità del diritto nazionale col detto articolo, occorre prendere in considerazione gli obiettivi della direttiva, la quale è fra le misure di liberalizzazione totale dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni e mira a favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato (v., in tal senso, sentenza *Albacorn e Infostrada*, cit., punto 35). Sotto questo profilo, l'imposizione di un diritto molto elevato che copre una previsione di spese generali su un periodo di trent'anni può ostacolare seriamente la concorrenza, come il giudice del rinvio sottolinea nelle questioni pregiudiziali, e costituisce un rilevante fattore d'accertamento.

71. Spetta al giudice nazionale, alla luce di quanto precede, valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario, come quella su cui sono fondati gli avvisi di liquidazione oggetto della causa principale, sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto.

72. Ne consegue che la seconda questione dev'essere risolta nel senso che l'art. 10 CE, in combinato disposto con l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, fa obbligo al giudice nazionale di valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario, come quella su cui sono fondati gli avvisi di liquidazione oggetto della causa principale, sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto. Se tale si rivelerà il caso, il detto giudice ne dovrà trarre tutte le conseguenze di diritto nazionale circa il ritiro degli avvisi.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, (Grande Sezione), sentenza 3 ottobre 2006, in causa C-457/03, Banca Popolare di Cremona c. Agenzia delle Entrate.

**Imposte - IRAP - Incompatibilità con la disciplina sull'IVA - Non sussiste.**

*Caratteristiche essenziali dell'IVA sono: (a) essa si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; (b) è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo quale contropartita dei beni e servizi forniti; (c) viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate in precedenza; (d) gli importi pagati in occasione delle precedenti fasi del processo sono detratti dall'imposta dovuta, cosicché il tributo si applica, in ciascuna fase, solo al valore aggiunto della fase stessa, e in definitiva il peso dell'imposta va a carico del consumatore finale.*

*L'IRAP non è sovrapponibile all'IVA, in quanto (a) è un'imposta calcolata sul valore netto della produzione dell'impresa nel corso di un certo periodo, essendo la sua base imponibile uguale alla differenza che risulta, in base al conto economico, tra il « valore della produzione » e i « costi della produzione »; (b) non è di conseguenza proporzionale al prezzo dei beni o dei servizi forniti; (c) non è riscossa in ogni fase del procedimento di produzione e distribuzione; (d) non è stata concepita per ripercuotersi sul consumatore finale nel modo tipico dell'IVA.*

(*Omissis*). — 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 33 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, p. 1), come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE (GU L 376, p. 1) (in prosieguo: la «sesta direttiva»).

2. La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Banca popolare di Cremona Soc. coop. a r.l. (in prosieguo: la «Banca popolare») e l'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Cremona relativamente alla riscossione di un'imposta regionale sulle attività produttive.

CONTESTO NORMATIVO

*Diritto comunitario*

3. L'art. 33, n. 1, della sesta direttiva così prevede:

« Fatte salve le altre disposizioni comunitarie, in particolare quelle previste dalle vigenti disposizioni comunitarie relative al regime generale per la detenzione, la circolazione e i controlli dei prodotti soggetti ad accise, le disposizioni della presente direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, qualsiasi imposta, diritto e tassa che non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari, sempreché tutta-

via tale imposta, diritto e tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera».

4. Già la versione originaria della direttiva 77/388 conteneva un art. 33 sostanzialmente identico a quello citato.

#### *Diritto nazionale*

5. L'imposta regionale sulle attività produttive (in prosieguo: l'«IRAP») è stata istituita con il decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 (supplemento ordinario alla *GURI* 23 dicembre 1997, n. 298; in prosieguo: il «decreto legislativo»).

6. Il testo degli artt. 1-4 di tale decreto è il seguente:

##### *«Art. 1. Istituzione dell'imposta*

1. È istituita l'imposta regionale sulle attività produttive esercitate nel territorio delle regioni.

2. L'imposta ha carattere reale e non è deducibile ai fini delle imposte sui redditi.

##### *Art. 2. Presupposto dell'imposta*

1. Presupposto dell'imposta è l'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi. L'attività esercitata dalle società e dagli enti, compresi gli organi e le amministrazioni dello Stato, costituisce in ogni caso presupposto di imposta.

##### *Art. 3. Soggetti passivi*

1. Soggetti passivi dell'imposta sono coloro che esercitano una o più delle attività di cui all'articolo 2. Pertanto sono soggetti all'imposta:

*a)* le società e gli enti di cui all'articolo 87, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917;

*b)* le società in nome collettivo e in accomandita semplice e quelle ad esse equiparate (...) nonché le persone fisiche esercenti attività commerciali di cui all'articolo 51 del medesimo testo unico;

*c)* le persone fisiche, le società semplici e quelle ad esse equiparate (...) esercenti arti e professioni di cui all'articolo 49, comma 1, del medesimo testo unico;

*d)* i produttori agricoli titolari di reddito agrario (...)

(...)

2. Non sono soggetti passivi dell'imposta:

*a)* i fondi comuni di investimento (...)

*b)* i fondi pensione (...)

*c)* i gruppi economici di interesse europeo (GEIE) (...)

##### *Art. 4. Base imponibile*

1. L'imposta si applica sul valore della produzione netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione.

(...)».

7. Gli artt. 5-12 del decreto legislativo contengono i criteri per determinare il citato «valore della produzione netta», i quali variano in base alle differenti attività economiche il cui esercizio costituisce il fatto generatore dell'IRAP.

8. L'art. 5 di tale decreto precisa che, per i soggetti di cui all'art. 3, primo comma, lett. *a*) e *b*) del decreto stesso non esercenti le attività delle banche, degli altri enti e società finanziari e delle imprese di assicurazione, la base imponibile è determinata dalla differenza tra la somma delle voci classificabili nel valore della produzione di cui al primo comma, lett. A), dell'art. 2425 del codice civile e la somma di quelle classificabili nei costi della produzione di cui alla lett. B) del medesimo comma, ad esclusione di alcune di esse, fra le quali le spese per il personale dipendente.

9. L'art. 2425 del codice civile, rubricato «Contenuto del conto economico», così prevede:

«Il conto economico deve essere redatto in conformità al seguente schema:

A) Valore della produzione:

- 1) ricavi delle vendite e delle prestazioni;
- 2) variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti;
- 3) variazioni dei lavori in corso su ordinazione;
- 4) incrementi di immobilizzazioni per lavori interni;
- 5) altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio.

Totale.

B) Costi della produzione:

- 6) per materie prime, sussidiarie, di consumo e di merci;
- 7) per servizi;
- 8) per godimento di beni di terzi;
- 9) per il personale:
  - a*) salari e stipendi;
  - b*) oneri sociali;
  - c*) trattamento di fine rapporto;
  - d*) trattamento di quiescenza e simili;
  - e*) altri costi;
- 10) ammortamenti e svalutazioni:
  - a*) ammortamento delle immobilizzazioni immateriali;
  - b*) ammortamento delle immobilizzazioni materiali;
  - c*) altre svalutazioni delle immobilizzazioni;
  - d*) svalutazioni dei crediti compresi nell'attivo circolante e delle disponibilità liquide;
- 11) variazioni delle rimanenze di materie prime, sussidiarie, di consumo e merci;
- 12) accantonamenti per rischi;
- 13) altri accantonamenti;
- 14) oneri diversi di gestione.

Totale.

Differenza tra valore e costi della produzione (A-B).

(...)».

10. Ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo, «l'imposta è dovuta per periodi di imposta a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma. Il periodo di imposta è determinato secondo i criteri stabiliti ai fini delle imposte sui redditi».

11. Ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo, in linea generale «l'imposta è determinata applicando al valore della produzione netta l'aliquota del 4,25 per cento». Tale aliquota è variabile secondo la regione in cui ha sede l'impresa.

#### CAUSA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

12. La Banca popolare ha impugnato dinanzi al giudice del rinvio il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Cremona con il quale quest'ultima le ha rifiutato il rimborso dell'IRAP versata negli anni 1998 e 1999.

13. A giudizio della ricorrente nella causa principale sussiste un contrasto fra il decreto legislativo e l'art. 33 della sesta direttiva.

14. Il giudice del rinvio osserva quanto segue:

— in primo luogo, l'IRAP si applica, in modo generalizzato, a tutte le operazioni commerciali di produzione o di scambio aventi ad oggetto beni e servizi poste in essere nell'esercizio in modo abituale di un'attività svolta a tale fine, vale a dire nell'esercizio di imprese o di arti e professioni;

— in secondo luogo l'IRAP, sebbene sia calcolata con un procedimento diverso da quello utilizzato per l'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»), colpisce il valore netto derivante dalle attività produttive, e più esattamente il valore netto «aggiunto» al prodotto dal produttore, cosicché l'IRAP sarebbe un'IVA;

— in terzo luogo, l'IRAP è riscossa in ogni fase del processo di produzione o di distribuzione;

— in quarto luogo, la somma delle IRAP riscosse nelle varie fasi del ciclo, dalla produzione alla immissione al consumo, è pari all'aliquota IRAP applicata al prezzo di vendita di beni e servizi praticato in sede di immissione al consumo.

15. Tale giudice si domanda però se le differenze esistenti tra l'IVA e l'IRAP riguardino le caratteristiche essenziali che determinano l'appartenenza o meno dell'una e dell'altra imposta alla medesima categoria di tributi.

16. Alla luce di quanto sopra, la Commissione tributaria provinciale di Cremona ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 33 della [sesta direttiva] debba essere interpretato nel senso che esso vieti di assoggettare ad IRAP il valore della produzione netta derivante dall'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi».

#### SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

17. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 33 della sesta direttiva osti al mantenimento di un prelievo fiscale avente caratteristiche analoghe a quelle dell'imposta di cui si discute nella causa principale.

18. Per interpretare l'art. 33 della sesta direttiva è necessario collocare tale disposizione nell'ambito del suo contesto normativo. A tal fine è utile, come già fatto nella sentenza 8 giugno 1999, cause riunite C-338/97, C-344/97 e C-390/97, *Pelzl e a.* (*Racc.* p. I-3319, punti 13-20) ricordare innanzitutto gli obiettivi perseguiti con la creazione di un sistema comune dell'IVA.

19. Risulta dai «considerando» della prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d'affari (*GU* 1967, n. 71, p. 1301; in prosieguo: la «prima direttiva»), che l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari deve consentire la creazione di un mercato comune nel quale vi sia una concorrenza non alterata e che abbia caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno, eliminando le differenze di oneri fiscali che possono alterare la concorrenza e ostacolare gli scambi.

20. L'istituzione di un sistema comune di IVA è stata realizzata con la seconda direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/228/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra d'affari — Struttura e modalità d'applicazione del sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (*GU* 1967, n. 71, p. 1303; in prosieguo: la «seconda direttiva») e con la sesta direttiva.

21. Il principio del sistema comune dell'IVA consiste, ai sensi dell'art. 2 della prima direttiva, nell'applicare ai beni ed ai servizi, fino allo stadio del commercio al minuto, un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione.

22. Tuttavia, a ciascun passaggio, l'IVA si può esigere solo previa detrazione dell'IVA che ha gravato direttamente sul costo dei vari fattori che compongono il prezzo; il sistema delle detrazioni è disciplinato dall'art. 17, n. 2, della sesta direttiva, in modo che i soggetti passivi siano autorizzati a detrarre dall'IVA da essi dovuta gli importi di IVA che hanno già gravato sui beni o sui servizi a monte e che l'imposta colpisca ogni volta solo il valore aggiunto e vada, in definitiva, a carico del consumatore finale.

23. Per conseguire lo scopo dell'uguaglianza impositiva della stessa operazione, indipendentemente dallo Stato membro nel quale viene effettuata, il sistema comune dell'IVA doveva sostituire, secondo i «considerandò della seconda direttiva, le imposte sulla cifra d'affari in vigore nei vari Stati membri.

24. In quest'ordine di idee, l'art. 33 della sesta direttiva consente il mantenimento o l'istituzione da parte di uno Stato membro di imposte, diritti e tasse gravanti sulle forniture di beni, sulle prestazioni di servizi o sulle importazioni solo se non hanno natura di imposte sulla cifra d'affari.

25. Per valutare se un'imposta, un diritto o una tassa abbiano la natura di imposta sulla cifra d'affari, ai sensi dell'art. 33 della sesta direttiva, occorre in particolare verificare se essi abbiano l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune dell'IVA, gravando sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpendo le transazioni commerciali in modo analogo all'IVA.

26. A tale proposito, la Corte ha precisato che in ogni caso devono essere considerati gravanti sulla circolazione dei beni e dei servizi allo stesso modo dell'IVA le imposte, i diritti e le tasse che presentano le caratteristiche essenziali dell'IVA, anche se non sono in tutto identici ad essa (sentenze 31 marzo 1992, causa C-200/90, *Dansk Denkavit e Poulsen Trading*, *Racc.* p. I-2217, punti 11 e 14, nonché 29 aprile 2004, causa C-308/01, *GIL Insurance e a.*, *Racc.* p. I-4777, punto 32).



27. Per contro, l'art. 33 della sesta direttiva non osta al mantenimento o all'introduzione di un'imposta che non presenti una delle caratteristiche essenziali dell'IVA (sentenze 17 settembre 1997, causa C-130/96, *Solisnor-Estaleiros Navais*, Racc. p. I-5053, punti 19 e 20, nonché *GIL Insurance e a.*, cit., punto 34).

28. La Corte ha precisato quali siano le caratteristiche essenziali dell'IVA. Nonostante alcune differenze redazionali, risulta dalla sua giurisprudenza che tali caratteristiche sono quattro: l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; è proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo quale contropartita dei beni e servizi forniti; viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate in precedenza; gli importi pagati in occasione delle precedenti fasi del processo sono detratti dall'imposta dovuta, cosicché il tributo si applica, in ciascuna fase, solo al valore aggiunto della fase stessa, e in definitiva il peso dell'imposta va a carico del consumatore finale (v., in particolare, sentenza *Pelzl e a.*, cit., punto 21).

29. Al fine di evitare risultati discordanti rispetto all'obiettivo perseguito dal sistema comune dell'IVA, ricordato ai punti 20-26 della presente sentenza, ogni confronto delle caratteristiche di un'imposta come l'IRAP con quelle dell'IVA deve essere compiuto alla luce di tale obiettivo. In questo contesto deve essere riservata un'attenzione particolare alla necessità che sia sempre garantita la neutralità del sistema comune dell'IVA.

30. In questo caso, relativamente alla seconda caratteristica fondamentale dell'IVA, si deve innanzitutto rilevare che, mentre l'IVA è riscossa in ciascuna fase al momento della commercializzazione e il suo importo è proporzionale al prezzo dei beni o servizi forniti, l'IRAP è invece un'imposta calcolata sul valore netto della produzione dell'impresa nel corso di un certo periodo. La sua base imponibile è infatti uguale alla differenza che risulta, in base al conto economico, tra il «valore della produzione» e i «costi della produzione», come definiti dalla legislazione italiana. Essa comprende elementi come le variazioni delle rimanenze, gli ammortamenti e le svalutazioni, che non hanno un rapporto diretto con le forniture di beni o servizi in quanto tali. L'IRAP non deve pertanto essere considerata proporzionale al prezzo dei beni o dei servizi forniti.

31. Occorre poi osservare, relativamente alla quarta caratteristica fondamentale dell'IVA, che l'esistenza di differenze relativamente al metodo per calcolare la detrazione dell'imposta già pagata non può sottrarre un'imposta al divieto contenuto nell'art. 33 della sesta direttiva qualora tali differenze siano più che altro di natura tecnica, e non impediscano che tali imposta funzioni sostanzialmente nello stesso modo dell'IVA. Per contro, si può collocare all'esterno dell'ambito applicativo dell'art. 33 della sesta direttiva un'imposta la quale colpisca le attività produttive in modo tale che non sia certo che la stessa vada, in definitiva, a carico del consumatore finale, come avviene per un'imposta sul consumo come l'IVA.

32. In questo caso, mentre l'IVA, attraverso il sistema della detrazione dell'imposta previsto dagli artt. 17-20 della sesta direttiva, grava unicamente sul consumatore finale ed è perfettamente neutrale nei confronti dei soggetti passivi che intervengono nel processo di produzione e di distribuzione che precede la fase di imposizione finale, indipendentemente dal numero di operazioni avvenute

(sentenze 24 ottobre 1996, causa C-317/94, Elida Gibbs, *Racc.* p. I-5339, punti 19, 22 e 23, nonché 15 ottobre 2002, causa C-427/98, Commissione/Germania, *Racc.* p. I-8315, punto 29), lo stesso non vale per quanto riguarda l'IRAP.

33. Da un lato, infatti, un soggetto passivo non può determinare con precisione l'importo dell'IRAP già compreso nel prezzo di acquisto dei beni e dei servizi. Dall'altro, se un soggetto passivo potesse includere tale costo nel prezzo di vendita, al fine di ripercuotere l'importo dell'imposta dovuta per le sue attività sulla fase successiva del processo di distribuzione o di consumo, la base imponibile dell'IRAP comprenderebbe di conseguenza non solo il valore aggiunto, ma anche l'imposta stessa, cosicché l'IRAP sarebbe calcolata su un importo determinato a partire da un prezzo di vendita comprendente, in anticipo, l'imposta da pagare.

34. In ogni caso, anche se si può supporre che un soggetto passivo IRAP che effettua la vendita al consumatore finale tenga conto, nel determinare il suo prezzo, dell'importo dell'imposta incorporato nelle sue spese generali, non tutti i soggetti passivi si trovano nella condizione di poter così ripercuotere il carico dell'imposta, o di poterlo ripercuotere nella sua interezza (v., in tal senso, sentenza *Pelzl e a.*, cit., punto 24).

35. Risulta da tutte queste considerazioni che, in base alla disciplina dell'IRAP, tale imposta non è stata concepita per ripercuotersi sul consumatore finale nel modo tipico dell'IVA.

36. È vero che la Corte ha dichiarato incompatibile con il sistema armonizzato dell'IVA un'imposta che era riscossa come una percentuale dell'importo totale delle vendite realizzate e dei servizi forniti da un'impresa nel corso di un determinato periodo di tempo, detratto l'importo degli acquisti di beni e servizi effettuati nel corso dello stesso periodo dalla medesima impresa. La Corte ha osservato che il tributo in questione era accostabile nei suoi elementi fondamentali all'IVA e che, nonostante le differenze, esso conservava il suo carattere di imposta sulla cifra d'affari (v., in tal senso, sentenza *Dansk Denkavit e Poulsen Trading*, cit., punto 14).

37. Qui però l'IRAP si distingue dal tributo oggetto di tale sentenza in quanto quest'ultimo era destinato a ripercuotersi sul consumatore finale, come risulta dal punto 3 della detta sentenza. Tale tributo era dunque calcolato a partire da una base imponibile identica a quella utilizzata per l'IVA, ed era riscosso parallelamente all'IVA.

38. Risulta dalle considerazioni svolte che un'imposta con le caratteristiche dell'IRAP si distingue dall'IVA in modo tale da non poter essere considerata un'imposta sulla cifra d'affari, ai sensi dell'art. 33, n. 1, della sesta direttiva.

39. Alla luce di quanto sopra, la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che l'art. 33 della sesta direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non osta al mantenimento di un prelievo fiscale avente le caratteristiche dell'imposta di cui si discute nella causa principale.



## SENTENZE DI ALTRI ORGANI GIUDIZIARI

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite Civili, sentenza 1° settembre 2006 n. 16751; G.D.C. c. Banca centrale europea e Banca d'Italia.

**Banca d'Italia - Potere di rappresentanza sostanziale e processuale della Banca centrale europea - Esclusione.**

**Politica monetaria - Configurabilità di interessi giuridicamente tutelati rispetto alle sue manifestazioni - Esclusione.**

*La Banca d'Italia, pur essendo funzionalmente e istituzionalmente legata alla Banca centrale europea, non ne costituisce un'articolazione periferica e, comunque, non ne ha la rappresentanza sostanziale e processuale sul territorio italiano.*

*La politica monetaria è espressione dei poteri sovrani dello Stato e non sono pertanto configurabili situazioni di interesse protetto a che gli atti in cui essa si esprime assumano o non assumano un determinato contenuto (il principio è stato affermato in una fattispecie in tema di signoraggio monetario).*

(*Omissis*). — Dei sei motivi in cui si articola il ricorso della Banca d'Italia il primo solleva un problema di carattere preliminare.

Con esso la ricorrente, denunciando la violazione di molteplici disposizioni del codice di procedura civile, del Trattato CE, del Protocollo sul Sistema europeo delle Banche centrali e della Banca centrale europea, nonché dello statuto della medesima Banca d'Italia, ripropone l'eccezione di difetto di legittimazione passiva disattesa dal giudice di merito.

Osserva, infatti, che la domanda dell'attore era rivolta inequivocabilmente nei confronti della Banca centrale europea, soggetto distinto dalla Banca d'Italia e del quale quest'ultima non costituisce un'articolazione, né ne ha la rappresentanza sostanziale o processuale.

Non avrebbe comunque potuto il giudice di pace emettere una pronuncia di condanna riferibile alla Banca centrale europea, stante la riserva di giurisdizione posta al riguardo dal Trattato CE in favore del giudice comunitario.

La doglianza, nei termini di cui appreso, è senz'altro fondata.

Le domande contenute nell'atto introduttivo del giudizio promosso dal sig. D.G. dinanzi al giudice di pace appaiono infatti chiaramente rivolte in primo luogo proprio nei confronti della Banca centrale europea, cui espressamente si imputa di avere illecitamente trasformato la collettività da proprietaria in debitrice del proprio denaro.

L'atto di citazione appare però essere stato indirizzato e notificato unicamente alla Banca d'Italia, con sede in Roma, sul presupposto che quest'ultima sia una articolazione in sede nazionale dell'anzidetta Banca centrale europea.

Tale presupposto il giudice di pace ha mostrato di condividere, nella sentenza con cui ha definito il giudizio dinanzi a se, ove infatti si legge che l'atto

introduttivo risulta essere stato ritualmente notificato alla Banca centrale europea e, per essa, alla locale articolazione individuata nella Banca d'Italia s.p.a.

Anche la conseguente pronuncia di condanna, emessa nei confronti della convenuta, è quindi da intendersi come rivolta nei riguardi della Banca centrale europea, rappresentata in giudizio dalla Banca d'Italia.

Senonché il suindicato presupposto, sul quale riposano, come detto, tanto l'impostazione della domanda dell'attore quanto la conseguente pronuncia del giudice, è palesemente errato.

Deve infatti radicalmente escludersi che la Banca d'Italia costituisca una articolazione locale della Banca centrale europea o che, comunque, essa ne abbia istituzionalmente la rappresentanza sostanziale e processuale sul territorio italiano.

La Banca d'Italia e la Banca centrale europea costituiscono invece soggetti giuridici diversi, ancorché istituzionalmente e funzionalmente collegati, ciascuno dei quali dotato di ben distinta personalità giuridica, sia sul piano del diritto sostanziale che di quello processuale.

La prima non è una società per azioni di diritto privato, come alcuni passaggi dell'impugnata sentenza sembrerebbe postulare, bensì un istituto di diritto pubblico, secondo l'espressa indicazione dell'art. 20 del r.d. 12 marzo 1936 n. 375 (di recente ribadita anche dall'art. 19, co. 2 della legge 28 dicembre 2005 n. 262), fornito pertanto di autonoma personalità giuridica.

La seconda del pari gode di autonoma personalità giuridica, come espressamente indicato dall'art. 107, co. 2, del Trattato CE, ed è perciò dotata di una propria capacità giuridica anche sul piano processuale (art. 9, par. 1, del protocollo sul Sistema europeo delle Banche centrali).

Nessuna disposizione consente d'altronde di affermare che alle banche centrali nazionali, ed in specie alla Banca d'Italia, siano stati conferiti in ambito processuale poteri rappresentativi che le abilitino a stare in giudizio per conto della Banca centrale europea.

Ne consegue che il contraddittorio instaurato nei confronti della sola Banca d'Italia, priva di legittimazione processuale sostitutiva della Banca centrale europea, non può dirsi in alcun modo instaurato anche nei confronti di quest'ultima.

In una siffatta situazione, caratterizzata dall'inesistenza assoluta della notifica dell'atto di citazione a detta Banca centrale europea, nessuna pronuncia il giudice avrebbe quindi potuto emettere nei confronti di essa.

La conclusione appena enunciata assorbe evidentemente ogni ulteriore rilievo per quel che concerne la pronuncia emessa nei confronti della Banca centrale europea.

Non è però con questo esaurita l'intera causa.

Quantunque formulate in modo tutt'altro che univoco, infatti, le domande proposte dall'attore in citazione appaiono volte ad ottenere pronunce di accertamento e di condanna della convenuta Banca d'Italia, non solo quale rappresentante della Banca centrale europea (e s'è visto che tale essa non è), ma anche in se medesima considerata.

Tale è, almeno, il modo in cui il giudice di merito, cui competeva farlo, sembra aver interpretato il significato di dette domande.

Non altrimenti si spiegherebbe il fatto che egli le abbia accolte sulla base di argomentazioni incentrate su profili specificamente attinenti alla struttura partecipativa della Banca d'Italia ed ai benefici monetari che detta Banca trarrebbe per se stessa dall'emissione della moneta europea: argomentazioni, queste, che (a prescindere da ogni considerazione sulla loro pertinenza e fondatezza) possono trovare logicamente posto nell'impugnata sentenza solo in quanto si dia appunto per scontato che tale sentenza il giudice ha inteso emettere pure nei confronti diretti della Banca d'Italia, in quanto corresponsabile in sede nazionale dell'attività di emissione monetaria, onde la dizione convenuta, che figura nella formula di condanna, risulta abbracciare non solo la Banca centrale europea, asseritamente rappresentata dalla Banca d'Italia, ma anche quest'ultima in proprio.

Nei confronti della Banca d'Italia, diversamente che nei confronti della Banca centrale europea, il contraddittorio è stato sin da principio correttamente instaurato, sicché è giocoforza procedere all'esame dei successivi motivi di ricorso, ed in particolare del secondo, il cui accoglimento, come può sin d'ora anticiparsi, renderà però superfluo occuparsi anche dei successivi tre.

Il secondo motivo di ricorso, nel lamentare la violazione degli artt. 99 e 100 del codice di procedura civile, 106 del Trattato CE, 16 e 32 del protocollo sul Sistema europeo delle Banche centrali, sottolinea come, in presenza di una pubblica potestà, qual è quella riguardante l'emissione della moneta ad opera di un'autorità sopranazionale, il giudice italiano sia privo di giurisdizione, non essendo assolutamente configurabile in capo alla collettività nazionale o ai suoi singoli componenti una posizione tutelabile in termini di diritto soggettivo.

Tale censura è pienamente da condividere.

A fondamento della domanda giudiziale in esame, e della sentenza del giudice di pace che la ha accolta, sono state prospettate considerazioni, che integrano la *causa pretendi* e contribuiscono a definire l'oggetto della domanda, impossibili da ricondurre a qualsiasi paradigma di tutela giurisdizionale.

Con quella domanda l'attore manifesta l'intenzione di far valere un interesse che egli stesso però non radica in un posizione giuridica soggettiva, tutelata dall'ordinamento positivo, e di cui neppure l'impugnata sentenza individui un siffatto radicamento. Secondo l'assunto dell'attore, la massa monetaria posta in circolazione nell'ambito dei paesi aderenti al sistema dell'euro (e quindi anche in Italia) appartenerebbe alla collettività dei cittadini di quei paesi, con la conseguenza che ciascuno di costoro potrebbe rivendicare, *pro quota*, il reddito derivante dalla stampa e dalla circolazione di detta massa monetaria, oggi invece percepito dalla Banca centrale europea e poi ridistribuito tra le diverse banche centrali nazionali.

Ora, è noto (e non è affatto messo in discussione nella presente causa) che l'Italia, assoggettandosi alle previsioni del Trattato CE, per ciò stesso ha aderito al Sistema europeo delle Banche centrali (indicato con l'acronimo SEBC), tra i cui compiti fondamentali l'art. 105, co. 2, del Trattato espressamente annovera quello di definire ed attuare la politica monetaria della Comunità.

Del SEBC, il cui statuto costituisce un protocollo allegato al Trattato CE (art. 107, co. 4, del Trattato stesso), insieme alle banche centrali nazionali di tutti gli Stati membri fa parte la Banca centrale europea (art. cit., co. 1), alla quale l'art. 105, co. 1, del Trattato assegna il diritto esclusivo di autorizzare l'e-

missione di banconote all'interno della Comunità; emissione cui poi concretamente provvedono la stessa Banca centrale europea e le singole banche centrali nazionali a ciò autorizzate (art. 4 del d.lgs. 10 marzo 1998 n. 43 e art. 16 dello statuto del SEBC).

Il reddito monetario che da tale emissione consegue affluisce alla Banca centrale europea, che lo ridistribuisce poi alle singole banche centrali nazionali secondo criteri puntualmente definiti dall'art. 32 dello statuto del SEBC.

L'attribuzione di siffatto reddito monetario alla Banca d'Italia, nei limiti di cui s'è detto (ed in linea di continuità con la disciplina nazionale previgente), appare perciò effetto di una scelta di politica monetaria consacrata in strumenti normativi di diritto europeo, al cui rispetto il nostro paese si è vincolato anche sul piano internazionale.

A fronte di tale situazione, la pretesa dell'attore a che ciascun cittadino degli Stati europei aderenti al sistema dell'euro possa percepire direttamente e personalmente una quota proporzionale del c.d. signoraggio monetario, ossia del reddito che l'istituto di emissione ritrae dalle monete messe in circolazione, appare basata su argomenti di carattere storico (l'evoluzione del signoraggio monetario, a partire dal tempo in cui si coniavano monete in metallo prezioso recanti l'effigie del sovrano sino all'affermarsi della moneta cartacea, per passare poi alla soppressione del regime di convertibilità aurea e quindi all'introduzione della moneta unica europea) e di carattere economico (attinenti al modo in cui si produce il reddito che gli istituti di emissione ricavano dall'esercizio di tale funzione), argomenti che però conducono ad evidenziare non già uno scarto tra il comportamento dell'istituto convenuto e le regole giuridiche su cui è oggi modellato il meccanismo di produzione del reddito monetario, bensì una pretesa incoerenza tra tale meccanismo e un auspicato diverso assetto cui esso, secondo l'attore, dovrebbe viceversa adeguarsi nel rispetto delle suaccennate ragioni d'indole storico economica.

Donde il carattere affatto metagiuridico della pretesa azionata che nelle intenzioni di chi la ha formulata dovrebbe condurre ad un totale ribaltamento della prospettiva vigente (il debito pubblico si trasformerebbe in credito pubblico), quale oggi discende dal sistema monetario delle banche centrali europee.

Siffatta pretesa, dunque, è in realtà rivolta a mettere in discussione le scelte con cui lo Stato, attraverso i suoi competenti organi istituzionali, ha configurato la propria politica monetaria, in coerenza con la decisione di aderire ad un sistema elaborato in ambito europeo e di fare parte delle istituzioni create all'interno di detto sistema.

Ma, proprio per questo, si tratta di una pretesa (quale che ne sia la plausibilità sul piano storico economico e politico) che necessariamente esula dall'ambito della giurisdizione, sia essa quella del giudice ordinario sia del giudice amministrativo, in quanto al giudice non compete sindacare il modo in cui lo Stato esplica le proprie funzioni sovrane, tra le quali sono indiscutibilmente comprese quelle di politica monetaria, di adesione a trattati internazionali e di partecipazione ad organismi sopranazionali: funzioni in rapporto alle quali non è dato configurare una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui esse si manifestano assumano o non assumano un determinato contenuto (in tema di difetto assoluto di giurisdizione si vedano le altre, benché in relazione a fattispecie diverse da quella qui presa in esame, sez. un. 12 lug. 1968, n. 2452; 17 ott. 1980,

---

n. 5583; 24 ott. 1988, n. 5740; 8 gen. 1993, n. 124; 19 mag. 1993 n. 5691; 5 giu. 2002, n. 8157).

Discende da ciò il difetto assoluto di giurisdizione in ordine all'azione proposta, riguardo alla quale manca il potere di emanare una decisione di merito da parte di qualsiasi giudice: ivi compreso il giudice di pace, non potendo certo ipotizzarsi che l'attribuzione a detto giudice del compito di decidere secondo equità le controversie il cui valore non superi quello indicato dal capoverso dell'art. 113 del codice di procedura civile gli consenta di emettere pronunce che eccedono i limiti generali della giurisdizione.

L'impugnata sentenza deve perciò essere cassata senza rinvio.





# incontri - convegni - tavole rotonde

---

## RELAZIONI E INTERVENTI

POLONA KOVAČ

### THE IMPACT OF INTERNATIONAL PRINCIPLES, STANDARDS AND PRAXIS ON (SLOVENE) ADMINISTRATIVE PROCEDURE (\*)

SOMMARIO: 1. Classic concept of administrative law and procedure. — 1.1. Basic characteristics and development of (continental) Administrative Law. — 1.2. Codification of Administrative Procedure. — 1.3. Slovene administrative procedure as the legacy of Germanic area. — 2. Contemporary administrative procedure as a result of globalisation process. — 2.1. Contemporary concept of the subject-matter of the administrative procedure. — 2.2 Beginning of Globalisation of the Administrative area - Administrative Procedure under the influence of the Council of Europe. — 2.3. European Union as the Creator of European Administrative Space. — 2.4. Administrative procedure as a business process and its rationalization OECD and Slovenia. — 3. Can we speak of europeanization or internationalization of administrative procedure? — 3.1. Pro et contra reasons in understanding administrative procedure as a supranational category. — 3.2. Basic premissis for development of Slovene administrative procedure. — 4. Final conclusions.

### ABSTRACT

The administrative procedure has been a part of administrative law and as such regarded as pure enclave of the national legislation of individual countries. Economic globalization, social and legal integration have also neutralized boundaries between legal systems in the field of Administrative procedure. Special emphasis has to be put on the principles of European Administrative Space deriving from European Court of Justice judicature and guidelines of the SIGMA organisation as well as the legal practice of the European Court for Human Rights. These principles have also been integrated into the European Constitution. Modern praxis has been influenced by the administrative procedure as a business process aiming for its rationalization and informatization. International standards and guidelines set also by the OECD and World Trade Organization have strongly influenced Slovenia which has especially become obvious in the amended Slovene General Administrative Procedure Act (2004), most evidently regarding the rights of applicants and rationalization of procedures, and in broader view in judicial review of administrative instruments.

*Key words:* administrative procedure, administrative law, public administration, principles, international standards, amendments to Slovene General Administrative Procedure Act, Slovenia, EU, Council of Europe, europeisation, OECD.

---

(\*) Relazione al 3<sup>rd</sup> Regional International Conference, I.I.A.S., Monterey, 16-20 luglio 2006.

## 1. CLASSIC CONCEPT OF ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE.

### 1.1. *Basic characteristics and development of (continental) Administrative Law.*

*Administrative law is incorporated in the context of Public law, where protection of public interest and determination of code of action for bearers of national and local authority (state administration and other civil services, local self-government, bearer of public authority)(1). Administrative law is based on administrative-legal balance created when authorities determine the rights, obligations and legal benefits of individuals and legal entities.*

Administrative law *developed relatively late*, in the middle of 18th century, starting in France, and continuing in Germany, Austria and elsewhere. *Slovenia* has therefore had a developed system of Administrative Law, particularly Administrative procedure law from its beginnings. As *Slovenia* historically and legally belongs to *German-Austrian administrative area*, German Administrative Law doctrine was implemented here as a part of Constitutional Law, which together with Administrative Law constituted *state legislation*, determining code of action of administrative authorities as the executive branch of government.

Government as the representative of the executive branch directs actions of state administration in accordance with the constitutional separation of state administration and local self-government whereas the latter is autonomous of the state administration since the establishment of municipalities (2). Principle of *Administrative Act* was in the forefront of this doctrine (more details on that and other alternatives Schuppert, 2000: 772 and forward). Administrative law in comparison with the private law of the *continental* legal system shows three significant characteristics (Ivanc, 2003): 1. Administrative law was developed relatively late and it was based on the assumption of existence of public administration and subordination of public administration to the law; 2. derives from unequal, stronger, position of authority or power of public authority (*ex imperio*); 3. rights of public authority are superior but at the same time self-restrictive. Cananea (2003: 565) determines three foundations of *tradi-*

---

(1) There are several very different definitions of the concept of Administrative Law, which is not surprising considering various frameworks within which it developed (duality of classical anglo-saxon and continental tradition is evident).

(2) Municipalities as local self-governmental communities implement their power directly or indirectly through transfer of its public authority in accordance to Slovene legislation which means that they have to act in accordance with municipal ordinances and other orders as well as state legislation, especially ratified international contracts, constitution and legislation. Municipalities are also obliged to directly implement governmental provisions and regarding general regulations based on the Government of the Republic of Slovenia Act, they are not obliged by governmental any governmental regulation even though their implementation is reasonable, permissible and usually even welcomed. Bearers of public authority are therefore those who implement tasks which are under governmental jurisdiction, such as different organizations at the municipal level.

*tional view of Administrative Law as national fortress*, especially in the Germanic area: positivism, separation of power and superiority of public administration. Some authors influenced by the French theory supplement the aforementioned characteristics with the existence of special courts for review of administration acts.

*The concept of public interest*, which is particularly important due to its a priori more or less strong prevalence over private interest, is determined by the applicable legislation, mostly in specific legal areas, generally in Constitution itself and General Administrative Procedure Act (Official Gazette of the RS No. 80/99, 70/00, 52/02, 73/04, 119/05; *hereinafter*: GAPA). GAPA defines public interest as protection of life and health of people, public order, public safety and property (3).

Administrative law comprises of different regulations, which can be put into its status (organizational), substantive and procedural part. Regarding its content administrative law could be divided into a *substantive and formal part*, where the latter includes *organizational* as well as *procedural* laws. Decision making procedures for determining rights and obligations in individual matters can only be determined by law.

*The essence of Administrative Law is therefore development* (4) *as well as currently popular control of the authority apparatus*, since specific administrative areas ensure enforcement of substantive and procedural rights to individuals who can show real legitimation. *Process is a tool of democracy*. This characteristic of Administrative Law is even more expressed regarding obligations of individual legal and physical entities, as in such cases Administrative Law establishes superiority of public interest over individual interest in accordance with the pre-determined and respected standards and boundaries which prevent abuse.

Trpin (1999: 15): « *Administrative procedure is one of the basic provisions for protecting individual rights toward the administration, which together with the administrative litigation, constitutional appeal and Human Rights ombudsman comprises an entire system of such protection... it represents a path which should enable a proper transformation of the abstract legal norm to a real life situation which ultimately means direct implementation of individual's rights.* ». Schuppert (2000: 786) has rounded up the trend of administrative procedure as a *dialogue and cooperation between*

---

(3) GAPA does not directly define public interest, but Article 144 defines urgent measures in the public interest as basis for shortened findings procedure. Listed categories of public interest are even more specifically defined in Article 18, which lists the exceptions regarding prohibition of taking-over and transfer of authority, as it puts larger emphasis on life and health of people, natural and/or living environment and property. Inspection Act (Official Gazette of the RS n. 56/02) furthermore in Article 34 specifies special measures Inspectors may implement to ensure protection of public interest, e.g. to prevent life endangerment and health of people and animals, and to prevent any damages in natural and/or living environment and property.

(4) Cijan and Grafenauer (2002: 7): « *Formation of administrative law is one of the results of fight between bourgeoisie and feudal lords and absolute power as legal norms started to restrict state power and gradually submit it to legal norms* ». This is especially specific for the period following the French revolution.

*administration and other parties.* This philosophy represents a foundation for development of basic principles of administrative law and procedures. Basic principles are nothing but the other side of applicable social *norms* at a given moment in time and space.

### 1.2. *Codification of Administrative Procedure.*

Codification of the administrative procedure, which strengthen the protection the rights of the parties, began at the *end of 18th century*, albeit partially, in Spain (1889). Administrative procedure started several decades after the codification of administrative litigation. *Globalisation of the administrative procedure therefore started by its enactment, as precision and recognizability of the regulations represent a foundation for its expansion.* First specific act on administrative procedure was adopted by Austria in 1925; the act was conceptually copied by Yugoslavia in 1930 and later in 1958 by the after the second World War Yugoslavia, and so on. Administrative procedure was enacted in 1928 in the Czech Republic and Poland, in 1946 in the United States of America, individual Act was also adopted by Hungary in 1957, in Spain in 1958, in 1967 in Japan, Netherlands, Norway and Switzerland, in 1969 in Bulgaria, in 1971 in Sweden, in 1976 in Germany and in 1990 in Italy.

Codification of administrative procedures is typical for some countries, while others remained at the rounded up concept of administrative areas and *do not apply* general administrative procedure and/or its codification under an umbrella act. In such systems specific procedural provisions belong under substantive and statutory legislation, e.g. France and Great Britain (5), which does not mean that they do not apply general principles of administrative law — on the contrary (more on that Errera, 2003 (6)).

---

(5) Partial codification is typical for Great Britain (1958 and 1966), same for the Soviet Union (1968) and Romania (1970).

(6) France does not have an umbrella law such as general administrative procedure act, but regulates procedural matters according to specific administrative area. Despite that there are some common characteristics and/or standards of administrative procedures (Errera, 2003):

- Basic principles are legality, equality or non-discrimination, impartiality;
- Acknowledgement of the receipt of application; when the authoritative organ remains silent (for the period of two months) fiction of rejected decision is applied;
- Identity of the person in charge of the administrative procedure has to be known, he/she has to sign the decision;
- Especially in the cases of rejected decisions, applicants have to be given the opportunity to issue their own statements (written or oral);
- Only the measures which are pre-determined by the applicable legislation may be pronounced;
- The decision has to contain detailed explanation which shall enable assertion of any legal means in the court of appeals and/or judicial review, as well as judgement of ethical decision making, appropriate management and possible arbitrary decision making;
- The decision has to include legal warning in administrative or judicial review, appropriate authority and time of application for the appeal;
- Applicants and other involved parties have to be notified before the implementation so they have the option for appeal.

### 1.3. *Slovene administrative procedure as the legacy of Germanic area.*

Overview of the classical concept of the administrative procedure may be concluded with a comparison between Slovene GAPA and Austrian and/or German regulation, as historically speaking our legal order was developed primarily in the Germanic area. To sum up, *Slovene GAPA is identical with Austrian and German*, the latter ones include provisions on responsibility of administration for substantive acts and possibility of concluding administrative contracts (7). Provisions of General Administrative Procedure Act apply to state administration, local communities and bearers of public authority. Specific administrative areas shall apply this law as *subsidiary*, which means that it shall apply only when sector specific instruments do not provide special provisions (this especially applies to taxes, education, social matters, health care, commerce and economy, defence, agriculture, environment, civil engineering, etc.). *Supreme principle is legality*, obligatory action in accordance with applicable legislation, upgraded into the provisions regarding competence, equality and proportionality. Specifically, congruity of Slovene system with the German system is proven by regulation of specific institutes, from competence of individual body to exceptional legal means provided (8). This also

---

Necessity of judicial review of administration is especially emphasized. Administrative acts may be refuted due to actual and/or legal reasons. Main condition for complaint is exhaustion of all legal appeals. According to provisions of specific law, mandatory arbitration is needed before the submission to the court.

(7) More on administrative contracts Pirnat, Rajko: *Upravna pogodba - ali jo slovensko pravo potrebuje*, VI. Dnevi javnega prava, Institut za javno upravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, placeCityLjubljana, 2000.

(8) Comparative overview of German regulation as proposed by the amendments to GAPA 2004: «*Jurisdiction is determined by the permanent residence/headquarters, place of the real estate and suchlike, procedure regarding dispute settlement is provided. If there is any doubt regarding impartiality of the person, i.e. potential existence of his/her private interest, procedural or any other relation with applicants and/or relation creditor-debtor, such person shall be excluded from the proceedings. Hearing of the applicant is obligatory, except in cases of urgent measures in public interest. All parties who can show legal interest may counsel the documents, except in cases of tax or business confidentiality. Parties to administrative procedure are private individuals or legal entities with decision making capacity (legal entities show decision making capacity through individuals as their representatives). Other parties who can show direct legal interest may also participate in the procedure. The law stipulates that lawyers are official representatives of parties participating in the procedure. There are also special provisions on procedures with large number of parties regarding invitations, hearings, notification or service of notification and the structure of the decision. Procedure starts at the request of the applicant or at the official capacity. Official language shall be used in the procedure, applications in foreign language shall be deemed as incomplete. Evidence may be provided by the authority as well as by the applicant. Evidence is documentation (files), statements of the parties, examinations, witnesses (they may be sworn in), expert witnesses. Period of time for appeal starts after specific moment/event, when it runs out on a holiday or weekend, it can be extended. Extension is possible provided there are no legal limitations; re-establishment of rights is possible provided there is a valid reason. When there is no decision after the expiration of the term (different terms for simple or more demanding procedures), the applicant has the right to appeal (silence of the authority). When there is a need for a hearing, invitations have to be sent out in due time. There are specific provisions on providing order. Records of the proceedings are to be taken, which have to be signed by all the participating parties. Procedure is stopped when there is a decision*

shows the *non-political nature of administrative procedure regulation* as it has not significantly conceptually modified or changed here in Slovenia since 1925, regardless of any political situation. Novelties deriving from contemporary legislation or their amendments are only of editorial value or a basic consequence of technological progress and development (e.g. e-application, videoconference, e-notification).

## 2. CONTEMPORARY ADMINISTRATIVE PROCEDURE AS A RESULT OF GLOBALISATION PROCESS.

### 2.1. *Contemporary concept of the subject-matter of the administrative procedure.*

*Definition of the administrative subject-matter* is a key question upon which further use of principles and provisions of administrative procedure depend (9). Incorporation of specific rights, duties and/or legal entitlements in the field of administrative law, where tax regulations, customs, internal affairs, spatial planning and management, civil engineering, social

---

*issued, when applicant withdraws the application or when a settlement is reached. The decision has to be in a written form, in exceptional cases it can be oral (additionally also in a written form), and it has to include the decision and the explanation (especially in the case of discretion), indication of the authority, signature of the official, date of issue and legal warning. Exceptionally right or duty may bear a time limitation, it may be issued probational or by an order. Transfer of rights/duties is not permissible. According to sector specific instruments recapitulative decision may be issued. Errors may be corrected upon applicant's request or by the official capacity. The law prescribes execution when obligations are not voluntarily fulfilled. Execution is executed by the authority which issued the decision or decree and/or in front of which the administrative contract was concluded. Notification of execution has to be issued aforesaid by a written statement, which states the time and manner of execution and name the individual responsible to cover the costs incurred; appeal is possible. Principle of proportionality has to apply. Appeal is devolutive. It has to be filed in a written form, complainant has to be clearly identified, it has to include the decision which is being appealed and the reasons for the appeal. Appeal is pre-condition for filing any additional suit in the court. The procedure shall be revisioned if the applicable legislation has changed or/and when there is new evidence and/or facts which were not known or put forward before; possibility of revision has time limitation. Decisions are void when they are issued by the authority without the jurisdiction, when there are obvious violations of the procedure which can not be executed and/or would result in illegal action. Decisions are nullified and abolished when they result in violation of substantive and procedure law».*

(9) Article 2 of the GAPA defines the administrative subject-matter as ruling on the right, obligation or legal benefit of natural person or legal entity or any other party in the field of administrative law. This definition has three key elements: 1. certain decision has to be made regarding the subject-matter (not just present the information), 2. the subject-matter has to be a specific right, obligation or legal entitlement for the participating party, and 3. the subject-matter has to fall under jurisdiction of the administrative law, whether it is public law right, obligation or legal entitlement. GAPA defines administrative subject-matter in more detail as:

— When specific provision determines that the authority in the procedure has to «conduct administrative procedure» in specific case, «decides in administrative procedure», or «has to issue administrative decision» or

— When due to protection of the public interest this derives from the nature of the matter, where public entitlement is an entitlement above the entitlement of an individual as it is represented by a larger group of people; we should point out that public entitlement is defined on the basis of proportionality by weighing public and private interest (Jerovek, 2003).

affairs, war veterans and invalids, specific property and assets (i.e. denationalization) belong, is of the key importance. There are numerous administrative fields which would require several hundred specific administrative procedures to regulate. Clear distinction between administrative law and procedure is made even more difficult by the fact that the same substantive law gives in some cases the competence to judge to administrative authority and in others to judicial authority (i.e. Denationalization Act, Marriage and Family Relations Act). Therefore theory has established that regulatory framework for public interest, which is the main characteristic of administrative law, can often be found in the field of civil law which only obliterates the thin line between civil and administrative law. Furthermore, specific administrative fields require detailed knowledge of not just the basic legislation but also the executive provisions. Determining what belongs within the scope of administrative law we are often confronted by a negative definition which states, that everything which does not fall under the jurisdiction of legislative or judicial authorities falls under the jurisdiction of administrative law. This sort of thinking is entirely formalistic and does not show the basic essence of the administrative law, i.e. protecting public interest. The latter, typically legally undefined concept is not always easy to define as public interest has to be found in a sector specific instrument. And those always change and specific fields lose their characteristic as the concept of the umbrella law gets amended or modified. In Slovene legislature administrative procedure used to be subsidiarily used for the public procurement procedure which was changed by the new law.

On the other hand use of the *administrative procedure is expanding, especially over to so called reasonable application in matters of public law* (Article 4 of GAPA (10)), to speedy petty offence procedures (11) with the main goal to ensure minimum procedural protection of party's rights and procedural order. This also exposes the question what is the real difference between subsidiary (subordinate, supplementary) and reasonable application of GAPA, as the latter situations would not apply the institutes consistently but only the provisions as much as that would be possible or reasonable. Consequently connection and interdependence of specific institutes poses a question of appropriate action in specific procedures which may lead to different practice of individual authorities. The problem could according to German rolemodel be solved through differ-

---

(10) Article 4 of GAPA regulates the applicability of GAPA in the matters of public law, where the subject matter does not show the characteristics of administrative matter as far as (when and whether they are not!) such field is not regulated by a specific procedure, and decision making and other actions interferes with the rights of individuals and legal entities, i.e. action of the police, University, Chambers.

(11) General Offences Act (Official Gazette of the RS no 7/13) which entered into force on 1.1.2005 is introducing reasonable use of GAPA if not otherwise provided by this or some other Act regarding competences, elimination of official personnel, representation, terms and hearings, language of the procedure, application, invitations, records, the right to counsel the document, notification and other provisions (Article 58).



entiation of administrative procedure in such a manner to make it more general for non-administrative executors of public assignments.

Definition of administrative *subject-matter at the European level* was importantly influenced by two rulings of the Court of Justice of the European Communities or Court of first instance in 1990 and 1999 (Cananea, 2003: 568-9), which *expanded* the use of the administrative procedures by defining several subject-matter as administrative. Specifically such subject-matters were anti-monopoly action and telecommunication (12). The definition of a certain subject-matter as administrative automatically ensures judicial review over the administrative decision. *Judicial review over the documents* of the administration is one of the key elements of any democratic legal system, in a national legal system or in between the institutions of the European Union (*hereinafter*: EU) or member states as parties in the procedure.

Beside the global standards which are introduced to the administrative procedures by the Council of Europe and EU, there is also an interesting *practice of the World Trade Organization (hereinafter: WTO)* which together with the guidelines of the Organisation for economic cooperation and development (*hereinafter*: OECD) surpasses the aforementioned europeanization of administrative law and procedure. WTO has among other taken a stand point that state defines public interest by its legislation, but WTO may expand its definition in specific cases, i.e. preservation of natural resources (13). Among *specific institutes* of administrative procedure WTO emphasizes the obligation to decision explanation and the right to hearing and regarding access to files in ones own matter. WTO as well as OECD recognize the importance of *sustainable development* and common social responsibility and therefore put more emphasis to legislative procedure (results of which are abstract acts binding for all legal entities with actual or potential substantive legitimacy) as compared to administrative procedure (specific acts, binding just for one or a small number of parties). Democracy is not something valuable only on a bookshelf of the leading politicians, but it stands or falls in circumstances of a specific case.

## 2.2. *Beginning of Globalisation of the Administrative area - Administrative Procedure under the influence of the Council of Europe.*

Most of the principles, standards and other requirements which are deemed as postulates of administrative procedure developed during a certain period of time in the practices within national systems. According to Cananea (2003: 563-4) administrative procedure and administrative law in general were until recently pure statés domain and/or the last stronghold

---

(12) CFI, Case T-64/89, *Automec (1990)* and T-54/99, *max.mobil Telekomunikations Service GmbH vs. The Commission*.

(13) More in Cananea (2003: 573 and following); Author cites a very notorious case of sea turtles.

of nationalism. But a critical mass of cases transformed the interpretation of certain provisions (in administrative as well as judicial procedures) into a *general principle*.

Despite the basic separation of European legal systems into two great systems, those principles surfaced in a cross-section of different approaches and initiated a *form of a globalisation* of European Administrative Space. Illustration (Cananea, 2003: 564) of such connection is parallel understanding of states liability and responsibility for damages which is noticeable since the beginning of the seventies of the previous century.

One of the cornerstones for the administrative procedure is in 1977 issued Resolution of the Council of Europe on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of the Administrative Authorities (14), introducing five basic rights:

- *Right to be heard* (15),
- *Access to information which are the foundation for the decision,*
- *expert (legal) advice,*
- *explanation of the decision,*
- *judicial review over administration.*

In following years the scope of rights expanded to the principles of impartiality, proportionality, decision within reasonable time and so on.

European Convention on Human rights and judicature of European Court for Human Rights based on the Convention are of crucial importance for the administrative procedure (as well as the entire substantive and procedural law), emphasis to be put on Article 6 regarding the fair trial. Judicature of the European Court for Human Rights shows the emphasis being put on the *balance between public interest and protection of individual rights*. There are also several decisions regarding the *right to impartiality, fair procedure, hearing, publicity and other, including the right to a decision within a reasonable time*.

Regarding the latter, definition of the reasonable time for the duration of the procedure is according to Gomien and Čebulj ed. Tratar (2001: 89-90) 1 - complexity of the case or the matter, 2 - the manner authorities conducted the case, 3 - complainants behaviour which may cause the procedure to be delayed, and 4 - special circumstances which might exculpate the extension of the proceedings. Furthermore there are several other relevant acts such as European Chart of Local Self-Government (MELLS) and other Conventions, resolutions and recommendation on administration (16).

(14) *Resolution No. 77 (31) on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities.*

(15) Slovene regulation regarding to principle of being heard provides, that authority has to give an opportunity to the party to issue a statement, and it is up to him/her to decide whether to take it or not. It is also important that the party is given an opportunity to be heard regardless if the party asks for it or not (judicature in Breznik et al., 2001).

(16) Among those Ivanc (2003) emphasizes *European Convention on the Obtaining Abroad of Information and Evidence in Administrative matters [ETS 100], Recommendation No. R (80) 2 concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative*

### 2.3. *European Union as the Creator of European Administrative Space.*

*European Administrative Space* is being created since the nineties of the 20th century based on judicature of the Court of the European Communities and demands posed by the EU institutions regarding the full membership of the states candidates (17), and is founded on legal tradition developed through several decades earlier. *Administrative procedure* requires consistent consideration of *basic principles* and is *not pre-determined* according to specific elements, like the system of civil servants (SIGMA, 1999: 8 and following):

- reliability and predictability (legality and impartiality),
- openness and transparency,
- accountability and
- efficiency and effectiveness.

*Principles of reliability and predictability are especially important for the administrative procedure* which implements the proclaimed democracy through the legal state. Specifically it concerns the hierarchy of legal acts, clear competence, exceptional decision making on discretion, implementing the principle of proportionality, ensuring anti-discrimination, impartiality and professionalism, timely settlement of disputes, judicial supervision of administration, which together constitutes the so called *procedural justice*. Furthermore administrative procedure clearly convey the *principle of openness*, particularly by the obligatory explanation of the decision which disables neglect and corruptive settlement, and also represents basis for an appeal decision.

Furthermore, other than the aforementioned principles Ivanc (2003) and others stress following principles as abstract from the *judicature of the European Communities*: proportionality, confidence in law, legal definitions, anti-discrimination, right to be heard, temporary legal protection, non-contractual (objective) accountability of public administration and so on. Those principles are implemented on a national level respecting *decisions* as a binding European legal document. At the abstract level there are also *regulations* and *directives* which originate parallelly through double approach to law creation with unification and harmonization. Unification is implemented through regulations where one provision applies to all; while harmonization is conducted through guidelines determining the specific field, whereas the manner and implementation of the provi-

---

*Authorities, Recommendation No. R (89) 8 on Provisional Court Protection in Administrative Matters, Recommendation No. R (2000) 10 on Codes of Public Officials in Europe, Recommendation No. R (2001) 9 on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties.*

(17) Competence to implement European legal system is one of the criterion for full membership of candidate countries as set by the European Council in Kopenhagen in 1993; before there were only so called political and economic criteria for the full membership. Competence to implement *acquis* is according to European Commission shown primarily through appropriate institutional infrastructure (more details SIGMA, 1998, and Cardonna, 2001).

sion is up to each individual country (18). Processes of unification and harmonization of law are carried out only through administrative sectors and do not directly affect general administrative procedure.

Acquis Communautaire (Community Patrimony) *does not provide specific acts for the general administrative procedure, but defines procedural rules through subsidiary, sector specific legislation* (i.e. field of public procurement, telecommunications, spatial planning). Individual regulations, guidelines and/or decisions discussed during the harmonization of Slovene legal system are only indirectly connected to some specific institutes (i.e. deadlines for dispute settlement, impartiality of officials conducting the procedure, manner of charging and recovery of expenses deriving from the procedure), but even those are not specific for administrative procedures but are unique to administrative and judicial procedures.

*Slovene GAPA provides the aforementioned demands in a valid form;* for instance principle of legality includes reverence for hierarchy of legal acts (Paragraph 1 of Article 6 of GAPA based on Article 153 of Slovene Constitution). Discretion decision making is possible only when there is sufficient legal foundation and is limited by the purpose and extend which determines it (Paragraph 2 of Article 6). Elimination of partial official is provided by Article 35 to 41. Also provided are the appointed time for decision making and institute of silence of the authority, which means that after the appointed time the fiction of dismissal of the claim for the party, which gives him/her the right to appeal and further judicial protection (Article 222). Costs are determined based on the content and the manner of assesment and accounting, even though the amended GAPA in 2004 predicts some novelties and adoption of a special regulation for practice unification. Judicial protection of administrative and substantive acts of administration is provided even by the Constitution, specifically regarding procedures in special courts, such as Labour Court and social matters or at least administrative in administrative dispute (19); and on presumption that all regular legal means have been exhausted including a constitutional appeal in the Constitutional Court.

EU also represents the so called *European Administrative Community*. It's development toward the superstructure of the national traditional administrative systems and manners of administrative action are connected into growing administrative activities which interfere in the sphere of citizens.

*Treaty establishing the Constitution for Europe* (hereinafter: European Constitution) considers legal tradition of the Council of Europe

---

(18) According to the draft of the European Constitution regulations of the EU should be called «European laws» and directives «European skeleton law» which shows their legal power even more clearly.

(19) Article 157 of the Slovene Constitution: «*A court having jurisdiction to review administrative acts decides the legality of final individual acts with which state authorities, local community authorities and bearers of public authority decide the rights or obligations and legal entitlements of individuals and organisations, if other legal protection is not provided by law for a particular matter*».

and the Court of European Communities in several areas. Regarding administration the European Constitution regulates only *its own administration* in detail, whereas for the national administrations it only emphasizes significance and operationalization of *administrative cooperation* (Chapter III). Administrative cooperation is defined as an instrument of effective implementation of EU law in the member countries, even though it's completely voluntary. Implementation of Acquis is a matter of common interest.

*Principle of Good Administration* represents the framework of the *administrative procedure* (Article II-101), and is among others protected even by the European Ombudsman to ensure proper action of the EU institutions. The essence of this right is to ensure that each individual and every legal entity gets an impartial, fairly and proceedings within reasonable time, he or she has the right to be heard and access to all documents in his/her own matter; administrative decision has to be explained (20). Administrative procedure in accordance with the guidelines of OECD is considered like an obstacle by the European Constitution, as in proceedings regarding the free movement of workers (21) it specifically states that all the *administrative procedures and practices* deriving from national legislation or from agreements between member countries and which are obstructing liberalization of the free movement of workers or freedom of establishment, *have to be annuled*.

#### 2.4. *Administrative procedure as a business process and its rationalization - OECD and Slovenia.*

Classic definition of administrative procedure as a set of minimum standards to ensure protection of parties from any potential abuse of administrative power is still upgraded, especially in a sense of defining *administrative procedure as a typical business process in the administration*. As it is conducted directly between the administration and its clients (particularly citizens) and as it is very common it can be deemed as one of the most important processes, especially in the projects of modernization of

---

(20) Right to good administration is defined as:

«1. Every person has the right to have his other affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union;

2. This right includes: *a)* the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken; *b)* the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy; *c)* the obligation of the administration to give reasons for its decisions.

3. Every person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States.

4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Constitution and must have an answer in the same language».

(21) By the way: this freedom does not include employment in the administration.

public administration based on developing partnership between administration and its clients (22).

There are two basic requirements which arise from looking at the administrative procedure as a business process:

- *rationalization* of administrative procedure and
- its *informatization*.

Basis for both abovementioned processes is *preceding standardization* of procedure which is in practice often interpreted and implemented differently despite being applied on the same legal basis (23).

Rationalization has to be understood in its broadest concept, not only as a process of optimisation and unification of procedures, but much more radically. We have to assess whether *certain procedures and/or their products (i.e. permits) are really necessary*. Principle of liberalisation which gives superiority to supervision over the system of administrative permits is explicitly expressed in recommendations and practices of *OECD* member states. Guidelines of the *OECD* and its research do not focus directly on the administrative procedures, but handles them either indirectly in a scope of general trend of *deregulation* either by stating good examples of *anti-bureaucratic programmes* or annulment of administrative barriers, particularly from the standpoint of business companies. Necessary procedures for obtaining specific permits and multiple submission of same information to different administrative authorities are most often perceived as administrative barriers.

Guidelines and even demands of *OECD* (and *EU*) are therefore threefolded:

1. to analyze the need of different licences, procedures and to abolish them, unify or at least optimize them and informatization;
2. coordination of administrative authorities;
3. introducing procedure of regulatory impact assessment (*RIA*) in developing and already adopted legislation, participation in decision making process and participation.

---

(22) Explanation of governmental amendments to the Slovene *GAPA* of February 2004: »Administrative procedure is not just one of the legal procedures but it also represents the most important business process in which public administration enters into relations with its users (clients) — individuals and legal entities. One of the objectives of the modernization of public administration in Slovenia which is being pursued by the government with several different projects is orientation toward the user. Orientation toward the user demands among other improvement of quality and accessibility to information of public nature, simplification of procedures of getting public services and better accessibility of those procedures as such...» We must not neglect the fact that administration can be partner to users of administrative procedures only within the limits of public interest.

(23) In March 2003 unified portal of the administrative units was launched which also contains a number of unified forms for applications for more than 150 administrative procedures in the catalogue of living situations. Preparation of materials for the portal took a lot of cooperation between the 58 Administrative Units in Slovenia as well as with the sector Ministries where several meetings related to basic understanding of the legislation implemented already for several years.

*Slovene program of annulment of administrative barriers* officially started in Spring of 2001 and ended in December of 2002 during the change in the governmental office. But there were several specific measures taken to simplify the procedures, i.e. abolishment of declaratory decision as a condition for registration of business entities or transfer of procedures for extending the certificate for registration of motor vehicles to organizations conducting roadworthiness tests. Despite all the efforts of the governmental coalition in the years 2003 and 2004 there was no transfer of authorization outside the governmental administration so far, nor to the regional level.

Comparatively, *Slovenia is not getting praised for its coordination of procedures* among administrative authorities among European States so far, but the amendments to GAPA introduced in 2002 (Official Gazette of the RS No 52/02) and with implementing the Decree on collecting and exchanging of data between public administration bodies for the needs of administrative procedures (Official Gazette of the RS, No. 38/02; since 2005 part of the Decree on administrative procedure, Official Gazette of the RS, No. 20/05) the burden of obtaining information from official registers for administrative procedures falls on the administration and the applicants. What seems as a normatively good solution with few informatization difficulties has unfortunately according to the applicants as well as to the administrative inspection been found imperfect in its implementation.

Concept of *open society* and *RIA administration* is becoming more and more popular as it introduces obligatory cooperation with the public which might be upgraded to co-decision making. Slovenia has already adopted Access to Public Information Act (Official Gazette of the RS n. 24/03) which also applies to the administrative procedures in this context. Provisions of this Act are supposed to be expanded in 2006 by a law on public cooperation in decision making process which would mean operationalization of the constitutional right to participate in administration of public affairs (Article 44). Another reason for implementing RIA are information regarding unbelievable costs caused by unnecessary or bad regulations (24). RIA may be implemented in several different way, for instance Hungary incorporated RIA in its General Administrative Procedure Act as it focuses on the relation of administration to the public, administration there wilfully renounces part of its authority for the benefit of individual (interested) parties.

In 2006, upon Swedish initiative (25) of the work group *Innovative Public Services Group*, operating within the European network for public administration, EU is preparing set of guidelines for *definition of adminis-*

---

(24) Burden of regulation for companies according to findings of European Commission (Internal Market Scoreboard based on the Gallup opinion poll in 2001) represent 4-6% of EU GDP, of which at least 15% or more could be avoided, i.e. 40 billion Euros!, if those regulations would be assessed from the view point of persons or entities liable and to ensure their better preparation and reduction of costs.

(25) Swedish project bears an appropriate name *Towards the 24/7 Agency* empha-

*trative procedure as administrative process* and their definition from the stand point of the applicants and not the contracting authority (government) or decisionmakers. By that, the entire administration structure is slowly changing from the classical hierarchy structure to a product organization.

Further rationalization may also be understood as a *simplification of administrative procedures* as trends in Slovenia as well as abroad tend to *annul local jurisdiction* regarding applications and decision making procedure in administrative procedures when decision can be made based solely on the unified information registers. This solution is also foreseen by the amendments to Slovene GAPA in 2004 which give governmental decrees power to regulate a set of specific administrative procedures (implemented since March 2005). Specifically this applies to annulment of local jurisdiction over issue of personal documents which may be issued at local administrative units by simplified procedure based on digitalized register.

*Rationalization could also be translated into efficiency* which is one of the main principles of administration and European Administrative Space. Efficiency is understood in accordance with the postulates of administrative procedure *subjected to legality* but basically ensuring simplified assertion of one's rights (26). To ensure better efficiency, amendments to Slovene GAPA from May 2002 defined gathering information from official register for the administrative procedures as a burden of authorities and not applicants. But despite previous provisions GAPA amendments from 2004 limit *the rights of other participants* in the procedures as they usually act against the interest of the applicant, which means delay of procedure for the applicant him/her self.

Instrument of *administrative verification* is also being introduced for attestation of copy to the original for the administrative procedures which consequently means less needed time and money for the applicants in comparison to the verifications which are done by official notaries. Furthermore Slovene GAPA conferred competence to bearers of public authority to conduct execution proceedings starting 1.1.2005, which is ac-

---

sizing complete servitude to the applicants, 24 hours a day, 7 days a week. There are following cornerstones: classic democratic values, rule of law and efficiency. Minister for international economic relations and financial markets whose sector public administration falls under, is one of the signatories of the project.

(26) A good example of the negative practice of Slovene legislation which seemingly simplifies assertion of applicant's rights but in fact represents a burden or risk to implementation of governmental decision is Article 3 of the Construction Act (Official Gazette of the RS, No. 110/02, 55/03, 97/03 Decision of Constitutional Court, 36/04, 37/04, 41/04, 45/04, 47/04), stating that the construction may begin on the basis of the final construction permit, but the investor may start constructing upon his own responsibility after the decision has been taken but is not yet final (!). Regardless of the fact that this Act represents a typical example of a regulation concerning a large number of individuals and legal entities and that it is amended practically on a daily basis, it also imposes questionable legal security of the state's actions.



according to the provisions of the original GAPA adopted in 1999 limited to specific approval of Minister of administration.

Principle of *proportionality* should also be mentioned in the scope of efficiency, which is according to Slovene GAPA part of the principle of protection of applicant's rights and public interest incorporated in Article 7, and emphasized during the process of execution or inspection procedures. Proportionality should mean that the implementation of the decision includes a sanction which would interfere in applicants personal sphere as little as possible. Providing this decisions of the administrative procedures would be complied with more which would consequently mean less execution procedures. *Efficiency of the state is undoubtedly also measured by the implementation of its legal order*, general as well as specific legal acts.

Regarding the possibility of *informatization of administrative procedures* the most added value is expected in formation of so called *reference models* of general administrative procedure and less from partial approaches. These models could, even though they vary from legal order of one country to another or even from one administrative area to another (i.e. taxes), provide a foundation for *transnational (Pan-European) administration services* as foreseen by the European Commission and several of its specific projects. Large companies have shown the most interest in globalization and informatization of administrative procedures, particularly procedures regarding customs, value added tax, company registration and so on.

In the last few years administrative procedures are being informatized throughout Europe, focusing *more on the citizens than on companies*, even though the latter need it more. Individual administration are primarily developing *service portals* for users, putting large emphasis on providing unified forms for applications, which can be downloaded and put forward in a classical manner at the appropriate administrative authority. This approach meets only the need for information and one way interaction between the administration and users, while the real progress would be shown at a level of two way interaction and transaction. The latter has to focus not only on the efficiency of the procedure but also on the need to secure the process of obtaining data and data processing. Furthermore the European Commission (27) finds development of interactive administrative procedures in general insufficient and calls for special attention for selection process of truly relevant services, the procedures concerning the largest number of individuals and/or companies and the most important subject-matters of the proceedings (evaluated on its financial and social meaning of the secure categories).

---

(27) More on the internet site of the European Commission «E-Government Good Practice Framework», [http://europa.eu.int/information\\_society/programmes/egov\\_rd/gpf/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/programmes/egov_rd/gpf/index_en.htm).

---

### 3. CAN WE SPEAK OF EUROPEANIZATION OR INTERNATIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE?

#### 3.1. Pro et contra *reasons in understanding administrative procedure as a supranational category.*

*Despite the undisputed European Integration, formal and informal flow of ideas, administration law and administration procedure remain in the domain of national legal orders.* European constitution specifically emphasizes the consideration of national identity of the member states, whereas the Convention on Human Rights similarly stresses the consideration of cultural differences (Cananea, 2003: 572-3). *Main issues in the process of complete Europeanization of administrative procedure are question of competence and parties in the procedure.* European Commission as the main administrative authority does not have the same scope of competence as national states, which transfer only part of its authority to it. States » administration (Scandinavian countries, Germany, Great Britain, France) prefer delegating its competence to private organizations rather than to European institutions which is with the process of decentralization a reflection of democratic standards of the European Administrative Space(28). This also broadens the circle of bearers of public authority who as non-state authorities conduct governmental procedures, including administrative procedures, when they are deciding on the rights and obligations of individuals and legal entities. Furthermore, *states often appear as parties* in the procedures within the EU which puts individuals only partially or indirectly in the role of applicants.

Some authors even believe (Cananea, 2003: 567) that the European Communities law is limited to regulating internal bureaucracy and internal expenses management. Therefore it remains indisputed that unified European public administration does not exist even though all the reforms strive for the same results, primarily to the results management (Flynn, Strehl, 1996) and developing partnerships with other social subsystems(29). Schwarze also believes in possibility of greater unification of European standards of administrative procedural law and equalisation of emphasis put on the principle of administrative efficiency and the principle of protection of individual in relation to the administration,

---

(28) Pomahac in Ivanc (2003) puts europeanization of public administration in the context of general phenomenon of globalization and states that globalization is slowly destroying 'national' state as well as 'national' law. He sees the problem of globalization primarily as a problem of global management, as globalization is weakening state's own policies, institutions and public servants. Globalization is transferring the decision making competences to privat sector sponsored primarily by technologically developed global elites and privat multinational interests. Therefore the European Commission sees the reform in the direction of good administration as a European contribution to new forms of global management.

(29) Reforms of public administration have in the last two and a half decades been based on the principle of new public management, whereas today under the influence of OECD more emphasis is put on good governance.

eventhough the longterm goal of developing administrative procedural law is not oriented toward complete unification of procedural provisions in all the European states. Weiler (2002) also expresses more doubts than confidence in European integration processes.

Others list arguments for the europeanization of administrative law which is primarily based on *enlargement of jurisdiction* of the EU institutions (i.e. in the field of agriculture, anti-monopoly activity, competition law), in creation of new institutions, special agencies and their governmental activities and enlargement of the scope of judicial review. According to Schwarze in Ivanc (2003), administrative law within the legal order of European Communities has a pivotal role in creation of European Administrative Law; Court of the European Communities in the case *Les Verts* (30) stated that the Community is also a 'legal community' which leads to a conclusion that *European Community is also a administrative legal community*. Large part of the legislature of the European Communities comprises of administrative provisions which mostly regulate administrative activities of Community in the economic sphere and/or common market. Regarding applicants, it is also emphasized that EU institutions, especially the Commission have full power over private organizations and individuals. Schuppert (2000: 823-8) explicitly mentions «*Europeanization of administrative procedure*» demonstrated by cases proving general orientation toward institutional and procedural autonomy of member states, whereas the direction of specific decisions shows presumed necessity of unification of procedural activities to ensure effects of legal order of the European Communities. He says that there is no future for the textbooks on administrative law and procedure focusing only on national/state law.

Due to the increased level of harmonization (31) even among very different legal systems of individual member states of the EU (anglo-saxon and continental) *ideas on codification of European Administrative Law, including procedural institutes* have surfaced. Eventhough we can not speak of codification of European Administrative procedure, we can take a look at the so called *Checklist Administrative Procedure Code*, prepared by the expert group within the SIGMA organization and intended for harmonization of minimum procedural protection of parties throughout EU. It is some sort of a *reminder* or a backbone for the states which do not have legislation on general administrative procedure or wish to supplement and amend it. Classical principles of administrative law, such as devision of power, legality, equality, and proportionality are the foundation of its content. SIGMA (2003) puts a bit different formulation of the abovementioned principles as it lists four major groups of questions

(30) *Case 294/83, Parti Ecologiste « Les Verts » vs. Parliament [1986] ECR 1339.*

(31) Mostly through judicature of the Court of European Communities, i.e. regarding withdrawal of illegal decision on granting subsidies where due to the principle of direct effect European discretion decision making prevails over German provisions on issuing administrative decision.

deriving from *legality, openness and transparency, legal protection and the right of citizens to demand administrative service*:

1. *Legality* a supreme principle of the administrative procedure as administrative document has to fulfill the demands of substantive as well as adjective law, which can only be achieved when document is issued according to defined procedure and unables the authority to act arbitrary. Administrative procedure may be conducted only on the basis and in accordance with the legislation within the framework of jurisdiction of specific authority. Law can allow discretion in specific cases (decision making at one's own discretion). Part of legality is also decision making in accordance with the principle of proportionality (measures congruent with the goal to achieve public interest and cause as little damage to parties as possible). Discrimination on any ground is strictly forbidden. Furthermore, the principle of legality includes the right of the party to be heard (ensuring the opportunity for parties to participate throughout the procedure, to be heard regarding facts and evidence, and to use legal means). Time limits have to be determined. A healthy balance has to be found between protecting the rights of parties and efficiency and/or economy of the procedure, two objectives which often appear contradictory.

2. *Publicity* in administrative procedure may be limited only in exceptional cases. Administrative authorities have to respect the provisions regarding obligatory explanation of the decision (as this is the only way for the parties to asserting legal means), legal warning (enables asserting other legal means as it requires statement on which legal means may be used, by who, how and until when) and the right to have access to one's files.

3. Specific administrative decision can not be implemented until all the parties involved are notified and have a chance to appeal, which is one of the conditions to ensure *legal protection*. Exceptions are legally defined unsuspensive appeals when public interest is threatened (i.e. taxes). Decision may be annulled or abolished only because of obvious mistakes. Finality of the legal decision is crucial regarding the use of other legal means. Procedure of execution has to be defined to ensure implementation of the decision.

4. Every person has the right to apply for initiation of administrative procedure in accordance with the legislation when his/her interest have been violated. Participation of all affected parties has to be ensured by administrative authorities by official capacity.

SIGMA code is very detailed and starts by stating general principles, extent of law, accountability, parties involved and other interested parties (32), definition of administrative matter, furthermore it states different

---

(32) For example, regarding interested Parties there are following questions to be answered — altogether 15 A4 format pages of text:

- «1. Which may be the interested parties in an administrative procedure?  
 — natural and legal entities;  
 — companies, societies;  
 — authorities?»

stages of procedure (start, use of language, evidentiary procedure, hearing, time limitation for the decision, silence of the authority, settlement, annulment or abolishment of the decision, revision of the procedure, and so on), definition of administrative document, its form and explanation, provisional decision, discretion, delegation, notification, time of execution, possibility to remedy mistakes, nullification and it ends by appeal and execution procedure. Generally the SIGMA code *does not wish to offer any presumptions or judgements on how specific states should regulate those open questions, but it just wishes to point out their existence and potential dilemmas regarding them. Slovene GAPA regulates practically all the presented institutes*, except for the institute of the consequences of substantive acts of administration (other legal acts provide for that) and administrative contract. It's interesting that SIGMA does not mention administrative verification as provided by amendments of 2004 to GAPA.

According to Ivanc, basic doctrines regarding superiority, direct implementation and direct effect of the European Communities law open a lot of alternatives for Acquis to influence national administrative law; especially influence of European Communities legislation directly effecting specific administrative field or effecting other activities of administrative authorities. The same goes for the judicature of the Court of European Communities and the alternative to voluntarily incorporate parts of European Communities administrative law into national legislature. This view is supported by the diction of European Constitution, which says that common European law shall have supremacy over national law, even though it neutralizes this principle with the principle of subsidiarity, which stipulates that EU has competences only in specific predetermined matters and if not defined otherwise the competences belong to member states (33). Subsidiarity is often understood as a political and not legal category which makes it even more difficult to implement in practice. European Administrative Space therefore shouldn't just a conglomer-

2. Which requirements do they need?

- natural persons: competence to make contracts (reference to civil law);
- legal entities: acting through natural persons which are entitled to act;

3. Must they have a (direct) legal interest as a condition to participate in the administrative procedure?

4. How can natural and legal entities been represented in an administrative procedure?

- right to be represented by other people;
- rights or duties for attorneys;
- Forms of giving power to them?».

(33) Article 10 (European Constitution): «*The Constitution and law adopted by the institutions of the Union in exercising competences conferred on it shall have primacy over the law of the Member States. The Member States shall take appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Constitution or resulting from the acts of the institutions of the Union*».

Article 9: «*...Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level...Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve objectives of the Constitution*».

erate of national standards and practices but a *result of European policies*. In this context most authors argue for *categorization of europeanization of administrative procedure which is still in nascent stage*. Process of modifying and amending international standards is therefore unstoppable and has substantial influence on national legal order, despite the fact that states still have considerable margin of discretion. Time should also bring development of transnational administrative law.

### 3.2. *Basic premisis for development of Slovene administrative procedure.*

One of the main characteristics of Slovene administrative procedure is detailed definition of specific institutes, which are crucial for the implementation of general principles of administrative law, the other important characteristic is detailed *selection of general principles*, based on administrative practice and judicature. These principles are valid regardless of GAPA subsidiarity for all the administrative fields and are interconnected into a complex of minimum process standards. Some of those principles have their basis in the constitution: legality, organization of administration is regulated by law at a discretion, independence, proportionality, separation of power and judicial supervision of administration (Articles 120 and 153 of the Constitution of the Republic of Slovenia). Beside the general principles Slovene GAPA also includes specific principles regarding individual stages of the procedure — finding procedure, oral proceeding, presentation of evidence or execution, publicity. In the process of general reform of Slovene public administration new Civil Servants Act was adopted (Official Gazette of the Republic of Slovenia no 56/03) which provisions partially coincide with the administrative procedure because officials conducting procedures, are employees of the public administration. And for them the *principles of the civil servant system* apply. Those principles are legality, professional competence, honourable behaviour, limitations and obligations regarding acceptance of presentsm confidentiality, accountability (Articles 7 to 13 of the Civil Servant Act), especially important for civil servants is apolitical stand and impartiality (Article 28) and principle of public openness (Article 32).

Other then the aforementioned principles of legality, hearing and protection of parties, we should also emphasize the importance of *independence* and decision making at different instances and/or the *right to appeal* (Articles 12 and 13 of GAPA). Those two principles — the first one stressing the autonomy and accountability of the first instance or hierarchally lower administrative authorities in respect to higher instances; and second principle ensuring greater protection of parties due to increased institutionalization of proofing formal legality of issued administrative act before its confirmed as final, and execution — strive for the *democratization of the procedure*. This can be argued by the same arguments which influenced beginning and development of judicial supervision over public administration's actions. The right to appeal is also provided by the Constitution of the Republic of Slovenia (Article 25) which means that it can be only annuled by sector specific law which has to consider

following: 1 - law can do that only on valid reason deriving from specificity of the area which is determined in the procedure of constitutionality and legality by the Constitutional Court (34); 2 - Judicial review of administrative acts can not be excluded. The right to appeal is considered such an important right that the legislator provided procedure in two-levels (second level is appeal) even in the organizational-status system acts. Therefore inspection services are organized as inspectorates or in other administrations and units with the status of a unit within a ministry which automatically ensures the authority for appeal, i.e. the Ministry (Article 8 of Inspection Act). The same is prescribed by the State administration Act (2002) which provides settlement at the level of bodies within the ministries, even when that is not specifically determined by the sector specific instrument. Different levels of dispute settlement prolong the process of making the decision final, of the execution and finality, which means that too many levels of the so called regular judicial process (there are five levels in Slovenia as there are two-levels of administrative procedure, judicial review of administrative procedure and constitutional complaint) can have the opposite effect of its primary purpose of the right to appeal to protect the rights of parties. Some Slovene experts see a solution to unification of manner and time and to ensure greater independence and expertise, in formation of interministerial commission for appeals.

*Amendments to Slovene GAPA are following the European trends*, as the belief that administration is not particularly efficient and that it even does not have to be is completely outdated (35). Obvious discrepancy between normatively indisputable regulation and actual state in some sectors facing arrears in settlement of disputes (i.e. environment and spatial planning). Official responsible should take more radical action and *reorganize work* with previous determination of norms. When we are assessing the irregularities in practice it's often obvious that some structures of the administrative system have less qualifications and are less able to conduct administrative procedures. Noticable are differences between relatively exemplary administrative units and ministries in comparison with local communities and bearers of public authority (i.e. larger public institutes). Surmounting such phenomena is only possible by reorganization and effective supervision.

By emphasizing the importance of judicial review of public administration we must also mention the importance of *internal (administrative)*

---

(34) Constitutional court may judge the sector specific instrument as unconstitutional, when it is not properly justified; such was a decision taken in November 2003 regarding costs in the taxation procedure. Taxation procedure Act (old) has defined different charges than GAPA, but the Constitutional Court decided that based on general principles of taxation procedure and specific relations between provisions, and considering, explanation of submitter of the law in legislative procedure, that there were no justifiable reasons and annulled the Article in question. From this point of view even the newly proposed Personal Data Protection Act (2005) is questionable as it only prescribes decisions of the inspectorate for the protection of personal data at one level, as there is no convincing explanation of the proposed solution.

(35) More details on economy of procedure Schuppert, 2000: 783-7.

*supervision*. This concerns sector specific inspectorates as well as administrative inspection which by counselling, monitoring and by acting supervises appropriate conduct of the procedures in accordance with the European standards, especially regarding timely settlement of disputes. System of administrative inspection is being modified parallel with amendments to GAPA in 2004 and even before by setting regulatory framework for State Administration Act and Inspection Act which replaced former repressive action with warnings and action through the hierarchy of superintendents. Since April 2004 administrative inspection operates within the Inspectorate of the republic of Slovenia for Internal Affairs and Administration. Some expert warn that such inspection can not fulfil its purpose as it does not possess autonomy of action and is dependent on the will of officials as chiefs of specific bodies; violators of GAPA.

We can conclude that Slovenia is following global trends even though the leading structures still do not sufficiently recognize the importance of efficient and democratic administration. Among others the of importance of investing in administration and in civil servants is still not recognized, more consideration is put on administrative system as an actor of competitiveness of national economy. Slovenia will also have to put more emphasis to the openness and incorporation of contemporary principles of administrative law and public administration into traditional values to keep up to date with international standards in administrative procedure. The regulations in force can be upgraded toward *development of new institutes* such as administrative contract and unified commission for appeal or already adopted administrative verification. Different modification of settlement procedures (Article 137 GAPA) are feasible in taxation field, concession, urban planning with a prior consideration of public interest based on partnership between the administration and users.

Regardless of theoretical disputes, individual users of administrative procedures in Slovenia and elsewhere must primarily adhere to *statés regulation*, which is shown by the use of *language*, as the state can only prescribe use of its own official language (or languages) in all administrative procedures conducted by its authorities. The administrative procedure in Slovenia also shows greater competences, i.e. Taxation Procedure Act (Official Gazette of the RS n. 54/04) binds Slovene tax administration to conduct procedures of recovery against decision of bodies of other Member States of EU, not to mention *free flow of the work force* or legal representation by foreign lawyers.

#### 4. FINAL CONCLUSIONS.

*Role of public administration*, particularly in the crisis situation or in the constantly changing social environment is to mitigate stress and to *ensure stability based on legality, to ensure efficient protection of users' rights and public interest*, even more so in the time when the system of core social values is rapidly changing, but at the same time the state should not



be too intervening. *Globalization* of administrative procedure as an instrument of protecting the rights of users, represents a reasonable solution as it *creates a set of minimum standards in a larger area*.

Despite all that and despite the relative deviation from strictly national legislature is administrative procedure still not in the center of integration processes, as the programmes of the Council of Europe, EU (36) and OECD focus on other issues. Traces of consideration for administrative procedure could be found in the definition of state (and municipality) as an actor of economic development, as both theorists and experts stress the need to eliminate administrative barriers in cooperation between public administration and economic operators.

Undoubtedly, every citizen and every organization sooner or later, more or less often, feel the effect of administrative procedure personally, therefore interference in private sphere requires conduct of administrative procedures in accordance with classical understanding of administrative law - *proportionally and legally*.

#### LITERATURE AND BIBLIOGRAPHY:

- BREZNIK, JANEZ, TUCIN, ZDENKA, MARFLAK, JONIKA: *Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2001.
- BUGARIČ, BOJAN: *Evropeizacija državne uprave: vpliv evropskega prava na državno upravo držav članic*, X. Dnevi javne uprave, Fakulteta za upravo, 23-35, Ljubljana, 2003.
- CANANEA, GIACINTO DELLA: *Beyond the State: The Europeization and Globalization of Procedural Administrative Law*, European Public Law, Volume 9, Issue 4, 563-578, 2003.
- CARDONNA, FRANCISCO: *Assessing Horizontal Administrative Systems in CEE Countries Candidate to the EU*, Seminar on Strengthening the Administrative Capacity for the Implementation of Acquis, Vilnius, 2001.
- CIJAN, RAFAEL, GRAFENAUER, BOŽO: *Upravno pravo*, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor, 2002.
- ERRERA, ROGER: *Government Action and Citizens: General Context, Principles and Rules*, SIGMA Draft Paper, unpublished, Paris, 2003.
- FLYNN, NORMAN, STREHL, FRANZ (ur.): *Public Sector Management in Europe*, Prentice Hall, 1996.
- IVANC, BLAŽ: *Teoretični in praktični vidiki evropskega upravnega prava*, IX. Dnevi javnega prava, zbornik, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana, 2003.
- JEROVŠEK, TONE: *Varstvo javne koristi*, IX. Dnevi javnega prava, Inštitut za javno

---

(36) Resolutions of Ministers and general directors for public administration of EU Member States within European Public Administration Network adopted in June (Rhode) and December (Rome) stress the priorities such as dissemination of the concept of quality in administration, qualifications and improvement and career advancement of civil servants, transfer of civil servants across borders, retirement system for civil servants, projects for informatization of administration, especially users' portals, improved regulations, promotion of social partnership and so on.

- upravo pri Pravni fakulteti, Ljubljana, 2003.
- KERŠEVAN, ERIK: *Uporaba postopka pri odločanju o javnopravnih zadevah s strani nosilcev upravnih funkcij*, Javna uprava, t. 4, 489-502, Ljubljana, 2003.
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE: *Verwaltungswissenschaft (Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.
- TRATAR, BOŠTJAN: *Splošna evropska načela varstva pravic v upravnem sporu*, Javna uprava, št. 1, 81-98, Ljubljana, 2001.
- WEILER, JOSEPH H.H.: *Ustava Evrope: «Ali nova oblačila imajo cesarja» in druge razprave o evropski integraciji*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2002.
- Checklist Administrative Procedure Code - Framework/Introduction*, SIGMA Draft Paper, unpublished, Paris, 2003.
- European Principles for Public Administration*, SIGMA Papers No. 27, OECD, Paris, 1999.
- Pogodba o Ustavi za Evropo - The Constitution for Europe, Office Journal, C 310, 16. 12. 2004.*
- Preparing Public Administrations for the European Administrative Space* (1998), SIGMA Papers No. 23, OECD, Paris, 1998.

## SYNOPSIS

### *The Impact of International Principles, Standards and Praxis on (Slovene) Administrative Procedure*

The administrative procedure has been till recently regarded as pure enclave of the national legal orders since it is formally a part of administrative law. The administrative law has been developed under French and German influence since mid 19<sup>th</sup> century as part of constitutional law. The administrative procedure has been legally defined within an umbrella law not prior to 1925 (Austria), but almost all Europe and United States of America after the Second World War. Slovenia, being part of Austria, is one of the first areas, where some basic rules have been implemented, even from 1923 and ongoing within the principles of German doctrines.

The economic globalisation, social and legal integration led among others also to internationalisation of administrative law and procedures. The Council of Europe issued in 1977 Resolution on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities, introducing five basic rights of individuals: to be heard, to have an access to the data in ones own matters, to get legal advise, to get the explanation of the decision and to have a possibility to file a complaint against administrative act within judicial system. Later on some other standards have been designed, such as impartiality.

The newly developed standards are arising from the praxis of European Court of Justice and guidelines of SIGMA and EU institutions. We can therefore define European Administrative Space, introducing the principles of reliability and predictability (legal certainty), openness and transparency, accountability, efficiency and effectiveness. The most important is of course the principle of legality, since the procedure is

the essence of true democracy. There are also the significant cases from European Court for Human Rights, focusing among others on the balance between public interest and individual rights, right to be heard, publicity, decisions within reasonable time limits, all together drafted in European Constitution as well as the Principle of Good Administration (Article II-41). Contemporary administrative procedure is also seen as a business process to be rationalised, mainly within the guidelines of OECD and World Trade Organisation as well (for example regarding expanding the definition of public interest on preserving natural resources). Furthermore administrative procedure is digitalised. The rate of new projects, funded by European Commission and aiming to introduce interactions and transactions for citizens and business, is significant. The administrative procedures are being annulled, joined up or at least simplified. The need for coordinated actions of administration is emphasized. There are some approaches promoted such as Regulatory Impact Analysis. The administrative procedure is defined as one of key business processes in public administration, but surprisingly so the administrative procedure is despite the idea of necessary unification not in the focus of public administration reforms in EU and broadly.

Is it true that administrative procedural law is integrated on European level so intense that there is a possibility even for European Code of Administrative Procedure and development of pan European public services, even transnational administrative law? Certain trends definitely indicate such a process, especially enlargement of jurisdiction within European Communities (fields of agriculture, antitrust, telecommunication etc.). European Communities are therefore administrative community as well. At this point some argue that delegation of national jurisdictions is not to be meant for supranational integrations but rather private organisations in a form of outsourcing. Others oppose that legal order of European Communities strives for standardisation of principles, but not detailed elements of administrative procedure. Nevertheless the majority of authors tend to define contemporary administrative procedure as a mixture of national rules and international understandings of basic principles of administrative law (legality, proportionality, equality, judicial review over administration etc.). Sigma has even developed the Checklist Administrative Procedure Code as a set of institutes to be regulated if General Administrative Procedure Law is in a preparation or to be amended. This Checklist is an informal instrument of standardisation, to be used in creating new general laws or to update existing ones.

Those international standards and praxis naturally influence Slovene General Administrative Procedure Act from 1999, just to be amended in 2004, most evidently regarding the rights of applicants and rationalisation and efficiency of procedures. However, despite quite a few novelties no crucial change is introduced since the concept of this apolitical law stays as it was eighty years ago. The set of basic principles helps, beside legality especially the principles of autonomy and right to file an appeal. Some of those principles are deriving directly from constitution, so their ground is even more profound (legality, right to an appeal, professionalism, judicial

review etc.). There is an additional group of principles, defined within Civil Service Act, but handling the officials when executing administrative procedures, once again legality, furthermore political neutrality, confidentiality, responsibility for results, honourable conduct, openness etc.

Slovenian legislation on the field of administrative procedures incorporates every single requirement, put forward by Council of Europe or EU/ES. However there is a problem of execution since we face with significant arrears on certain fields such as environment and spatial planning or within certain public organisations, on the level of municipalities for example. Slovenia should also reconsider the system of internal (administrative) supervision.

On the basis of legality and stability public administration tends to overcome rapid social change. Within this context there is also a way to explore the possibilities for introduction of new institutes, such as administrative contract and unified commission for appeals or introduction of just general rules for certain users (universities or chambers for example). But there is even more room to develop more open relation toward public services users and to build up on the administrative procedure as a form of dialogue as recommended by OECD within the good governance principles.

Despite internationalisation and further developments of administrative procedure the most important message of classical administrative law prescribes execution of procedures with legality and proportionality in mind. We must not forget that administrative law always limits the scope of individual rights.

*Key words:* administrative procedure, administrative law, public administration, principles, international standards, amendments to Slovene General Administrative Procedure Act, Slovenia, EU, Council of Europe, OECD.

#### *About the author*

Polona Kovac, PhD, is a lawyer, acting from 2001 as a high lecturer in Faculty of Administration in University of Ljubljana (Slovenia), also employed as an Undersecretary in The Ministry of Public Administration as a member of research group within 6th Framework Programme on creating Common Research Space. She deals with legal issues of public administration, its reform, New Public Management, quality and excellence in the public sector (being national coordinator for CAF model as well), administrative procedures etc. She has published about 40 different articles and researches on the field and regularly takes an active part on national and international conferences.



---

PARTE GENERALE

FABIANA DI PORTO

**LA REGOLAZIONE «GENETICAMENTE MODIFICATA»:  
C'È DEL NUOVO IN TEMA DI RAPPORTI  
TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA**

SOMMARIO: 1. I rapporti fra regolazione e concorrenza nei processi di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale — 2. Evoluzione teorica dei rapporti fra regolazione e concorrenza. — 2.1. Prima configurazione: rapporto mutuamente escludente. — 2.1.1. Recenti sviluppi della giurisprudenza americana: il caso *Trinko*. — 2.2. Seconda configurazione: rapporto sequenziale (o «à la Littlechild»). — 2.3. Terza configurazione: rapporto complementare (o «à la Laffont e Tirole»). — 2.4. Quarta configurazione: rapporto sequenzialmente complementare. — 2.5. Un quinto modello della «ibridazione» o della «regolazione geneticamente modificata». — 2.6. Una «ibridazione two-way»? (quando il regolatore fa l'antitrust... e l'antitrust fa il regolatore). — 3. Una «ibridazione inter-settoriale»? (non solo comunicazioni elettroniche).

1. I RAPPORTI FRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA NEI PROCESSI DI LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE.

La problematica dei rapporti fra regolazione e concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale riformati solleva interrogativi circa il ruolo da attribuire alla concorrenza nella configurazione dei settori tradizionalmente assoggettati a regimi di riserva e organizzati secondo modelli monopolistici e pone problemi in ordine al riparto di competenze fra autorità antitrust e autorità di regolazione settoriale.

La fornitura di servizi quali le telecomunicazioni, l'energia elettrica e il gas è stata tradizionalmente contraddistinta da un massiccio intervento pubblico, caratterizzato: 1) dalla proprietà pubblica delle imprese incaricate del servizio (dalla SIP — ora Telecom —, all'ENEL e all'ENI); 2) da regimi di esclusiva legale

(per lo più sotto forma di riserve e concessioni(1)) che impedivano lo svolgimento delle attività da parte di soggetti diversi; 3) da forme di controllo e supervisione da parte dei pubblici poteri spesso improntati a forme di programmazione e pianificazione (come, ad esempio, nel caso dei Piani Energetici Nazionali(2)) attratti nell'orbita governativa o al più nella dialettica governo-parlamento.

Di conseguenza, lo spazio per la concorrenza era praticamente inesistente: la riserva ai pubblici poteri dell'esercizio di attività di gestione e fornitura dei servizi di pubblica utilità, così come la concessione rilasciata ad uno o pochi operatori, difatti, comportavano la negazione della libertà di iniziativa economica e quindi pure del libero mercato.

Nell'ultimo decennio gli interventi di disciplina dei servizi di interesse economico generale hanno prodotto la rimozione degli ostacoli normativi al funzionamento del mercato (liberalizzazioni), favorendo una significativa apertura alla concorrenza.

All'origine di tali cambiamenti sono, fra gli altri: il rapido sviluppo tecnologico e le liberalizzazioni imposte da direttive e regolamenti di fonte comunitaria. Questi due fattori hanno ridisegnato l'organizzazione dei servizi di pubblica utilità, improntandoli ad una serie di «criteri guida» di netto stampo pro-concorrenziale.

Tali «criteri guida», variamente graduati in considerazione delle specificità dei settori interessati, possono così riassumersi: 1) gradualità nel procedere all'apertura dei mercati; 2) liberalizzazione dell'accesso ai mercati; 3) separazione fra attività in monopolio (soprattutto le reti, che presentano caratteristiche di mono-

---

(1) Su cui si vedano le considerazioni di M. D'ALBERTI, *Concessione e concorrenza*, collana Temi e Problemi a cura dell'AGCM, Roma, n. 8/1998.

(2) Il sistema centralizzato e pianificatore che un tempo accompagnava la gestione diretta in materia di elettricità, era organizzato pressappoco così: gli obiettivi fondamentali di politica energetica erano definiti dai PEN (Piani Energetici Nazionali, l'ultimo dei quali approvato nell'agosto 1988) i quali erano discussi in Parlamento e fissavano le linee di sviluppo dell'intero settore energetico nazionale. L'esecuzione materiale degli indirizzi di politica energetica era affidata in gran parte agli enti pubblici economici — Enel ed Eni — verso i quali il potere politico poteva usare lo strumento dell'indirizzo (potere riconosciuto al CIPE) e della direttiva (spettante al Ministro dell'Industria). Anche se gli allora enti pubblici economici, più che esecutori erano gli ideatori della politica energetica, rimane il fatto che il potere politico poteva esercitare un'influenza determinante sul loro comportamento e comunque svolgeva un ruolo di arbitro in caso di conflitti tra di loro e con altri interessi. Per un inquadramento giuridico dei PEN, v. G.G. GENTILE e P. GONNELLI, *Manuale di diritto dell'energia*, 1994, p. 154 ss.

polio naturale tali da rendere antieconomica la loro duplicazione) ed attività in concorrenza; 4) separazione contabile e gestionale delle diverse fasi al fine di evitare sussidi incrociati; 5) accesso alle reti improntato a criteri di trasparenza, equità e non discriminazione per garantire la concorrenza fra operatori situati a monte o a valle delle reti (3); 6) sviluppo dell'interconnessione fra le reti nazionali e, fra queste e quelle estere.

Anche in Italia, come in altri paesi europei, la necessità di recepire le normative comunitarie ha comportato mutamenti di notevole rilevanza. In particolare, sono stati innescati processi di privatizzazione, con la conseguente vendita totale o parziale del capitale sociale delle imprese di *public utilities*; di consolidamento di normative rivolte ad una maggiore liberalizzazione di settori chiave come l'elettricità, il gas e le comunicazioni elettroniche; la creazione di organismi indipendenti (dai circuiti politici e dalle industrie) deputati alla regolazione dei diversi settori ed espressamente orientati alla *promozione della concorrenza* e del mercato; lo snellimento delle procedure amministrative e l'eliminazione di molte regole ingiustificatamente restrittive.

In sintesi, questi cambiamenti hanno portato all'affermarsi del modello dello Stato regolatore (4), come contrapposto allo Stato gestore: all'intervento diretto dei pubblici poteri in economia, alle pianificazioni e alle riserve in favore di enti pubblici economici, si sono sostituiti: 1) la separazione fra politica e gestione del servizio (5) mediante processi di privatizzazione; 2) la separazione fra politica e regolazione, svincolando quest'ultima da forme di ingerenza diretta del governo, mediante la creazione

---

(3) Per una disamina delle singole previsioni comunitarie di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità, si veda RANGONE, N., *I servizi pubblici*, Bologna, 2000.

(4) G. MAJONE, *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, in 22 *West European Politics*, 1999, p. 1; ID., *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences from Changes in the Modes of Governance*, in 17 *J. of Public Policy*, 1997, p. 139; ID., *Regulating Europe*, London, 1996; ID., *Mutual Trust, Credible Commitments and the Evolution of Rules for a Single European Market*, Florence, European University Institute, RSC 95/1; ID., *Paradoxes of Privatization and Deregulation*, in 1 *J. of European Public Policy*, 1994, p. 53; ID., *The Raise of the Regulatory State in Europe*, in 17 *West European Politics*, 1994, p. 77; ID., *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in 31 *J. of Common Market Studies*, 1993, p. 153; ID., *Introduction*, in G. MAJONE (a cura di) *Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, London, 1990. Dello stesso Autore, in italiano, cfr. G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.

(5) R. OSBORNE, e T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1993.



di autorità di regolazione «*single mission*» (6); 3) una maggiore trasparenza e formalismo nelle relazioni (finanziarie e non) fra Stato ed operatori (7), sia di proprietà pubblica che privata.

Il risultato di questi fenomeni è stato l'affermarsi del ricorso alla *regolazione* come strumento privilegiato di governo dei servizi di pubblica utilità. Essa è venuta per questa via a distinguersi, individuandosi, rispetto agli altri strumenti di intervento pubblico nell'economia (8).

Per regolazione deve così intendersi solo quel gruppo di norme: *a)* prodotte da autorità indipendenti e in posizione di terzietà rispetto alle imprese; *b)* aventi natura condizionale (che cioè fissano le «regole del gioco», prevedendo conseguenze in caso di loro inosservanza); *c)* adottate secondo le regole del giusto procedimento e *d)* sottoposte al controllo giurisdizionale (9).

Sono ovviamente escluse dalle categorie le normative, discipline pur afferenti il settore regolato, emanate a vario titolo dal legislatore, nazionale e infra-nazionale.

## 2. EVOLUZIONE TEORICA DEI RAPPORTI FRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA.

La problematica dei rapporti tra concorrenza e regolazione e, quindi, fra *authorities* di regolazione ed Autorità preposte alla tutela della concorrenza, ha riguardato tutti gli ordinamenti dei paesi industrializzati interessati da processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi di pubblica utilità. Analizzando la letteratura straniera, è possibile distinguere quattro diversi modelli di

(6) Vale a dire con mandato limitato — dallo statuto — alla regolazione di un unico settore, cosicché esse divengono portatrici non di un interesse pubblico, bensì di un interesse collettivo: cfr. G. AMATO, e L. LAUDATI, *The protection of public interests and regulations of economic activities*, in F. SNYDER (a cura di), *The Europeanisation of law: the legal effects of European integration*, Londra, 1999, p. 141.

(7) C. HOOD, C. SCOTT, O. JAMES, G. JONES, T. TRAVERS, *Regulation Inside Government waste-watchers, Quality Police and Sleaze-Busters*, Londra, 1999.

(8) S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, p. 265, precisa al riguardo che non ogni forma di ingerenza pubblica nell'economia costituisce regolazione: così ad esempio ne sono esclusi i programmi, i finanziamenti e in genere tutti quegli atti — definiti dall'A. — di «disciplina pubblica» in cui «il Governo o un altro organo pubblico ha un ruolo di iniziativa, il processo decisionale è informale, si svolge in forme autoritative o negoziali e produce una disciplina di tipo finalistico (perché tende a porre o raggiungere obiettivi) e non condizionale (cioè non dispone «regole del gioco» che vanno poi osservate).

(9) S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 266.

configurazione del rapporto regolazione-concorrenza, ognuno dei quali risente ovviamente del diverso contesto in cui è maturato.

2.1. *Prima configurazione: rapporto mutuamente escludente.*

Il primo approccio è quello prospettato dalle Corti statunitensi.

L'applicazione della normativa federale antitrust è soggetta ad alcune limitazioni che trovano la loro origine nella necessità e nell'opportunità di coordinare l'obiettivo della tutela della concorrenza con altri obiettivi perseguiti dalla regolazione (10). L'ambito di applicazione della regolazione delimita l'estensione effettiva del potere delle autorità di controllo antitrust (11).

Simili regimi regolatori possono essere più o meno stringenti, lasciando di conseguenza un minore o maggiore grado di autonomia all'impresa: quanto più dettagliato e penetrante è l'intervento regolatorio dei pubblici poteri rispetto alla condotta delle imprese regolate, tanto minore sarà lo spazio di intervento delle norme antitrust.

Specularmente, le leggi antitrust avranno un raggio di azione maggiore laddove le condotte attualmente o potenzialmente anti-competitive realizzate dalle imprese saranno il frutto di decisioni discrezionali autonome delle imprese, senza supervisione, controllo o interferenza da parte dei pubblici poteri.

È chiaro che i processi di liberalizzazione e di *deregulation* hanno comportato il venir meno di taluni di questi regimi regolatori, provocando l'ampliamento dell'applicazione delle norme antitrust (12).

---

(10) Poiché le norme antitrust non pongono sotto scrutinio le regolazioni pubbliche, le corti deputate alla loro applicazione non possono sostituirsi a legislatori e governi nell'individuare la giusta portata o nel limitare in via interpretativa il peso di una regolazione reputata intrusiva.

(11) Come vedremo, i rapporti tra regolazione e diritto antitrust sono regolati in modo diverso per ciascuno Stato, attraverso un regime di esclusioni o di esenzioni. Il regime delle esclusioni si riferisce a settori i cui prodotti o servizi, avendo uno specifico contenuto di interesse pubblico, non vengono assoggettati — sono esclusi — alla normativa antitrust. Solitamente i settori esclusi dall'applicazione della normativa antitrust sono regolati da una normativa specifica. Le esenzioni invece riguardano comportamenti vietati dalle leggi a tutela della concorrenza che però, in relazione agli effetti positivi che ne possono derivare in termini di benessere collettivo, vengono autorizzati.

(12) È questo il caso della liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione negli USA: con il passaggio da un sistema chiuso e di tariffe amministrato dall'autorità di settore ad uno aperto e basato su prezzi concorrenziali stabiliti dalle imprese, le norme — antitrust — sulla collusione, sul boicottaggio e sui prezzi predatori sono tornate ad essere applicabili.

Pertanto, possono darsi due ipotesi:

1) La legge o un atto equiparato escludono espressamente un settore dall'applicazione delle norme *antitrust* (si parla in tal caso di *immunity by legislative enactment*) (13). Al riguardo si segnala il processo, attualmente in corso, di «modernizzazione» del diritto antitrust statunitense, avviato con l'*Antitrust Modernization Commission Act del 2002* (14). La Commissione all'uopo istituita ha proposto uno studio sui regimi di esclusione diretto a verificare se il trattamento speciale riservato ad alcuni settori economici sia ancora giustificato (15).

2) Lo statuto tace circa l'impatto della regolazione sulla giurisdizione antitrust. In tal caso, in presenza di una regolazione di settore, l'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme antitrust può essere *implicitamente* riconosciuta dalle corti (*antitrust immunity*), sebbene l'ampiezza di tale implicita esclusione vada interpretata in senso restrittivo (16). Il criterio determinante è da rinvenirsi nella pervasività (*pervasiveness*) del regime regolatorio, per cui se esso si presta ad essere esaustivo nel regolare l'attività economica, allora tutte le attività disciplinate da quel regime sono suscettibili di essere presuntivamente esentate dall'applicazione delle norme antitrust (17).

Il rapporto fra regolazione e norme antitrust federali tende, cioè, a configurarsi come *mutuamente escludente*. Esempi di questo modello possono rinvenirsi in numerose decisioni delle corti americane. In tali decisioni i giudici hanno riconosciuto espres-

---

(13) Cfr. ad esempio la normativa statunitense in materia di trasporti marittimi — su cui si veda la decisione nel caso *Seawinds v. Nedlloyd Lines*, 80 BR 181 (ND Cal. 1987); ma si veda pure il Charitable donation antitrust immunity act del 1997 che esclude l'applicazione delle leggi antitrust federali e statali ai «*charitable gift annuities and charitable remainder trusts*».

(14) Pub. L. No. 107-273, §§ 11051-60, 116 Stat. 1856

(15) Per maggiori informazioni, si rinvia al sito: <http://www.amc.gov>

(16) Così H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, St. Paul, Minn. 1999, p. 703, il quale precisa che: «(...) As the Supreme Court has said «*repeals of the antitrust laws by implication from a regulatory statute are strongly disfavoured, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions*» ».

(17) In base a tale criterio, ad esempio, la Corte Suprema ha escluso che il mercato all'ingrosso dell'energia elettrica fosse soggetto a regolazione, negando pertanto l'immunità dalle leggi antitrust (cfr. *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366, 93 S.Ct. 1022 — 1973). In una prospettiva evolutiva, il fondamento viene ora ricercato nel contributo — in termini di controllo, supervisione o imposizione — del regolatore alla condotta anticompetitiva dell'impresa: se il comportamento incriminato è stato imposto dal regolatore o da questi approvato, esso sarà esente dalle norme antitrust.

samente l'inapplicabilità delle norme antitrust, sulla base di presupposti diversi, dando così vita a diverse «categorie» di immunità.

A. Una prima forma di immunità è costituita dalla *primary jurisdiction doctrine*, la quale, più che un'esenzione alle norme sostanziali antitrust, è in realtà un meccanismo di risoluzione dei conflitti di giurisdizione (18). Essa trova applicazione quando lo statuto dell'autorità attribuisce espressamente all'agenzia di regolazione giurisdizione nella controversia in materia di concorrenza, ovvero quando pur essendo astrattamente configurabile una giurisdizione delle corti rispetto alla disputa antitrust, la questione sia suscettibile di essere meglio affrontata dall'autorità di regolazione per l'elevata complessità della materia (19). Se il giudice ritiene che l'autorità abbia una *primary jurisdiction*, può trasferire l'intero caso o singole questioni all'autorità di settore e astenersi dal decidere il caso concreto.

B. La seconda ipotesi di immunità, elaborata con riferimento ai rapporti fra norme antitrust e regimi prodotti da autorità di regolazione *nazionali* e da governi locali, ma ritenuta applicabile anche con riferimento a regolazioni di fonte federale (20), è la *state action doctrine* (21). In termini generali, essa prevede esenzioni alle disposizioni antitrust federali nel caso in cui esista una regolazione di fonte statale che autorizzi ovvero controlli effettivamente un dato comportamento anticoncorrenziale dell'impresa sul mercato (22).

---

(18) Vedi il caso *United States v. Western Pacific R.R.*, 352 U.S. 59 (1956).

(19) In questo caso, la corte federale potrà sospendere il procedimento antitrust in attesa della decisione dell'autorità di regolazione; in alternativa, la lite antitrust impiantata dinanzi alla corte sarà chiusa (senza futuro pregiudizio delle posizioni dell'attore) e l'attore sarà tenuto a promuovere la causa dinanzi all'autorità.

(20) H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 705.

(21) La prima formulazione della *State Action Doctrine* si rinviene nel celebre caso *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), in cui la Corte ritenne che le restrizioni sul mercato californiano della produzione dell'uva non costituissero violazione dello Sherman Act perché imposte da una legge dello stato. Per tale motivo, ci si riferisce alla *State Action Doctrine* anche con il nome *Parker Immunity*.

(22) I presupposti per il riconoscimento della *State Action Immunity* sono, da un lato, la «*clear articulation*», soddisfatta quando l'imposizione della restrizione concorrenziale sia compatibile con gli obiettivi della politica statale; e dall'altro, la «*active supervision*» dell'autorità di regolazione statale rispetto alla condotta anticoncorrenziale dell'impresa regolata. Se gli standard fissati dalla regolazione statale restringono di fatto la discrezionalità dell'impresa, il comportamento di questa sarà esentato dalle leggi antitrust federali. Sul punto si veda J.D. SCHWARTZ, *The use of the antitrust state action doctrine in the deregulated electric utility industry*, in 48 *Am. U. L. Rev.*, 1999, p. 1449.

C. In altre decisioni si è invece fatto ricorso alla «*implied immunity*», secondo la quale si riconosce l'esonero dalle norme antitrust quando le parti agiscono in conformità ad atti regolatori che sono in conflitto con il diritto antitrust. Ai fini dell'applicazione della *implied immunity*, è necessaria la «*plain repugnancy*», ovvero la piena inconciliabilità tra le norme antitrust e quelle regolatorie, tanto da potersi presumere una «revoca (*repeal*) implicita» delle norme antitrust (23).

Ognuna di queste immunità, pur con le necessarie distinzioni, dovute al fatto di essere «*case-based*», mette in luce l'approccio, prima sintetizzato, secondo cui i giudici tendenzialmente non applicano le norme antitrust in presenza di un intervento regolatorio.

#### 2.1.1. *Recenti sviluppi della giurisprudenza americana: il caso Trinko.*

Il rapporto mutuamente escludente tra regolazione e antitrust risulta essere sostanzialmente confermato dalla recente pronuncia della Suprema Corte, *Verizon Communication Inc v. Trinko* (24). La controversia nasce da una class action promossa dal titolare di uno studio legale, Curtis Trinko, contro Verizon, gestore del *local loop* delle linee telefoniche nella rete di New York e, pertanto, obbligata a garantire l'interconnessione alla rete, in base al *Telecommunications Act* del 1996. Trinko, abbonato ad una compagnia telefonica concorrente, lamentava una violazione della *Section 2* dello Sherman Act da parte di Verizon per il mancato adempimento degli obblighi di *local incumbent* e, in particolare, per avere abbassato la qualità dell'accesso al *local loop* da parte dei concorrenti. Il punto centrale è che questa stessa condotta era stata già oggetto di un procedimento davanti alle autorità di re-

(23) Alcuni leading cases in materia sono: *United States v. Nat'l Ass'n of Sec. Dealers, Inc.*, 422 U.S. 694 (1975) («*NASD*»); *Gordon v. New York Stock Exch., Inc.*, 422 U.S. 659 (1975) («*Gordon*») e *Silver v. New York Stock Exch.*, 373 U.S. 341 (1963) («*Silver*»). Per maggiori approfondimenti si veda: J. RUBIN, *Regulation-based Antitrust Quasi-Immunity*, reperibile al sito: <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/401.pdf>. L'Autore prende in considerazione altre ipotesi residuali di immunità come la *Noerr-Pennington Immunity* (riconosciuta per l'attività di lobby per ottenere atti governativi potenzialmente anticoncorrenziali) e la *Filed Rate Doctrine* (in base alla quale le corti respingono le azioni per risarcimento del danno per violazione delle norme concorrenziali, richieste sul riconoscimento di una sanzione imposta dall'autorità di regolazione).

(24) *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP*, 124 S. Ct. 872, decisa il 13 gennaio 2004.

golazione: la *Public Service Commission* per lo stato di New York e la *Federal Communication Commission* (25). In esito ai due procedimenti, conclusi con un'ordinanza della PSC con un *consent decree* della FCC (26), Verizon si impegnava a fornire l'accesso e a pagare pesanti multe, a titolo di risarcimento, ai concorrenti.

Dopo due pronunce contrastanti davanti ai giudici di primo e secondo grado, il caso approda alla Corte suprema, la quale non riscontra una violazione delle norme antitrust ma coglie l'occasione per trattare, anche se incidentalmente, la problematica del rapporto regolazione-concorrenza. In estrema sintesi, la Corte, aggirando la clausola di salvaguardia imposta dal *Telecommunication Act* (che lascia impregiudicata l'applicazione del diritto della concorrenza), afferma che in presenza di una «*regulatory structure..., the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny*».

Ed infatti, secondo il giudice Scalia nel caso concreto il sistema regolatorio si è mostrato del tutto idoneo a tutelare le finalità del diritto antitrust (avendo ridotto in modo significativo la probabilità che si verificassero ulteriori danni concorrenziali). Compiendo un'analisi costi-benefici, la Corte sottolinea gli esigui benefici derivanti da un intervento antitrust successivo a quello regolatorio, al quale devono sommarsi costi tutt'altro che trascurabili. Tali costi sarebbero, in primo luogo imputabili all'inadeguatezza dei giudici a valutare condotte in mercati complessi (come quello in questione) che richiedono elevate conoscenze tecniche e un *effective day-to-day enforcer* e, in secondo luogo, potrebbero essere correlati ad un aumento del contenzioso tra le parti che hanno già a disposizione altre vie per far valere le loro pretese (i ricorsi alle autorità di regolazione appunto).

Nel caso *Trinko*, quindi, la Corte Suprema, pur non riconoscendo una immunità implicita alla condotta di Verizon (anche perché vincolata dalla clausola di salvaguardia del *Telecommunication Act*), sottolinea la «sconvenienza» dell'intervento antitrust in mercati regolati, purché la stessa regolazione sia «*an effective*

---

(25) Per un'illustrazione e commento al caso, v. C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, p. 375

(26) Per lettura critica della prassi del *Consent Decree* si v. J.G. SIDAK, *Remedies and the Institutional Design of Regulation in Network Industries*, in *Mich. St. DL Rev.* 741, p. 744-745.

*steward of the antitrust function*». La decisione Trinko sembrerebbe, quindi, sancire che l'applicazione del diritto della concorrenza debba essere esclusa nei casi in cui la regolazione svolga al meglio i suoi compiti, proprio perché un intervento antitrust produrrebbe più danni che benefici al mercato.

2.2. *Seconda configurazione: rapporto sequenziale (o «à la Littlechild»).*

Una seconda impostazione di più ampio respiro è quella che tende a configurare il rapporto fra regolazione e concorrenza come *sequenziale*. Nei processi di liberalizzazione delle *public utilities* e di passaggio da configurazioni monopolistiche a modelli di stampo concorrenziale di tali servizi, la regolazione è massiccia nella prima fase di apertura (27) e tende a ridursi, divenendo superflua, a mano a mano che la concorrenza comincia ad imporsi.

Questa ricostruzione in termini di *sequenzialità* si deve al guizzo di uno dei padri delle liberalizzazioni e privatizzazioni inglesi, il Prof. Stephen Littlechild, secondo il quale la regolazione sarebbe una soluzione di *second best* rispetto alla concorrenza, posto che solo questa sarebbe in grado di proteggere i consumatori attraverso un aumento dell'efficienza; mentre la prima servirebbe unicamente allo scopo di evitare gli eccessi negativi del monopolio. Ne consegue che «*regulation (...) is not a substitute for competition. It is a means of «holding the fort» until competition arrives*» (28).

(27) Già da tempo vari Autori hanno messo in luce il paradossale fenomeno proprio dei processi di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità e di *deregulation*, per cui ad essi si accompagna inesorabilmente un aumento della regolazione: la regolazione di fonte pubblicistica non si riduce, né si attenua l'intervento pubblico; al contrario esso muta ruolo fortificandosi. Accomuna la quasi totalità degli accademici britannici la constatazione che i processi di liberalizzazione e *deregulation* delle *public utilities* comportano una ri-regolazione, almeno in via transitoria, al punto che il complesso movimento di riforma della regolazione (*regulatory reform*) viene comunemente definito come «*the apparently paradoxical combination of deregulation and re-regulation*»: cfr. J. KAY e J. VICKERS, *Regulatory Reform: An Appraisal*, in G. MAJONE (a cura di) *Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, op. cit., p. 255; V. WRIGHT, *Public administration, regulation, deregulation and re-regulation*, in K.J. ELIASSEN e J. KOOIMAN (a cura di) *Managing public organisations*, Londra: Sage, 1993, p. 255; MAJONE, G., *Paradoxes of Privatisation and Deregulation*, in *J. of Eur. Pu. Po.*, 1:1, 1994, pp. 53; K. ARMSTRONG, *Regulation, Deregulation, Re-regulation, European Dossier Series*, Londra: Kogan Page, 2000; C. HOOD, *Explaining Economic Policy Reversals* in C. HOOD (a cura di) *Public enterprise and privatisation*, Buckingham, 1994, p. 37.

(28) Il riferimento è contenuto nei noti rapporti del Prof. Stephen Littlechild, più tardi divenuto primo direttore dell'autorità di regolazione del mercato elettrico britannico, commissionati dal Governo all'alba della privatizzazione di British Telecom: *Regu-*

La regolazione è presente solo in veste temporanea, arretrando successivamente sì da riconsegnare spazi alla concorrenza e conseguentemente all'autorità preposta alla sua tutela. Ne consegue che con l'affermarsi della concorrenza i compiti dell'autorità di regolazione si riducono a vantaggio di quelli dell'autorità *antitrust*, fino a scomparire.

2.3. *Terza configurazione: rapporto complementare (o «à la Laffont e Tirole»).*

A queste risalenti posizioni sono seguite altre impostazioni: secondo Laffont e Tirole(29), dal momento che regolazione e concorrenza «*strike the same rocks*» (vale a dire, le asimmetrie informative relative ai costi del servizio, alla domanda e alle pressioni concorrenziali, oltre ai casi di cattura ad opera di gruppi di interesse) esse sarebbero piuttosto «*complementari*». Difatti, l'esistenza di due *authorities* con compiti specifici di tutela della concorrenza e di regolazione di settore, consente di ridurre i rischi di cattura; di sviluppare distinte *expertises* oltre a ridurre le possibilità per gli operatori in fallo di «farla franca», posto che se la condotta sfugge all'intervento *ex ante* (regolazione) potrà sempre intervenire *ex post* (mediante le norme *antitrust*).

Quest'ultimo argomento, al pari del primo modello, poggia sull'assunto della discrasia temporale dei due interventi: *ex ante* quello regolatorio, *ex post* quello *antitrust*.

2.4. *Quarta configurazione: rapporto sequenzialmente complementare.*

Sulla spinta del dibattito sorto nel Regno Unito intorno all'opportunità di creare un solo regolatore (OFCOM) nel settore dei media e delle comunicazioni, che raggruppasse le numerose autorità di settore(30), le due posizioni alla Littlechild e alla Laffont e Tirole sembrano trovare una composizione.

---

*lation of British telecommunications» profitability*, Londra, Department of Industry, 1983 e *Economic regulation of privatised water authorities*, Londra, Department of the Environment, 1986. Dello stesso Autore, più di recente, si veda: *Competition in electricity: retrospect and prospect*, in BEESLEY (a cura di) *Utility Regulation: Challenge and Response*, IEA, Londra, 1995, p. 101.

(29) Cfr. J.J. LAFFONT e J. TIROLE, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, 2000.

(30) Fino al 2003, il settore delle comunicazioni nel Regno Unito era assoggettato al controllo di numerose autorità di settore: OFTEL per le telecomunicazioni; ASA (Ad-



Il *Communications Bill* del giugno 2002, nell'affrontare la questione, propose un rapporto *sequenzialmente complementare* fra regolazione e concorrenza: dotando l'istituendo OFCOM di poteri sia regolatori che di tutela della concorrenza (cioè di applicazione diretta del *Competition Act* del 1998) prospettò quanto segue: «*as competition becomes more pervasive in the supply of communications services, it is expected that OFCOM will be able to rely increasingly on these general powers (antitrust), rather than powers specific to the sector (regulation), in addressing concerns about competition (sequenzialità). However, many aspects of the sector-specific framework, e.g. universal service provision, will remain necessary and will not disappear or become redundant in the foreseeable future (complementarietà)*» (31).

Questa più recente — e matura — impostazione parte dal presupposto che la regolazione, nei processi di liberalizzazione e di passaggio da situazioni di monopolio alla concorrenza, abbia anzitutto natura *costitutiva* del mercato.

I mercati sono creati dai governi, ordinati dalle istituzioni e mantenuti attraverso la regolazione. La creazione dei mercati è un processo conflittuale: il mercato — diceva Weber — è «una lotta dell'uomo contro l'uomo», e come in ogni battaglia le regole sono di fondamentale importanza. Pertanto, mercati e governanti sono inseparabili: senza governo e senza regole non c'è mercato (32).

---

vertising Standard Authority) per la pubblicità; BBFC (British Board of Film Classification) come sorta di censura per i programmi TV; BSC (British Standards Commission) e ITC (Independent Television Commission) per la televisione; PCC (Press Complaint Commission) per la stampa.

(31) Cfr. la Section 5.3.3 del *Communications Bill*, presentato congiuntamente dal Ministro del Commercio e dell'Industria e dal Ministro della Cultura britannici e pubblicato il 7 maggio 2002.

(32) Cfr. N.J. SMELSER e R. SWEDBERG, *The Sociological Perspective on the Economy*, in N. SMELSER e R. SWEDBERG (a cura di) *The Handbook of Economic Sociology*, New York e Princeton, 1994, p. 11, citando Weber. Illuminanti, al riguardo, sono due passi dello storico dell'economia K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of our Time*, Boston, 1957, p. 250: «*Economic history reveals that the emergence of national markets was in no way the result of the gradual and spontaneous emancipation of the economic sphere from government control. On the contrary, the market has been the outcome of a conscious and often violent intervention on the part of government which imposed the market organisation on society for non-economic ends*» e «*While laissez-faire economy was the product of deliberate state action, subsequent restrictions on laissez-faire started in a spontaneous way. Laissez-faire was planned; planning was not*» (p. 141).

La regolazione, dunque, non è di per sé, e tutta, alternativa alla concorrenza, né transitoria — secondo le previsioni di Littlechild —; anzi, nei processi di liberalizzazione essa è ancor prima fondante il mercato.

Riassumendo, secondo questo quarto modello, quanto più lontano è il settore da configurazioni concorrenziali — e dunque, quanto più esso si avvicina ad assetti monopolistici — tanto maggiore sarà il ruolo della regolazione per *creare* il mercato, promuovere la concorrenza e guidare il passaggio. Viceversa, quando un'effettiva concorrenza si è instaurata sul mercato alcune misure regolatorie divengono superflue (33). Tuttavia, esse non scompaiono, bensì restano necessarie — e imperiture — per tutelare interessi fondamentali che il mercato, da solo, non può garantire (come il servizio universale).

#### 2.5. *Un quinto modello della « ibridazione » o della « regolazione geneticamente modificata ».*

Dai recenti interventi normativi della Commissione nel settore delle comunicazioni elettroniche emerge l'affermarsi di un quinto modello dei rapporti concorrenza-regolazione: quello della « ibridazione » o della « regolazione geneticamente modificata ».

Come noto, nel 2002 la Commissione europea ha adottato un pacchetto di direttive in materia (34): a distanza di quattordici anni dalla prima Direttiva terminali, il quadro normativo ed isti-

---

(33) In quanto impediscono lo sviluppo del mercato, come nel caso di concessioni e altre barriere amministrative. Si veda in proposito la segnalazione dell'AGCM, AS142 Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, in Boll. n. 42/1998.

(34) Si tratta delle tre Direttive del Parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002: (1) la n. 2002/21/CE, cd. *Framework Directive* (in *GUCE* L-108/33) che stabilisce un quadro regolatorio unitario per i servizi e le reti di comunicazioni elettroniche; (2) la n. 2002/19/CE, cd. *Access Directive*, relativa all'accesso e all'interconnessione delle reti di comunicazione elettronica (in *GUCE* L-108/7); (3) la n. 2002/22/CE sul servizio universale e i diritti degli utenti dei servizi di comunicazione (in *GUCE* L-108/51). In aggiunta, il pacchetto si compone di una serie di misure collaterali, fra cui: (4) la Direttiva 2002/77/CE del 16 settembre 2002 (in *GUCE* L-249/1) di consolidamento dei testi delle precedenti Direttive relative all'applicazione delle regole di concorrenza al settore delle comunicazioni; (5) le *Guidelines* dell'11 luglio 2002 sulla definizione del concetto di « significativo potere di mercato » nel settore delle comunicazioni elettroniche (in *GUCE* C. 165/6); (6) la Decisione del 29 luglio 2002 che istituisce un network fra le quindici autorità di regolazione delle comunicazioni europee; (7) la Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 relativa ai mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolazione ex ante.

Per commenti si v.: M. CLARICH, e G. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni*, Milano, 2004; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel Diritto Comunitario delle*

tuzionale comunitario è ormai largamente armonizzato. Tale omogeneità consente di eliminare quegli obblighi regolatori divenuti superflui (35) e di disciplinare dettagliatamente i tipi di obblighi che le autorità di regolazione nazionali possono e devono ancora imporre alle imprese di comunicazione.

La prima caratteristica di questo quinto modello è quella di prospettare un regime regolatorio modellato sui *principi* del diritto della concorrenza, una sorta, appunto, di «*regolazione geneticamente modificata*».

In esso l'elemento della *complementarietà* risulta particolarmente rafforzato. Ciò appare in modo evidente dall'esame dei presupposti per l'azione delle autorità di regolazione, vale a dire la «incapacità» del controllo antitrust a risolvere i fallimenti di mercato risultanti dalla presenza di barriere all'entrata consistenti e non temporanee (36). L'intervento regolatorio ha quindi la sua ragion d'essere nell'inefficienza delle norme antitrust a garantire una certa concorrenzialità al mercato (37). Di qui l'accentuata *complementarietà* dell'azione dell'autorità di regolazione rispetto a quella antitrust.

Oltre che sul piano dei principi, il rafforzamento della complementarietà opera su altri due livelli: 1) quello degli obiettivi e 2) quello degli strumenti e delle procedure.

1) Espressione del processo di «ibridazione» è, in primo luogo, la comunanza di obiettivi, ossia la possibilità di affrontare

---

*Comunicazioni Elettroniche*, Torino, 2002; M. SIRAGUSA-S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 511; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 561; A. DE STREEL, *The new concept of «significant market power» in electronic communications: hybridisation of the sectoral regulation by competition law*, in *ECLR*, 2003, p. 535.

(35) Delegando tale compito alle autorità di regolazione nazionali: cfr. art. 16, co. 2 della *Framework Directive*, cit.

(36) L'applicazione di obblighi regolatori ad un mercato dipende allora dalla presenza di tre condizioni cumulative: la presenza di barriere all'entrata consistenti e non temporanee di carattere strutturale, giuridico o normativo; la prevedibile persistenza di tali barriere anche nel lungo periodo; ed infine la constatazione dell'inefficienza del diritto concorrenza a risolvere i problemi di barriere all'ingresso: Raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003 sui mercati rilevanti, cons. dal 9 al 16, e punto 3.2 del memorandum esplicativo.

(37) Il cons. 27 della Direttiva Framework sul punto è inequivocabile: «È essenziale che gli obblighi [di regolazione] ex ante vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema».

problemi di natura comune alla regolazione e all'antitrust: *in primis* le distorsioni derivanti dal potere di mercato (38).

In che modo si armonizzano allora intervento antitrust e regolazione? Nelle parole di chi questa riforma l'ha voluta ed attuata: «*[c]ompetition instruments and regulatory tools are complementary means* (e fin qui nulla di nuovo). *They deal with a common problem and try to achieve a common aim*» (39).

Anche in questo nuovo quadro normativo continua ad essere vero l'assioma secondo cui gli interventi antitrust e regolatorio hanno presupposti differenti: l'accertamento di una condotta anti-concorrenziale e della relativa responsabilità, nel primo caso; il fallimento di mercato nel secondo. Tuttavia, qui la regolazione è basata sui principi e sulle procedure antitrust (v. subito *infra*) per cui, alla diversità di presupposti corrisponde una *coerenza di azione* con benefici per gli utenti sostenibili nel tempo.

2) In relazione al secondo aspetto, il nuovo quadro normativo fornisce all'autorità di regolazione i tipici *strumenti e procedure* antitrust: la procedura si apre infatti con la definizione del mercato rilevante (40); prosegue con l'analisi del singolo mercato; procede con l'individuazione della (o delle) impresa con significativo potere di mercato (SPM) (41) e termina con l'imposizione dei rimedi espressamente previsti dal nuovo pacchetto di direttive (42), ove ne sussistano le condizioni. Si tratta dunque di rimedi assimilabili a quelli previsti per l'autorità antitrust.

---

(38) In tal senso M. MONTI, *Antitrust e Regolamentazione nell'industria delle comunicazioni elettroniche*, Speech/04/144 del 22 marzo 2003.

(39) M. MONTI, *Policy competition and Regulation in the Telecom Industries*, Speech/03/604, reperibile al sito: <http://www.europa.eu.int/competition/speech>.

(40) Spetta alla Commissione individuare periodicamente i mercati dei prodotti e dei servizi riguardanti le comunicazioni elettroniche i quali, per le loro caratteristiche, richiedono l'imposizione di obblighi regolatori. I mercati sono identificati utilizzando i principi di diritto della concorrenza, come previsto dall'art. 15 (1) della Direttiva Framework. Le autorità di regolazione possono individuare mercati rilevanti diversi, ma la Commissione ha il potere di intervenire, eventualmente anche bloccandola, nel caso la decisione nazionale sia ritenuta non conforme alla normativa comunitaria.

(41) Il processo di ibridazione in questo ambito è emblematico: mentre nel vecchio quadro normativo un'impresa era considerata godere di una posizione di SMP qualora la sua quota di mercato fosse superiore al 25%, l'attuale concetto di impresa con SMP si identifica con quello di posizione dominante, mutuato dal diritto antitrust, come prevede l'art. 14 (2) della Direttiva Framework.

(42) Un  *caveat* : a fronte delle numerose similitudini analizzate, i due interventi antitrust e regolatorio differiscono invece sensibilmente per il tipo e l'intensità dei provvedimenti che le due Autorità possono adottare in esito alle proprie indagini di mercato.

Un'ulteriore importante caratteristica di questo quinto modello è che per la rafforzata complementarità tra regolazione e antitrust diviene irrilevante l'elemento temporale, vale a dire la sequenzialità tra gli interventi del regolatore (*ex ante*) e dell'autorità deputata a tutelare la concorrenza (*ex post*). Per effetto della «ibridazione», infatti, non solo viene meno il noto criterio *ex ante-ex post* per distinguere i due interventi (43), ma perde credibilità anche l'altro criterio (o sarebbe meglio dire «equivoco») che vede contrapposte *promozione* e *tutela* della concorrenza.

Non solo. Nel quinto modello non è in linea teorica possibile alcuna regolazione anticoncorrenziale.

Come accennato, la regolazione persegue finalità più ampie e può, utilizzando gli strumenti dell'antitrust, raggiungere risultati diversi (44), ma il suo operato non potrà mai sacrificare l'obiettivo primario della promozione/tutela della concorrenza: una regolazione che prevedesse misure anticoncorrenziali, tradirebbe, infatti, l'intera *ratio* della riforma comunitaria. Dal momento che l'intervento regolatorio è ammesso solo se il mercato non è concorrenziale e solo dopo aver constatato in questo contesto l'inefficienza del diritto concorrenza, l'autorità di regolazione sarà necessariamente condizionata nel suo operato e i suoi provvedimenti non potranno non promuovere la concorrenza.

In altri termini: poiché l'intervento regolatorio è ammissibile se e solo se il mercato non è sufficientemente concorrenziale, e poiché esso è finalizzato a correggere i difetti di concorrenza non potrà, almeno teoricamente, mai darsi una regolazione anticon-

---

(43) Inequivocabile sul punto il cons. 27 della dir. Framework. Il passaggio logico è in verità oramai pacifico in dottrina. Si veda, a titolo esemplificativo, F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 6/2004, pp. 1269-1278, il quale afferma che la regolazione nelle TLC «[è] *ex post*, cioè non crea con strumenti giuridici un mercato concorrenziale inesistente o carente, come accadeva in precedenza (cioè all'inizio della liberalizzazione), ma interviene (*ex post*) a garantire la concorrenzialità del mercato quando un'impresa ha una rilevante posizione di mercato» (p. 1277). Sull'incerto confine tra attività antitrust e regolazione, si v. anche L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e Tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *MCR*, 2002, p. 277 ss.

(44) V. Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/C 165/03), e in particolare i par. 24-32, dove si spiega, ad esempio, che un'impresa con SPM non necessariamente gode anche di una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 e che i mercati definiti ai fini del diritto della concorrenza possono non coincidere con i mercati definiti ai fini della regolazione settoriale.

correnziale. Semmai potrà discutersi se il tipo di misura regolatoria sia la più adatta allo scopo ma, certamente, almeno nelle intenzioni delle autorità di regolazione, non potrà che essere finalizzata a promuovere e tutelare a un tempo la concorrenza.

L'ultimo tratto caratterizzante il quinto modello è che la presenza di una regolazione non genera alcuna forma di «immunità» rispetto al successivo intervento antitrust. Come più volte ribadito dalla prassi comunitaria e dalla giurisprudenza nazionale, l'applicazione delle norme antitrust nei mercati regolati è configurabile anche successivamente ed indipendentemente dall'intervento regolatorio.

Il principio è stato espresso nel noto caso comunitario *Deutsche Telekom* del 2003 (45), nella decisione *O2/T — mobile* (46) ed esplicitato dal TAR Lazio nella sentenza *Comportamenti abusivi di Telecom Italia* (47).

*In conclusione, nel quinto modello, mutuato dal framework delle comunicazioni elettroniche, gli interventi antitrust e regola-*

---

(45) Decisione della Commissione 21 maggio 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*, su cui R. KLOTZ-J. FEHRENBACH, *Two Commission Decisions on Price Abuse in the Telecommunication Sector*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2003, p. 8. La Commissione ha ritenuto che i prezzi imposti da DT agli utenti e ai concorrenti per l'accesso al *local loop* nel periodo 1998-2002 fossero abusivi in quanto troppo alti e discriminatori. L'abuso è stato riconosciuto nonostante le tariffe applicate da DT fossero state in precedenza «approvate» dall'autorità di regolazione tedesca. La Commissione ha respinto le difese di DT affermando che «il diritto della concorrenza si applica quando le norme regolatorie non precludono agli operatori di tenere una condotta che ostacola, restringe o falsa la concorrenza» (par. 54 della decisione). Il precedente provvedimento dell'autorità di regolazione non è stato ritenuto, cioè, una valida «giustificazione» del comportamento dell'incumbent; esso è stato solo considerato come fattore mitigante per il calcolo della sanzione imposta a DT. Per una lettura critica: N. PETIT, *The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion*, reperibile sul sito Internet <http://gclc.coleurop.be/documents/04b%20GCLC%20Working%20Paper%2002-04.pdf>.

(46) Decisione della Commissione del 30 aprile 2003 (*sub art. 81 TCE*) COMP/38.370 — *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited* in cui la Commissione ha esentato l'accordo di condivisione delle reti tra i gestori telefonici del Regno Unito, ritenuto necessario per promuovere i servizi UMTS. Nell'autorizzare l'accordo di cooperazione si è fatto riferimento ai poteri di OFTEL per risolvere eventuali problemi concorrenziali che potrebbero nascere nell'attuazione dell'intesa (v. par. 108). Secondo la Commissione la regolazione nazionale e la normativa antitrust comunitaria si applicano in modo parallelo e cumulativo. Le disposizioni nazionali non possono essere in contrasto con le regole di concorrenza dell'Unione Europea, né il rispetto delle disposizioni normative e regolamentari nazionali può condizionare l'esito di un esame condotto sulla base della normativa in materia di concorrenza dell'UE (par. 19 della Decisione).

(47) Sulla scia della prassi comunitaria, il TAR ha ribadito il principio secondo cui l'esistenza di una specifica regolazione settoriale (nel caso specifico, in materia di telecomunicazioni) non esclude l'applicabilità delle norme antitrust, né la competenza generale dell'autorità a darne applicazione, la quale può essere derogata solo in presenza di un'apposita previsione normativa (Relazione AGCM 2004, p. 146).

torio si presentano come complementari e coesistono in quanto non sostitutivi, pur avendo in comune le finalità e (ora anche) gli strumenti.

2.6. *Una « ibridazione two-way »? (quando il regolatore fa l'antitrust... e l'antitrust fa il regolatore).*

Se è vero che il nuovo quadro regolatorio, almeno in materia di comunicazioni elettroniche, è stato progressivamente fondato sugli stessi principi, obiettivi e strumenti del diritto della concorrenza, come illustrato poc'anzi, è vero anche il contrario vale a dire che recentemente l'intervento antitrust è stato influenzato da « prassi regolatorie ».

Dal punto di vista normativo, ai nostri fini rilevano due disposizioni del Regolamento 1/2003 concernente l'applicazione decentrata delle regole di concorrenza di cui agli art. 81 e 82 del trattato CE. In particolare, meritano particolare attenzione l'art. 7 e l'art. 9.

Ai sensi dell'art. 7, al fine di porre fine all'infrazione constatata, la Commissione, mediante decisione, può imporre alle imprese interessate l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare la stessa. Inoltre, i rimedi strutturali possono essere imposti solo nel caso di inefficacia o maggiore onerosità di quelli comportamentali. In base all'art. 7, quindi, la Commissione viene formalmente investita di poteri di *enforcement* più ampi e flessibili (anche se vincolati al principio di proporzionalità), tipici delle autorità di regolazione.

L'altra disposizione da prendere in considerazione è l'art. 9, secondo cui la Commissione può, sempre mediante decisione, rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate per evitare che la Commissione avvii un procedimento *ex artt.* 81-82 a loro carico. In tal caso, la decisione della Commissione non ha come base la constatazione di un'intesa o di un abuso (tipica ipotesi di atti di *enforcement ex post*), bensì un *processo negoziale* che rende vincolanti delle prescrizioni che vanno ad incidere sugli operatori coinvolti e, quindi, sul mercato. Appare così configurarsi un intervento antitrust *ex-ante*.

Inoltre, alcuni Autori, analizzando gli interventi della Commissione in settori regolati, hanno parlato espressamente di ap-

proccio regolatorio del diritto antitrust (48). Non è difficile rinvenire decisioni in applicazione degli artt. 81-82 che impongono rimedi di tipo regolatorio (vincolati però dalla necessità di cessare o di rimuovere gli effetti dell'infrazione *ex art. 7*). Lo stesso è a dirsi per taluni recenti casi nazionali decisi dall'AGCM (49).

Come è stato autorevolmente osservato, «*la frontiera tra regolazione e concorrenza è divenuta particolarmente sottile proprio con riguardo alla condivisione delle risorse*» (50). I procedimenti di autorizzazione in deroga alle intese sono un tipico esempio di attività regolatoria delle autorità di concorrenza. Spesso, infatti, le autorizzazioni vengono rilasciate con condizioni, al fine di garantire un sostanziale beneficio per i consumatori, condizioni che sono assimilabili a obblighi asimmetrici (51).

### 3. UNA «IBRIDAZIONE INTER-SETTORIALE»? (NON SOLO COMUNICAZIONI ELETTRONICHE).

Sono stati sin qui descritti i modelli teorici dei rapporti regolazione-concorrenza attualmente «in circolazione»: i primi quattro sono basati sul presupposto diacronico dell'intervento (*ex ante-ex post*); il quinto, sulla «ibridazione». Quest'ultima, che è alla base della riforma comunitaria nel settore delle comunica-

---

(48) Per tutti si v. M. CAVE e P. CROWTHER, *Co-ordinating regulation and competition law — ex ante and ex post*, Paper presentato al seminario «*The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets*», 11 novembre 2004, in [www.kkv.se/bestall/pdf/rap\\_pros\\_and\\_cons\\_Deregulated\\_markets.pdf](http://www.kkv.se/bestall/pdf/rap_pros_and_cons_Deregulated_markets.pdf), che richiamano una serie di casi decisi recentemente dalla Commissione, anche in contesti diversi da quello TLC: *Gazprom/ENI*, circa un accordo concluso dalla Commissione (si veda IP/03/1345 in cui si dice espressamente che: «*L'accordo costituisce una tappa importante nell'applicazione delle regole della concorrenza nel settore e nella creazione di un mercato europeo del gas*»); il caso *Marathon* (IP/04/573, sul quale si riportano le parole di M. MONTI: «*These settlements include important improvements to the functioning of European gas markets and show that competition policy complements and reinforces sector specific legislation*»).

(49) A titolo di esempio si veda il Prov. C6941 — *koninklijke numico/mellin* del 15 giugno 2005, in Boll. 23/2005 ove all'impegno sub lett. d) l'AGCM impone la «*riduzione di circa il [omissis] dei prezzi di cessione alla GDO ed ai baby stores dei prodotti interessati, mantenendo [omissis] [omissis].. e senza aumenti dei suddetti listini fino al [omissis]*. Numico, tuttavia, potrà fissare liberamente il prezzo dei nuovi prodotti che introdurrà sul mercato a condizione che gli stessi siano effettivamente innovativi rispetto ai prodotti attualmente commercializzati».

(50) L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza*, in MCR, 2002, p. 279.

(51) Sempre L. PROSPERETTI, *op. ult. cit.*, p. 280 richiama il Prov. 38 del 27 novembre 2001, ABI./ CO. GE. BAN. della Banca d'Italia.



zioni elettroniche, appare avere una portata più ampia, se non addirittura generale.

Alcune tracce di questa «contaminazione» si riscontrano anche nel panorama italiano in contesti molto differenti dalle comunicazioni elettroniche.

Espressione di questa nuova tendenza sono anzitutto le *indagini conoscitive* promosse *congiuntamente* dall'autorità antitrust e da quelle di regolazione. Esempi in tal senso sono le due indagini conoscitive sullo stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica e del gas, condotte in collaborazione tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'AGCM (52). Inoltre, l'Autorità ha avviato, in un'ottica di collaborazione con Banca d'Italia, una indagine conoscitiva sugli ostacoli alla clientela nell'ambito dei servizi di intermediazione finanziaria (53).

Le indagini conoscitive congiunte rappresentano uno strumento efficace in quest'ottica di convergenza regolazione-concorrenza. Difatti, esse sono articolate secondo il *modus procedendi* dell'antitrust, ossia: inizialmente si procede all'individuazione dei mercati rilevanti e se ne esamina l'assetto; successivamente, si verificano le distorsioni della concorrenza e si indicano i rimedi più appropriati. L'autorità di regolazione, quindi, nell'analizzare i mercati di sua competenza si trova ad applicare concetti e strumenti (giuridici ed economici) tipicamente antitrust, e l'autorità antitrust si avvale delle conoscenze dell'autorità di settore (per ridurre le asimmetrie informative che caratterizzano il suo operato in questi mercati) e dei suoi poteri di intervento.

Inoltre, attraverso le indagini conoscitive congiunte si realizza una convergenza di linguaggio e di mentalità: le autorità di regolazione imparano, confrontandosi con i colleghi «antitrustisti» (54), a maneggiare gli strumenti e il linguaggio antitrust, sposando l'ottica pro-concorrenziale. Questo profilo per così dire sociologico ha importanti ricadute sul piano giuridico, perché si contribuisce a dare finalmente attuazione ad uno dei mandati

---

(52) Cfr. AEEG, delib. n. 19/05 e AGCM, provv. n. 14031, IC22 — *Stato della liberalizzazione dei settori dell'energia elettrica*, conclusa il 17 giugno 2004; AEEG, delib. 90/04 e AGCM, provv. n. 13267, IC22 — *Stato di liberalizzazione del settore del gas naturale*, chiusa il 9 febbraio 2005.

(53) Provv. AGCM n. 13771 del 16/11/2004 — *Apertura indagine conoscitiva, IC25 — Ostacoli alla mobilità della clientela nell'ambito dei servizi di intermediazione finanziaria*, in Boll. 47/04.

(54) L'espressione è mutuata dal sito internet [www.antitrustisti.net](http://www.antitrustisti.net).

delle autorità di regolazione (ex l. 481/95): la promozione della concorrenza.

In tal modo, i principi antitrust ispirano l'intervento regolatorio mentre le autorità di concorrenza possono (in determinati casi) porre in essere atti sostanzialmente regolatori ma formalmente di antitrust *enforcement*. Questa contaminazione fa sì che ci possa essere una sovrapposizione di interventi in determinati mercati ma entrambi gli sono (o almeno dovrebbero essere) diretti al medesimo obiettivo: quello della promozione/tutela della concorrenza.

L'esperienza in tal senso di altri paesi appare particolarmente significativa. Nel Regno Unito, dove le norme antitrust vengono applicate sia dalle autorità di concorrenza che di regolazione, l'*Enterprise Act* del 2002 ha attribuito alla *Competition Commission* (già *Monopolies and Merger Commission*) il compito di compiere *market inquiries*, in esito alle quali è possibile imporre rimedi anche di natura strutturale. Una delle peculiarità delle *inquiries* consiste nel fatto che non possono essere avviate d'ufficio ma solo dietro una sorta di segnalazione da parte dell'*Office of Fair Trading* (l'autorità di concorrenza) e in alternativa da parte delle Autorità di regolazione di settore<sup>(55)</sup>. Una volta terminata l'indagine, la *Competition Commission* segue una procedura simile a quella prevista nell'art. 9 del Reg. 1/2003 e, solo qualora non raggiunga un accordo con le imprese coinvolte, impone la propria decisione sui *remedies* nel *final report*. In alternativa, la *Competition Commission* può anche decidere di lasciare la decisione all'autorità di settore che, alla luce della *inquiry*, adotta i provvedimenti di sua competenza. Anche in contesti internazionali, quindi, le autorità di regolazione e di concorrenza lavorano «fianco a fianco», utilizzando gli stessi strumenti, per raggiungere gli stessi obiettivi (i.e. la competitività del mercato e il benessere del consumatore).

Il caso inglese fornisce una importante indicazione che, ove recepita in ambito nazionale, porterebbe a riconoscere anche alle autorità di regolazione il potere di applicare le norme antitrust (l.

---

(55) Cfr. P.A. GEROSKI, *The UK Market Inquiry Regime*, Paper presented at the 31th Annual International Antitrust Law & Policy Conference, N.Y. 7-8 October 2004, reperibile sul sito: [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_peop/members/chair\\_speeches/pdf/geroski\\_fordham\\_2004.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_peop/members/chair_speeches/pdf/geroski_fordham_2004.pdf).

n. 287/90). Ciò garantirebbe una maggiore collaborazione fra le istituzioni deputate alla promozione/tutela della concorrenza, col ricorso ad un set di provvedimenti e *remedies* più ampio; e consentirebbe altresì di risolvere in maniera «non conflittuale» alcune delle anomalie nostrane in tema di riparto di competenze nell'applicazione delle regole antitrust (come nel caso del settore creditizio).

GIUSEPPE SANVITI - CLAUDIA MARCOLUNGO

## **ROLE, RESPONSIBILITY AND STRATEGIES OF THE WTO IN COMBATTING POVERTY AND EXCLUSION (\*)**

SUMMARY: 1. The role of the WTO. — 2. Poverty, Exclusion and Trade Liberalization. — 3. Rule of law, due process of law and transparency as conditions of a vibrant civil society. — 4. Separation of powers. — 5. Features of international civil society. — 6. NGOs and the WTO. — 7. Human rights: particularly the right to health. — 8. WTO and the joint responsibility of the whole trade system. — 9. Conclusions.

### *1. The role of the WTO.*

In this paper we discuss if and how the World Trade Organization can contribute to fight poverty and exclusion. This is not its main objective, which is rather the removal of barriers connected with goods and services. The WTO aims at the best allocation of resources, rather than social justice. Nevertheless we aim to establish if the WTO pursues lines of action aimed at fighting poverty with particular reference to the situation of developing countries. It is our impression that an evolution is taking place in WTO law, which is making this international organization more sensitive to the problems connected to the poverty in the world and to the need to fight it.

For this research we make use especially of the numerous decisions of the Appellate Body (AB) of the WTO. It is our purpose to identify principles that capture the sense of WTO policy, and the fundamental objectives at which it aims.

### *2. Poverty, Exclusion and Trade Liberalization.*

It is necessary to ask if trade liberalization, pursued by the WTO, has a positive or negative effect on fighting poverty, if trade

---

(\*) The authors take joint responsibility for the paper. Sections 1, 4, 5, 8 are by G. Sanviti, and sections § 2, 3, 6, 7 by C. Marcolungo.

liberalization can contribute to reduce poverty, or if it sharpens and exasperates the gap between wealth and poverty and, more specifically, among developed and developing countries. There is copious literature on this subject.

Poverty reduction has become an important idea in the analysing world trade liberalisation (1). To be precise about these concepts, «Poverty is pronounced privation in well-being», but it is also powerlessness, voicelessness and vulnerability. The poverty index is in inverse relation with the human development index: both take account not only abundance or vice versa the lack of material goods, but also other values, such as life expectancy, education and the possibility of communicating with other people (2).

Broadly speaking, poverty may be considered jointly with exclusion; the terms poverty and social exclusion are sometimes used as synonyms (3). However, it is useful to make a conceptual distinction. Social exclusion tends to refer to the process whereby individuals become deprived, though it can also refer to a state which goes beyond privation and implies an inability to participate fully in social and economic activities, including those which influence decision-making.

Some authors maintain that trade liberalization could contribute to fighting poverty and to improving situations of great deprivation. They use the metaphor of «*one tide that lifts all boats*» (4). On the other hand, other authors claim that trade liberalization worsens the situation of the poor (5).

In this paper we have no space to discuss this question, although in our opinion there is reasonable suspicion as regards the second alternative. Other reasons lead us to consider here a different point of view.

---

(1) D. CRAIG, *Poverty Reduction Strategy Papers: a new convergence*, in *World Development*, 2003, vol. 39, No. 1, p. 57 ss.

(2) S. BALDI, *L'indice di sviluppo umano delle Nazioni Unite. Vantaggi e limiti della misurazione sintetica dello sviluppo*, in *Affari sociali internazionali*, 1998, No. 3, Franco Angeli Editore, available on: <http://hostings.diplomacy.edubaldi/stefano/relhdi.htm>.

(3) P. SANTANA, «Poverty, social exclusion and health in Portugal», in *Social Science & Medicine*, 2002, p. 34 ss.

(4) A. BERG, A. KRUEGER, *Lifting All Boats: Why Openness Helps Curb Poverty*, 2002, *Finance and Development* (IMF).

(5) J.M. BURNIAUX, T. DANG, D. FORE, M. FORSTER, M. D'ERCOLE, and M. OXLEY, *Income distribution and poverty in selected OECD countries*, in *OECD Economics Department working paper*, No. 189, 1998, available on: <http://www.oecd.org/eco/wp/onlinewp.htm>.

3. *Rule of law, due process of law and transparency as conditions of a vibrant civil society.*

Poverty is the outcome, not only of economic processes, but also of the lack of accountability and responsiveness of state institutions and especially public administration. Complying with the rule of law — that is the principle according to which public rules are made publicly known and enforced in a predictable way through transparent mechanisms — may greatly affect poor people (6). And strengthening communication channels between civil servants and their clients may render public administration more responsive to its clients.

With particular reference to trade, but also to other sectors, the WTO can contribute to placing state institutions, and in particular, civil servants, at everyonés service. To this purpose the DSB (Dispute Settlement Body) must decide impartially, transparently and in conformity with the due process of law (7). While Member states behave as authorities who rule conflicts in an impartial way (8), the DSB has to stand guarantor for their behaviour.

Many DSB reports stress the importance of principles like rule of law, impartiality, fairness and good faith among the Member States. These reports state the need for these principles to be respected overall as well as inside any single Member state. If they were not respected, this would frustrate the main goals of the world trade system, such as non-discrimination both among goods and among economic operators.

The transparency of WTO activity favours the credibility and accountability (9) of the multilateral world\_trade system (10); the limitation of its power strengthens the autonomous role not only of the Member states but also of their civil society.

The WTO has however a deeper relationship with both national and international civil society. The fact that it has to operate in conformity with the principles of impartiality, rule of law and

---

(6) *The World Bank World Development Report of World Bank 2000/2001*, p. 102 ss.; available on [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

(7) WT/DS152/R, § 4.667.

(8) WT/DS184/AB/R, § 194; Annex 2-9.

(9) See, for example, Annex 2-9, WT/DS184/AB/R, 24 July 2001, § 168 e 194.

(10) A. REINISCH, *Securing the Accountability of International Organizations in Global Governance*, 2001, vol. 7, p. 134 ss.

transparency should ensure that it adopts policies that are in the public interest (11). It implies that civil society, addressing the WTO and in particular the DSB, may assert needs only if they are non sectional and non contingent (12). These are unbreakable conditions for the development of a vibrant civil society.

#### 4. *Separation of powers.*

*The India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products case* (13) gave the AB the opportunity to introduce the principle of the separation of powers into WTO law, as is the case in several states. This dispute interpreted the separation of powers as reciprocal separation and independence among the WTO organs.

In our opinion, India's position arises from the fear that otherwise its specific role as developing country might not be taken into due consideration. In order to explain its position, notes that this jurisdiction over the application of trade measures taken for balance-of-payments purposes has been assigned to panels and to the AB, while jurisdiction over their justification falls under the authority of the *Committee on Balance-of-Payments Restrictions* (14) (hereinafter *BOP Committee*) and of the WTO General Council (hereinafter *General Council*) (15).

While India does not exclude the possibility that a panel or the AB may interpret any matters arising from the application of *balance-of-payments* restrictions, it does not agree to the fact that the two aforesaid bodies of the DSB determine also the justification of balance-of-payments measures.

Both application and justification are dealt with in the *Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* (hereinafter *Understand-*

---

(11) S. LAIRD S., *The WTO's trade policy review mechanism - from through the looking glass*, in *World Economy*, 1999, vol. 22, No. 6.

(12) N. BOBBIO, *Studi hegeliani. Diritto, società civile, Stato*, 1981, Einaudi, Torino.

(13) According to Hegel, p. 209 ss. For Hegel's thesis see Bobbio, op. ult. cit., p. 37 ss.

(14) Report of the Appellate Body *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/AB/R (hereinafter: *India-Quantitative Restrictions*).

(15) The BOP carries out consultations in order to review all restrictive import measures taken for Balance-of-Payments purposes *Understanding*, § 5.

ing) (16). Application is a precondition of the fact that restrictive import measures taken for *Balance-of-Payments* purposes can be reviewed by a panel (17), which therefore refers to complete and final measures. Panels can examine whether these measures are applied consistently with WTO law (18). Justification concerns the reasons, especially the economic basis of the measures at issue: in other words justification pertains to the merits of such measures (19).

India is in favour of entrusting only the BOP Committee and the General Council with jurisdiction over the *Balance-of-Payments* measures. It is presumably led to this view considering that, while the ruling of a panel might prevent the due consideration of the needs and expectations of developing countries, in this way, greater attention could be paid to their specific situation (20); In other words, according to India, organs specifically competent to deal with *Balance-of-Payments* matters such as the BOP (but also the General Council) adopt diversified, suitable, proportionate measures. Encouraging signs of redress of the balance of payments, for example, could be appraised by an organ, such as the BOP, able to consider technical aspects among others, and could win the *General Council's* favour. But in front of an organ of the DBS the burden of proof of having adopted measures for the improvement of the economic situation would fall to the states involved: proof that, referring to future events, would be practically impossible to produce (21).

On the basis of such considerations it is in our opinion possible to understand India's statement that «each organ of the WTO must exercise its power with due regard to the powers attributed to the other organs (22)». In this way it contributes to defining the WTO constitution (23) giving it, as we said before, the meaning of a system inspired by the reciprocal separation and independence

---

(16) Which makes recommendations to the states concerned.

(17) WT/DS90/AB/R § 1 ss.

(18) According to the United States: in *India — Quantitative Restrictions* § 55.

(19) WT/DS90/AB/R § 88.

(20) *Understanding*, § 3 ss.

(21) «Moving an issue from one organ to another ..., changes the legal framework in which decisions are taken, which can profoundly impinge on the procedural and substantive rights of the Members concerned»: *India-Quantitative restrictions*, § 20.

(22) WT/DS90/AB/R § 43.

(23) WT/DS90/AB/R § 97.



of the WTO bodies. This, however, is in conflict with the views of the panel (24) and of the AB (that refers to the this panel (25)) which stresses the importance of the rule of law and the duty of the DSB to address the claims submitted to it (26) and to administer justice to Member states.

Faced with these two different views, the AB has maintained both, and to this purpose it has drawn a distinction between the respective roles of panels, the BOP and the General Council. A brief investigation shows that *a)* the procedures and *b)* the reasons of all three are adequately taken into consideration.

For instance, as regards procedures, panels cannot make BOP procedures redundant; moreover developing country Members maintain their right to invoke Article XVIII:11 and Article XVIII:B, while the Committee procedure remains the only procedure for Members to obtain the authorisation to maintain balance-of-payments measures under certain circumstances. As to the reasons, the fact that panels can review the justification of *balance-of-payments* measures does not allow them to go beyond their powers, which can be exercised only to the extent necessary to do justice to petitioners.

##### 5. *Features of international civil society.*

We consider civil society only in order to illustrate how it introduces into WTO law certain principles different from those by which it is usually inspired. The AB takes into consideration civil society especially in the *Canada - Certain Measures Concerning Periodicals* case (27), in which it stresses the importance of the contribution made by the press to the growth of public opinion and, therefore, indirectly to the growth of civil society (28).

In this report periodicals are considered both as goods and as a vehicle of ideological and cultural messages: they are therefore as an essential instrument for moulding national public opinion. Since there is total dissimilarity the extent to which foreign press contri-

---

(24) WT/DS90/AB/R § 79 ss.

(25) Report of the Panel of 6 April 1999, *India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, § 5.114.

(26) WT/DS90/AB/R § 40 ss.

(27) WT/DS90/AB/R § 80.

(28) *Canada - Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R.

butes to determining public opinion and the extent to which the national press does so, the AB does not consider national and foreign periodicals as similar products. And consistently, the AB (29) considers the principle of national treatment on the basis of article III.2 of the GATT as inapplicable to the case.

The AB deals also with civil society as a system of international economic relationships. It has thus established that safeguard measures shall be fair and come up to economic operators' expectations (30), and that countermeasures in response to breaches of states' international obligations have to be proportionate and limited to the extent of the injury caused by such breaches.

In this way the AB contributes to creating an international civil society, where the relationships among economic operators are inspired by criteria which go beyond their particular interests.

## 6. *NGOs and the WTO.*

It is, moreover, taken for granted that domestic and international civil society, especially in developing countries, can develop a positive role on this subject. We now intend to analyse the extent to which the WTO acknowledges the forces of civil society, in particular NGOs, and clarify relationship between the policies of the WTO and the possibilities of civil society.

The acknowledgment of NGOs by the WTO could have important consequences on the world trade system, because of the importance of represented interests and the openness the system ensures. NGOs are, so to speak, the voice of the whole of civil society. They often have enough expertise and influence on specific interests to be have authority on crucial questions. Unlike states, they do not carry out numerous policies which can be in contrast with one another, and they therefore have better defined objectives. Like states, however, they have democratic legitimisa-

---

(29) For the relationship between civil society and public opinion see A. SELIGMAN, *L'idea di società civile*, 1993, p. 54 ss., Garzanti.

(30) In this case the AB paradoxically assumes a similar position to some NGOs that accuse the WTO of « exercise(ing) supra-national powers that prevent national governments from discriminating against foreign suppliers that do not meet domestic environmental standards », see D. ROBERTSON, *Civil Society and the WTO*, in *World Economy*, 2000, vol. 23, Issue 9, p. 1125.

tion, since often they represent groups, popular movements and sometimes also have the support of international public opinion. They can exert pressures toward the state to which they belong and, at the same time support its action in the international context.

In the WTO system the NGOs do not have formal acknowledgment: they cannot act in the capacity of parties before the DSB. This situation supports the contention that at present the Dispute Settlement System is firmly in the hands of Member states. Nevertheless, interesting developments are currently taking place.

First of all, individuals and organizations that are not members of the WTO have no legal right to make submissions to or to be heard by panels or by the Appellate Body. As some Member States claim, there is no provision for NGO access, but at the same time, nothing excludes it.

The procedural aspects represent an essential prerequisite for the real involvement of NGOs and the civil society in the WTO system. For this reason NGOs often try to access panels and the AB, in order to get recognition of their own claims and their own role(31). The panel and the Appellate Body, aware that these organizations are functional to the purposes of the WTO, have gradually permitted such collaboration. The first example of this collaboration was the case *Gasoline* (32). In this case, several *non State actors* sent communications to the Secretariat so that it forwarded them to panel and AB. The Secretariat did not put forward the claims itself, but answered with a definitive silence.

In the *Hormones* (33) case on the other hand, the first change is found in the attitude of the WTO Secretariat. The Secretariat, receiving memoranda from NGOs, gave an explicit refusal to allow the panel to view and discuss them. This confirmed once more that the only subjects legitimised to introduce memoranda and documents in a case were States, also the only parties legitimised to

---

(31) WT/DS202/AB/R, § 81.

(32) E. BARONCINI, *L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: gli Amici Curiae*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2003, p. 115 ss.

(33) WT/DS2/R e WT/DS2/AB/R: *US - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*.

judge. NGO access to the Dispute Settlement System was possible only for adhesion. Basically the only channels through which civil society and NGOs could make their voices heard are governmental channels.

A further shift occurred in the *Shrimp* (34) case, a dispute that raised numerous juridical and political issues (35). From the reading of three articles of the DSU the AB ruled that only the States party to the dispute have the right to introduce memoranda and the right that the panel and the AB give them a hearing. Nevertheless panel's function is to aim to achieve an objective (36) and valuable (37) judgement, and the function of the panel involves, according to DSU articles 11, 12 and 13, an area of discretion in discharging its own function. We have no space to discuss the phases of the dispute; what is interesting is that civil society and NGOs entered the WTO system.

Other cases examined by the panel and Appellate Body have substantially guaranteed, although with clear limits (38), the trend to include *non-State actors* (39) in the dispute settlement system. The «jurisprudence of the WTO» is opening the system to participation of *non-State actors*, which can be requested directly or indirectly by the panel and accepted by the parties, and also to the entry of different bodies active in international commerce.

We note conflicting trends in panel and especially Appellate Body reports. On one hand they fear the widening of legitimisation to act or even to be heard in the Dispute Settlement Procedure. On the other hand, the Appellate Body is conscious of the fact that the intervention of the NGOs in a dispute settlement procedure sometimes involves a qualitative improvement in the decisions and a greater credibility of the dispute settlement system.

---

(34) WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R: *EC - Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones)*.

(35) WT/DS58/AB/R: *US - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*.

(36) For details of the AB response to *amicus curiae* see P.C. MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, Jean Monnet Working Paper 2/01.

(37) Cfr. The aim of objective evaluation of matters submitted to the panel and the AB (art. 11 DSU).

(38) Cfr. the possibility for the panels, having heard the parties, to deviate from ordinary procedural discipline, with the purpose of guaranteeing fairness to parties and reaching decisions of quality (art. 12 DSU).

(39) For a more detailed discussion of the limitations on panels and the Appellate Body for the search, receipt and consideration of *amicus curiae*, see BARONCINI, *op. cit.*, p. 123 ss.

In the *Sardine case*(40) the DSB expressly states: «Therefore(41), we could exercise our discretion to reject an *amicus curiae* brief if, by accepting it, this would interfere with the *fair, prompt and effective resolution of trade disputes* (emphasis added). This could happen, for example, if a WTO Member were to seek to submit an *amicus curiae* brief at a very late stage in the Appellate proceedings, with the result that accepting the brief would impose an undue burden on other participants». This passage stresses that an opening of the WTO system to the NGOs is closely connected to the objective of correct, smooth, real and equitable operation of the dispute settlement system.

#### 7. *Human rights: particularly the right to health.*

The only fundamental principle of the international trade system is trade freedom(42). There is clearly an incongruence with the idea of poverty, whose effects are not only economic but also concern many aspects of life.

Health and the protection of life and other human rights are considered in WTO law in so far as they interfere with trade liberalization. On the other hand, member states have often signed both human rights and WTO treaties: it seems reasonable to assume that the principle of trade freedom and the right to health should be interpreted jointly(43).

Recently, however, the WTO Appellate Body has adopted the following position: «In any event, an attempt to draw *the distinction suggested by the European Communities between so-called health and commercial measures would be very difficult in practice*. By definition, measures which affect trade in goods, and which are subject to the disciplines of the GATT 1994, have a commercial impact. At the same time, the health objectives of many measures may be attainable only by means of commercial regulation. *Thus, in practice, clear distinctions between health and commercial mea-*

---

(40) See two significant cases: *Salmon* (WT/DS18/AB/R: *Australia - Measures Affecting Importation of Salmon*) and *Asbestos* (WT/DS135/AB/R: *EC - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*).

(41) WT/DS231/AB/R *EC - Trade Descriptions of Sardines*.

(42) WT/DS231/AB/R, § 139.

(43) R. KANBUR, L. SQUIRE, *The evolution of thinking about poverty: exploring the interactions*, 1999, available on <http://www.worldbank.org/poverty/wdrpoverty/evolut.pdf>.

asures may be very difficult to establish. Nor do we see merit in the argument that, previously, only «commercial measures have been the subject of Article XXIII:1(b) claims, as that does not establish that a claim *cannot* be made under Article XXIII:1(b) regarding a «non-commercial measure (44)».

According to another report (45), a national authority can choose the most suitable level of health protection. The DSB is able to evaluate the reasonableness of such measures. In this case as in the Asbestos case, economic and health measures have to be compared in order to come to a decision: a decision that takes into account both trade and an effective health protection.

In our opinion, we agree that the principles of trade freedom and health protection are from a qualitative point of view similar and therefore can be compared and evaluated as useful elements for the decision by the DSB or another WTO body. In this way a different, broader prospect is added to the one-dimensional focus on trade freedom. This solution may bring about positive developments in making WTO agreements permeable to values found in other international treaties, particularly those on human rights. More specifically it could help to raise the issue of the relationship between world trade freedom and aspects of poverty such as life expectation, a parameter of human development index.

In other words not only the fact that the WTO now gives importance to the right to health, but also the fact that the Appellate Body has confirmed the right to health as an economic factor allows us to state that poverty is now treated by WTO law.

The hope is that the WTO will place more emphasis on human development rather than absolute freedom of trade.

#### 8. *WTO and the joint responsibility of the whole trade system.*

Concerted policies among Member states are especially important in environmental protection. Concerted policy however has a broader meaning and is a fundamental feature of the multilateral trade system. In this case, and especially with reference to the role

---

(44) G. MARCEAU, *OMC Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, No. 4, p. 753 ss.

(45) WT/135/AB/R, § 189.

of the developing countries, it is clear that the world trade system is based on the action and responsibility of every state. The system is based not only on the respect of the market rules, but also on the balance of rights and duties in compliance with common values accepted by all the Member States.

The balance of the world trade system is not fully defined: it changes with reference to the changes of the facts and of the measures (46) adopted by Member states. As the Appellate Body states in the *Shrimp Case*: (but see also *India quantitative restrictions on imports of agricultural, textile and industrial products*) «To permit one Member to abuse or misuse its right to invoke an exception would be effectively to allow that Member... to *devalue the treaty rights of other Members*. If the abuse or misuse is sufficiently grave or extensive, the Member, in effect... reduces its treaty obligation to a merely facultative one and *dissolves its juridical character*, and, in so doing, *negates altogether the treaty rights of other Members*».

The policies of Member states are therefore necessarily interdependent and the fact that all Member countries are necessary for the maintenance of the WTO system, gives developing countries a new role. This may be also inferred from article XVIII of the GATT: they, as much as other countries, have a specific role in the development of the world trade system.

## 9. *Conclusions.*

Our analysis has shown that a constitution, however rudimentary, is taking shape in WTO law. Two consequences can be drawn.

Subjected to the principles of transparency, rule of law and impartiality, the WTO could pay a greater attention to the protection of the human rights and, indirectly, also to poverty and exclusion. But complete trade liberalization is unable to come about without a fight against poverty also taking place. If these three principles were invoked, the fight against poverty and exclusion would be strengthened. National civil society would be able to take responsibility for the development of its own country: it could renegotiate

---

(46) WT/DS26/AB/R § 172.

---

the social contract (47) especially in burning issues such as relations between employers and workers.

*Abstract.*

The present paper deals with poverty, inequality and exclusion and with the effects of trade liberalization. It analyses the role of the WTO, making use of WTO Appellate Body reports. It identifies some tentative openings regarding poverty and exclusion.

---

(47) WT/DS58/AB/R, § 159.





LUCA ARNAUDO(\*)

## LE MISURE CAUTELARI NEL DIRITTO ANTITRUST COMUNITARIO E NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 1.1. Natura, contenuto e applicazioni delle misure cautelari: cenni. — 2. Definizione delle misure cautelari nel diritto antitrust comunitario. — 2.1 Il caso *Camera Care* e gli sviluppi successivi. — 2.2 Misure cautelari e modernizzazione. — 3. Le misure cautelari nel diritto antitrust italiano. — 3.1 Corti d'appello e art. 33 della legge n. 287/1990. — 3.2 Misure cautelari e AGCM: il caso *Merck*. — 3.3. Il nuovo art. 14-*bis* della legge n. 287/1990 tra questioni procedurali, prime applicazioni pratiche e autonomi sforzi definitivi dell'AGCM.

### 1. PREMESSA.

A seguito delle modifiche apportate alla legge 20 ottobre 1990, n. 287, dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (comunemente noto come «decreto Bersani», convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248), l'ordinamento nazionale riconosce ora espressi poteri in materia di misure cautelari all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (1) (di seguito anche «Autorità» o «AGCM»). Per la verità, secondo quanto si vedrà più nello specifico, già prima della novella si era presentato un caso in cui l'AGCM aveva adottato misure cautelari, ma la novella rileva in quanto, alla preesistente competenza esercitabile nei casi di applicazione diretta degli

---

(\*) Funzionario dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: come di consueto, le opinioni espresse nell'articolo non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza. Il testo riprende e sviluppa una parte del contributo al volume curato da A. FRIGNANI-R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino 2006 (v. cap. IX, *Il sistema sanzionatorio e le misure cautelari*, pp. 365 ss.). Si ringraziano la dott.ssa Francesca Squillante e il prof. Aldo Frignani per i commenti resi all'articolo in una sua versione preliminare, che in quella presente risulta aggiornato alla data del 7 gennaio 2007.

(1) Per un inquadramento complessivo delle varie modifiche da ultimo intervenute nella legge antitrust nazionale, v. utilmente P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, n. 2, pp. 719 ss.

artt. 81 e 82 del Trattato CE («TCE») ai sensi del Reg. n. 1/2003, affianca una nuova e apposita competenza per i procedimenti aventi come base giuridica gli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990, consolidandola con apposite previsioni di supporto. In termini più generali e di principio, il nuovo regime segna poi un punto di non ritorno sulla via del conferimento all'Autorità di un'opportuna maggior prontezza d'intervento nella tutela della concorrenza, in linea con l'esperienza maturata dall'ordinamento comunitario e di altri Stati membri che, da tempo, prevedono l'applicabilità di misure cautelari (2).

Tanto premesso, al fine di delimitare opportunamente il campo discorsivo si fa presente che la trattazione seguente si concentrerà sulla definizione e la prassi delle misure cautelari nell'ordinamento comunitario e italiano, con esclusivo riferimento a quelle adottabili in casi di violazione delle norme sostanziali relative ad intese ed abusi di posizione dominante. Anche in quest'ambito più ristretto, peraltro, lo scritto non ha pretese di esautività, bensì di semplice ricognizione e fissazione di alcuni elementi ritenuti utili in vista del presumibile rilievo applicativo della materia prossimo venturo.

### 1.1. *Natura, contenuto e applicazioni delle misure cautelari: cenni.*

L'istituto delle misure cautelari è presente sia nel diritto civile che nel penale e amministrativo, seppur ovviamente con de-

---

(2) Prendendo ad esempio la Germania, dove l'istituto delle misure cautelari (*sofortige Vollziehung*) trova ampia applicazione in ambito antitrust da parte del Bundeskartellamt, si rileva come, ancora prima dell'adozione nel 1998 della nuova legge (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, c.d. GWB) che ora lo contempla al § 65, questo fosse già presente nella precedente GWB del 1989 (v. sul punto E. LANGEN-H. BUNTE, *Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht*, vol. I, München 2006, pp. 1094 ss.). Anche nell'ordinamento inglese le misure cautelari (*Interim Measures*) sono state introdotte da tempo, rientrando nel § 25 del *Competition Act* del 1998 (cfr. al proposito M. GRAY-M. LESTER-C. DARBON-G. FACENNA-C. BROWN-E. HOLMES, *EU Competition Law: Procedures and Remedies*, Richmond 2006, pp. 172 ss.). A conferma dell'impressionante ritardo con cui, in Italia, è stata prevista la possibilità per l'autorità antitrust di adottare provvedimenti d'urgenza, basta del resto aver seguito anche sommariamente le innovazioni normative in materia di tutela della concorrenza susseguitesisi da tempo — e ben prima dell'adozione del decreto Bersani — negli ordinamenti di paesi aspiranti all'ingresso nell'Unione Europea, dove è ricorrente la previsione di misure cautelari (da ultimo v. la nuova legge antitrust serba, adottata il 14 settembre 2005, la quale all'art. 63 ha previsto espressamente la possibilità per i ricorrenti di chiedere l'applicazione di misure cautelari alla competente autorità, lasciando poi a questa la facoltà di concederle o meno).

clinazioni diverse per quel che riguarda i presupposti specifici, le finalità concrete e gli ambiti d'intervento. Già tale obliquità applicativa rende chiara l'impossibilità di stabilire un'unità concettuale della materia (pur a fronte di rilevanti sforzi anche normativi di sistematizzazione, ben rappresentati in ambito civilistico nazionale dalla legge 26 novembre 1990, n. 353), materia da sempre destinata così a essere presa in considerazione mediante classificazioni di tipo casistico. In termini assolutamente generali, si può comunque affermare che per misure cautelari s'intendono risoluzioni autoritative volte a evitare in via temporanea, prima di un procedimento o durante lo svolgimento del medesimo, il pregiudizio irrimediabile di condizioni o beni occorrenti per il fruttuoso esercizio da parte dell'attore di propri diritti, ovvero di diritti stessi. Le misure sono funzionali alla decisione di merito e miranti ad assicurarne gli effetti, potendo pertanto determinare ora una conservazione della situazione di fatto o di diritto esistente al momento della loro richiesta, ora un'anticipazione degli effetti della decisione di merito (3).

In vista di una definizione che si adatti il meglio possibile all'ambito antitrust di successiva verifica, quella appena resa va peraltro aggiornata in senso pubblicistico, posto che, nell'adottare una misura cautelare, l'autorità del caso — es. la Commissione UE o l'AGCM — avrà per obiettivo primario quello di evitare un pregiudizio grave e irreparabile alla concorrenza, intesa quale condizione ottimale di funzionamento del sistema economico, per cui gli effetti sulle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti non costituiscono l'interesse principale dell'azione (4). La concorrenza, in sostanza, viene qui intesa quale bene pubblico, con tutte le difficoltà — va pur detto — che la definizione

---

(3) Cfr. da ultimo L. PROSPERETTI-M. SIRAGUSA-M. BERETTA-M. MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma 2006, p. 359.

(4) Una lettura interessante al proposito è quella della definizione di misure provvisorie resa dalla Commissione UE, per quanto contenuta in una pubblicazione di carattere divulgativo e, soprattutto, non più aggiornata dopo il processo di modernizzazione che ha interessato il diritto antitrust comunitario (su cui v. *infra*, para. 2.2). Stando all'istituzione comunitaria, per *Interim measures* vanno dunque intese «*Conservatory measures imposed on firms by the Commission in relation to a competition case, in which a final decision on the substance has not been reached yet, in order to avoid that anti-competitive behaviour leads to irreversible damage before being sanctioned*», dove colpisce come del danno irreversibile non sia indicato il soggetto/oggetto passivo (EUROPEAN COMMISSION — DGC, *Glossary of terms used in EU competition policy*, Bruxelles 2002, p. 27. Il testo è anche disponibile in internet: [http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_en.pdf)).

di una simile categoria comporta (5). Come del resto si vedrà con ricorrenza nel prosieguo del testo, la questione delle finalità di tutela e dei presupposti delle misure cautelari in ambito antitrust si è riproposta di continuo sia a livello comunitario che nazionale, con un innegabile rilievo del contributo ermeneutico reso al proposito dalla giurisprudenza, nel senso di una progressiva affermazione del profilo pubblicistico.

Provvisorietà e strumentalità rispetto alla causa principale sono i tratti caratteristici delle misure cautelari. Una parte della dottrina processualpenalistica, puntando l'attenzione sulla forma di adozione delle misure, ha nondimeno ben puntualizzato come l'aspetto cautelare inerisca agli effetti e non al provvedimento in sé, dal momento che quest'ultimo non è affatto provvisorio, risultando idoneo a costituire il c.d. «giudicato cautelare» che preclude l'adottabilità di altre misure cautelari fondate sui medesimi elementi di fatto e di diritto (6). Si tratta di un'annotazione che può agevolmente trasferirsi in tutti gli ambiti applicativi delle misure cautelari, compreso quello antitrust.

Sempre in termini generali, i presupposti per l'adozione di una misura cautelare sono da individuarsi nel *fumus boni iuris* e nel *periculum in mora*. Con la prima locuzione s'intende la verosimiglianza dell'interesse da tutelare a mezzo di un provvedimento cautelare: l'autorità concedente le misure deve in sostanza convincersi, attraverso una cognizione sommaria del caso sottoposto alla sua attenzione, che l'intervento richiesto sia giustificato in previsione della dovuta tutela finale che potrà essere concessa a un interesse effettivamente sussistente a mezzo del giudizio di merito. Simile tutela, tuttavia, non può attendersi, ma va anticipata negli effetti a causa dell'esistenza attuale di una situazione di pericolo, ovvero il secondo presupposto d'intervento sopra citato. Quella della natura soggettiva o oggettiva del *periculum* — se cioè occorra semplicemente un convincimento dell'autorità competente ad adottare le misure cautelari, oppure debbano risultare elementi di fatto obiettivamente esistenti — è questione risalente in dot-

---

(5) Si sofferma su tale problematica L. ORTIZ BLANCO, *EC Competition Procedure*, Oxford-New York 2006, p. 533.

(6) V. G. DI TROCCHIO, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano 1988, p. 847.

trina (7). Posto che le misure cautelari sono determinate dall'urgente necessità di provvedere al fine di evitare il danno grave e irreparabile che si avrebbe in loro assenza, sommessamente qui si ritiene che la questione della natura soggettiva o oggettiva della condizione di pericolo nel ritardo dell'intervento sia mal posta. In effetti, impregiudicata la sommarietà del giudizio proprio della fase cautelare, la conseguente decisione non potrà che fondarsi su una valutazione soggettiva da parte dell'autorità competente di quanti più elementi oggettivi possibili atti a corroborare l'esistenza del pericolo. Piuttosto, va rimarcato come dall'attinenza tipica delle questioni antitrust ad attività economico-commerciali consegua una più frequente disponibilità di dati obiettivi rispetto alle condizioni di mercato (produzione, acquisti, vendite, flussi di esportazione ecc.), di estrema utilità per verificare l'effettiva sussistenza della situazione di pericolo.

Prima di passare alla trattazione specifica dell'affermarsi delle misure cautelari nel diritto vivente della concorrenza, sia ancora consentita un'annotazione minima a proposito del contenuto concreto di tali misure, da cui conseguono a scalare le controverse questioni (i) della portata dei provvedimenti d'urgenza rispetto alla decisione finale di merito, e (ii) dell'ammissibilità di provvedimenti per l'adempimento di obblighi di fare infungibili, sul modello delle c.d. *preliminary injunctions* tipiche del *Common law* (8). Salvo l'inderogabile carattere di temporaneità dei provve-

---

(7) Per la verità, la dottrina di riferimento è quella dei processualcivili, poiché teoria e prassi del diritto antitrust risultano al solito improntate a una più schietta concretezza operativa, per molti versi emblematica di quella « crisi della legge a cui già anni addietro si riferiva un interprete nel rilevare, con una certa condivisibile perplessità, come sia sempre più « *individuabile una sorta di maggiore velocità della prassi, dell'azione effettiva, rispetto all'atto normativo di posizione del vincolo; la regola tende a diventare una sorta di razionalizzazione degli effetti già consumati, capovolgendo il tradizionale processo di costruzione della fattispecie e assegnando all'efficacia attuata (ancorché in forza di una contrapposizione fra interessi) il ruolo di criterio condizionante del vincolo (sia di segno legislativo che negoziale)* » (così N. LIPARI, *I problemi della concorrenza nel quadro della crisi dei modelli culturali dei giuristi*, in AA.VV., *Per un diritto della concorrenza. Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 1996, n. 43, p. 139). Il tema, del resto, si può qui solo accennare, ché meriterebbe ben altra considerazione di una nota.

(8) In materia, per la letteratura italiana, resta classico lo studio di A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano 1974. Per un contributo più recente e assai interessante, in particolare per le considerazioni svolte in tema di efficienza dell'istituto, si veda invece R. BROOKS-W. SCHWARTZ, *Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine*, in *Stanford Law Review*, 2005, n. 2, pp. 381 ss. (una versione dell'articolo è disponibile in internet: <http://lawreview.stanford.edu/content/issue2/brooks.pdf>).

dimenti cautelari — i quali per loro natura restano validi non oltre l'adozione della decisione finale nel merito — essi vanno infatti adattati alle esigenze del caso specifico, ben potendo consistere in pronunce di mero accertamento, misure interdittive o positive. In questo senso, si suole generalmente distinguere tra ordini di *non facere* e di *facere*: nel primo caso, l'autorità competente richiede a un soggetto di astenersi da una condotta attiva mantenuta fino a quel momento (es. applicazione di determinate condizioni contrattuali), nel secondo caso di cessare una condotta negativa (es. rifiuto a contrarre) e attivarsi per compiere specifici atti. Ora, se è vero che le misure dovranno sempre risultare improntate a un principio di assoluta proporzionalità e stretta necessità, risulta ormai pacifico il superamento di un'interpretazione in senso puramente conservativo dei provvedimenti d'urgenza. A livello nazionale ciò è avvenuto sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale verificatasi nell'applicazione dell'art. 700 c.p.c., unica disposizione codicistica avente contenuto discrezionale in materia di misure cautelari e molto importante, come si vedrà, anche in ambito antitrust (*infra*, sez. 3.1).

## 2. DEFINIZIONE DELLE MISURE CAUTELARI NEL DIRITTO ANTITRUST COMUNITARIO.

### 2.1. *Il caso Camera Care e gli sviluppi successivi.*

Nel passare finalmente a studiare più da presso l'impiego delle misure cautelari nel diritto antitrust, appare di tutta evidenza la rilevanza di queste a fronte della necessità di celerità d'intervento in un sistema economico di mercato, dal momento che una decisione di condanna di fattispecie illecite d'intesa o abuso — a causa dei tempi procedurali che la fase di cognizione solitamente richiede — potrebbe ben sopravvenire dopo che le imprese vittime di tali condotte sono già uscite dal mercato e, di conseguenza, risulterebbe del tutto vanificato l'obiettivo di tutelare il bene giuridico della concorrenza (9).

---

(9) In dottrina tale considerazione di ovvia ragionevolezza è già stata opportunamente corroborata dall'analisi di un caso comunitario originato dal diniego da parte della Commissione di concedere misure cautelari, caso poi conclusosi con una pronuncia del Tribunale di primo grado che censurava tale diniego ma a cui seguiva comunque,

L'affermarsi delle misure cautelari nel diritto comunitario della concorrenza conferma una volta di più l'assoluta centralità del formante giurisprudenziale nello sviluppo di tale sistema giuridico, dal momento che né il TCE, né l'ormai abrogato Regolamento (CEE) n. 17/62 prevedevano espressamente una competenza del genere in capo alla Commissione. A tale carenza ha ovviato la Corte di giustizia che, nel 1980, si è fatta carico di riconoscere la piena sostenibilità e legittimità di provvedimenti cautelari, a ideale conclusione di una riflessione svolta dalle istituzioni comunitarie lungo diversi anni<sup>(10)</sup>. Nel caso *Camera Care* (11) — fondamentale quanto all'epoca controverso, al punto da far parlare un commentatore di «*decisione inquietante*»<sup>(12)</sup> — la Corte ha sviluppato il proprio discorso prendendo le mosse da un'interpretazione evolutiva dell'art. 3 del Reg. n. 17/62, che pur avendo «*lo scopo di consentire alla Commissione di informare le imprese interessate della sua valutazione della situazione nei confronti del diritto comunitario, per indurle a conformarsi al suo punto di vista, senza costrizione giuridica immediata*», non po-

---

poco dopo, la cessazione delle attività da parte dell'impresa ricorrente (cfr. L. M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law — Recent Developments*, in A. BARAV-D. A. WYATT (a cura di), *Yearbook of European Law*, 13, Oxford 1994, pp. 84 ss.. La sentenza di riferimento era Tribunale di primo grado, 24 gennaio 1992, T-44/90, *La Cinq c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II, pp. 1 ss.). A livello teorico, non si tratta del resto che della classica questione del «pericolo da infruttuosità pratica della decisione sul merito (cui si affianca il «pericolo da infruttuosità pratica della decisione di merito, secondo la lezione risalente a P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, pp. 55 ss.).

(10) Per una trattazione particolarmente interessante dei poteri cautelati esercitabili dalla Commissione ai sensi del vecchio Trattato CECA, v. ordinanza del Presidente della Corte, 22 ottobre 1975, 109/75 R, *National Carbonising Company Ltd. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1975 p. 1193.

(11) Corte di giustizia, 17 gennaio 1980, C-792/79 R, *Camera Care c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, pp. 119 ss.. La pronuncia discendeva dal ricorso intentato dinanzi alla Commissione nel giugno 1979 da *Camera Care Ltd.*, un'impresa irlandese attiva nella vendita e riparazione di materiale fotografico, al fine di ottenere un provvedimento d'urgenza nei confronti dell'impresa svedese Hasselblad A/B e della sua sussidiaria inglese Hasselblad GB Ltd., le quali avevano bruscamente interrotto i rapporti di fornitura di apparecchi fotografici e pezzi di ricambio precedentemente sussistenti con *Camera Care*. A fronte del diniego da parte della Commissione del provvedimento richiesto — motivato dall'incertezza circa la propria effettiva competenza ai sensi del Reg. n. 17/62 — *Camera Care* ricorreva dinanzi alla Corte di giustizia, che si pronunciava con procedimento sommario.

(12) Così L. FOCSANEANU, *Une décision inquiétante de la Cour de Justice des communautés Européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, pp. 284 ss. Per più approfondite riflessioni sul caso, v. poi E. MOAVERO MILANESI, *Il potere della Commissione delle Comunità europee di adottare provvedimenti cautelati provvisori nel corso delle procedure per l'applicazione delle regole di concorrenza*, in *Rivista di diritto industriale*, 1984, n. 1, pp. 97 ss.



trebbe essere letto nel senso di costituire un limite alle modalità d'esercizio del potere di decisione medesimo. A questo, infatti, deve essere garantito di esplicitarsi «*nel modo più efficace e meglio appropriato alle circostanze in ciascuna situazione*», senza escludere una sua articolazione anche «*in fasi successive, cosicché la decisione che constata un'infrazione possa essere preceduta da qualsiasi disposizione preliminare necessaria in un dato momento*». All'istituzione comunitaria compete, allora, «*di prendere le disposizioni provvisorie indispensabili per poter esercitare in modo efficace le proprie funzioni e, in particolare, per garantire l'effetto utile delle eventuali decisioni volte ad obbligare le imprese a porre fine alle infrazioni constatate*».

Fissate tali premesse, complessivamente riassumibili nella richiesta di un'effettiva indispensabilità dell'intervento cautelare perché la decisione finale possa poi esplicitare appieno i propri effetti pro-concorrenziali, la Corte ha anche definito l'area di manovra della Commissione, dal momento che i provvedimenti provvisori sono da adottarsi soltanto in caso di indiscussa urgenza «*per far fronte ad una situazione tale da causare un danno grave e irreparabile alla parte che li richiede, o intollerabile per l'interesse pubblico*», con ciò indicando come, al principio del corso applicativo delle misure cautelari in ambito comunitario, agli interessi privati e pubblici venisse riconosciuta pari dignità di tutela.

Stabilito che i provvedimenti devono risultare limitati a quanto necessario nella situazione specifica, cioè proporzionati, nonché suscettibili di essere oggetto di ricorso dinanzi alla stessa Corte, questa ha proseguito la propria disanima dello strumento giuridico riconducendo i presupposti d'intervento alle sopra rassegnate categorie classiche del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Quanto al *fumus*, la Commissione è tenuta a verificare che la violazione sia probabile secondo criteri di ragionevole presunzione (questo, in sostanza, significa la richiesta di una constatazione *prima facie*). Da sottolineare è che, nella complessa e al contempo celere opera di valutazione a cui la Commissione è chiamata, essa deve in primo luogo verificare l'effettività di un nesso causale tra il pregiudizio e la condotta ritenuta contraria alla normativa di tutela della concorrenza, quindi accertare altresì che tale pregiudizio sia propriamente di natura concorrenziale e

non consistente in danni di altro genere (per esempio puramente finanziari, dal momento che, una volta di più, si tornerebbe alla questione della rilevanza dell'interesse esclusivamente privato all'adozione della misura)(13). Per quel che riguarda il contenuto effettivo delle misure cautelari, una rassegna delle decisioni rese dalla Commissione conferma l'ampiezza della loro tipologia, evidentemente da ricostruirsi su base casistica alla luce dei precitati riferimenti riguardo ordini di *facere e non facere* (14).

Successivamente al caso *Camera Care*, la nuova competenza si è consolidata nella prassi ed è stata utilizzata sia direttamente, cioè con l'effettiva adozione di misure cautelari, sia come mezzo di pressione sulle imprese al fine di indurle a modificare la propria condotta anticoncorrenziale prima di una decisione formale(15). La Commissione, peraltro, si è sempre dimostrata piuttosto restia a ricorrere allo strumento delle misure cautelari, né a un maggior rilassamento applicativo hanno certo contribuito le esperienze di alcuni procedimenti, in cui le misure adottate dalla Commissione non hanno retto al vaglio del giudice comunitario(16).

---

(13) Sul punto, v. L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law*, cit., p. 90. Sulle condizioni richieste dalla Commissione per la concessione di misure provvisorie v. anche I. VAN BAEL-J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague 2005, pp. 1098 ss.

(14) Per la verifica di alcune misure più nel concreto, v. le decisioni della Commissione n. 2002/165/CE, del 3 luglio 2001, *D3/38.044 - NDC Health/IMS Health*, in *G.U.C.E.*, 28 febbraio 2002, L 59, pp. 18 ss.; n. 87/500/CEE, del 29 luglio 1987, *IV/32.279 - BBI/Boosey & Hawkes*, in *G.U.C.E.*, 9 ottobre 1987, n. L 286, p. 36; n. 83/462/CEE, del 29 luglio 1983, *IV/30.698 - ECS/AKZO*, in *G.U.C.E.*, 13 settembre 1983, L 252, p. 13; n. 82/628/CEE, del 18 agosto 1982, *IV/30.696 - Sistema di distribuzione di Ford Werke AG*, in *G.U.C.E.*, 2 settembre 1982, n. L 256, p. 20. Una ricognizione dei principali casi di concessione di misure provvisorie (aggiornata al maggio 2002) sta in E. NAVARRO VARONA, *Interim Measures in Competition Cases before the European Commission and Courts* ([http://stage.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Copenhagen\\_Varona.pdf](http://stage.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Copenhagen_Varona.pdf)).

(15) Per verificare un caso del genere, v. decisione 88/138/CEE della Commissione, del 22 dicembre 1987, *IV/30.787-31.488 - Eurofix-Bauco c. Hilti*, in *G.U.C.E.*, 11 marzo 1988, L 65, pp. 19 ss.

(16) Esemplare in tal senso è il caso *IMS* (originato dalla decisione 2002/165/CE della Commissione, del 3 luglio 2001, *D3/38.044 - NDC Health/IMS Health*, cit.), in cui la Commissione ha ingiunto in via cautelare all'impresa *IMS* di concedere alla concorrente *NDC* una licenza d'uso per una banca dati coperta da diritto d'autore, facendo perno su un'interpretazione assai ampia della nozione di *essential facility*. Dopo appena un mese il Tribunale di primo grado ha congelato il provvedimento cautelare con un'ordinanza poi confermata anche dalla Corte di giustizia, a cui ha fatto seguito la revoca da parte della stessa Commissione delle misure cautelari disposte (una ricostruzione puntuale della vicenda, con il corredo di un'ampia bibliografia, è disponibile nella nota di G. COLANGELO, *Il caso IMS*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, n. 2, pp. 407 ss.).

Con riferimento a quest'ultimo, anche se in maniera estremamente sommaria si ricorda come, sulla base degli articoli 242 e 243 TCE (17), varie e significative siano state le ordinanze in materia di misure provvisorie in ambito antitrust, incentrate sulla sospensione di decisioni con cui la Commissione ha dichiarato o negato la sussistenza di violazioni degli articoli 81 e 82 TCE. Merita segnalare l'ampiezza della concedibilità di tale sospensione, la quale è stata riconosciuta non solo quando l'immediata applicazione di una decisione della Commissione comporti il rischio di un danno grave e irreparabile per le richiedenti, «*in grado di causarne persino la scomparsa dal mercato*», ma anche quando può «*compromettere la stabilità del mercato*» (18).

## 2.2. Misure cautelari e modernizzazione.

Con la modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza è stata colta l'occasione per formalizzare i poteri della Commissione in materia di misure cautelari (rispetto ai quali permane in ogni caso la timidezza applicativa di cui si diceva, dal momento che, allo stato, non risultano casi successivi alla ri-

(17) Si ricorda per comodità di lettura come, ai sensi delle citate disposizioni, «*i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*», e più specificamente «*la Corte di giustizia, negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari*». Per una trattazione generale della disciplina cautelare di competenza del giudice comunitario resta valido l'intervento di M. TAVASSI, *I provvedimenti d'urgenza*, relazione al convegno *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, tenutosi a Treviso il 2-3 ottobre 1992 (mimeo, pp. 7 ss.).

(18) Cfr. ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado, 10 marzo 1995, causa T-395/94 R, *Atlantic Container Line A/B e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1995, II pp. 595 ss.. La pronuncia si segnala anche per l'analisi «allargata» degli effetti delle decisioni della Commissione: «*quando le condizioni complessivamente esistenti su un mercato vengono modificate da una decisione della Commissione in materia di concorrenza, che è applicabile in un termine relativamente breve, sussiste per i destinatari della decisione il rischio di un danno grave e irreparabile in quanto il contesto nel quale si svolge la loro attività verrebbe ad essere modificato in modo significativo. In mancanza di un provvedimento di sospensione dell'esecuzione potrebbe determinarsi un'evoluzione del mercato che sarebbe difficilmente reversibile qualora il ricorso principale venisse accolto. Per contro, il provvedimento di sospensione dell'esecuzione non è di natura tale da ostacolare la piena esecuzione della decisione nel caso in cui venisse respinto il ricorso principale*». Al riguardo v. anche l'ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado del 7 luglio 1998, causa T-65/98 R, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, in *G.U.C.E.*, n. C 312, 10 ottobre 1998, pp. 12 ss.). Sulla necessità che la prova dell'irreparabilità vada rigorosamente circostanziata dal ricorrente, pena il rigetto della richiesta di sospensiva, v. poi tra le varie l'ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado, 13 maggio 1993, *Compagnie Maritimes Belge Transport NV c. Commissione*, causa T-24/93 R, in *Raccolta*, 1993, II, pp. 543 ss.

forma). Pur se preceduto da un'indicazione di principio a dire il vero un po' laconica, inserita com'è nei considerando iniziali in via quasi incidentale (19), l'art. 8 del Reg. n. 1/2003 stabilisce infatti che «*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati prima facie la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari*». Ancora, tali decisioni (che ai sensi del successivo art. 30 vanno sempre soggette a pubblicazione) «*sono applicabili per un determinato periodo di tempo e possono, se necessario ed opportuno, essere rinnovate*».

La nuova disciplina delle misure cautelari ricalca in gran parte le condizioni applicative stabilite dalla richiamata prassi giurisprudenziale, ma con un'importante novità operativa, sostanzialmente dirimente la questione degli interessi di riferimento. A differenza della prassi precedente, in cui l'adozione di misure cautelari veniva provocata da un'apposita richiesta di parte (evidentemente in connessione a una denuncia di infrazione degli artt. 81/82 TCE), il nuovo regolamento specifica infatti in maniera assai stringente l'adottabilità d'ufficio delle medesime (20). La previsione costituisce, con tutta evidenza, un chiaro indice dell'irrelevanza degli interessi dei privati nell'attività della Commissione, tenuta a operare con il fine unico della tutela della concorrenza intesa quale bene pubblico. Conferma esplicita di tale impostazione proviene anche da atti adottati nel corso dell'*iter* di redazione del regolamento da parte del Consiglio, che indirizzano i singoli alle giurisdizioni degli Stati membri e ai mezzi cautelari da queste predisposti (21): ciò nell'intento, da un lato, di razionaliz-

---

(19) Più in particolare, nell'undicesimo considerando posto in apertura del regolamento viene fatta presente l'opportunità di conferire alla Commissione facoltà di adottare ordini di cessazione di infrazioni antitrust o decisioni di accertamento di infrazioni già cessate, quindi si riconosce l'origine giurisprudenziale del potere che questa già ha di adottare misure cautelari, rilevando che «*il presente regolamento dovrebbe inoltre prevedere espressamente il potere, riconosciuto alla Commissione dalla Corte di giustizia, di adottare decisioni che dispongano misure cautelari*». Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in *G.U.U.E.*, n. L 1, 4 gennaio 2003, pp. 1 ss.

(20) Cfr. M. SRAGUSA-E. GUERRI, *L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE in seguito all'introduzione delle nuove norme antitrust comunitarie*, in *Il Diritto industriale*, 2004, n. 4, p. 358.

(21) «*La Commissione agisce nell'interesse pubblico e non nell'interesse dei singoli operatori. E pertanto opportuno disporre che essa sia tenuta ad adottare provvedimenti provvisori solo nei casi in cui vi sia effettivamente il rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza. Le imprese possono sempre ricorrere ai giudici nazionali, la cui funzione fondamentale è quella di tutelare i diritti individuali*» (v. *Proposta di regolamento del Con-*

zare i rapporti tra livelli operativi nazionali e comunitari, dall'altro, di alleggerire i carichi di lavoro pendenti sulla Commissione (22). Da ultimo, anche un atto della Commissione si premura di riconfermare che le misure cautelari non possono essere chieste dai denunciati, o meglio, viene da interpretare, possono ben essere chieste ma senza che da ciò consegua un obbligo per la Commissione di adottare un eventuale provvedimento di diniego, impugnabile dinanzi al giudice comunitario (23).

È importante ricordare ora come il Reg. n. 1/2003, ai sensi dell'art. 5 che sancisce l'applicazione decentrata degli artt. 81 e 82 TCE, espressamente conferisca alle competenti autorità nazionali la potestà d'imporre misure cautelari in virtù dell'applicabilità diretta del medesimo regolamento. Alla luce di quanto appena osservato circa la caratteristica adottabilità d'ufficio delle misure da parte della Commissione, appare peraltro significativo che, nel rivolgersi alle autorità nazionali, il regolamento faccia riferimento a un'azione «*d'ufficio o in seguito a denuncia*», quasi a tradire, si ritiene, una differente valutazione di priorità degli interessi coinvolti nell'intervento antitrust a seconda dei livelli comunitario o nazionale.

Nel proseguire nella considerazione della lettera del regolamento in materia cautelare, vale pure sottolineare come, a presidio dell'effettività d'intervento della Commissione, il Reg. n. 1/2003 (art. 23, para. 2, lett. *b*)) consenta a questa di infliggere ammende alle imprese e associazioni di imprese che contravvengano a una decisione con cui siano state disposte misure cautelari, nella misura massima del 10% del fatturato totale realizzato nell'esercizio dell'anno precedente. Infine, particolare rilievo assume sotto il profilo procedurale la prescrizione di cui all'art. 27,

---

*siglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in *G.U.C.E.* 19 dicembre 2000, n. C 365, p. 284).

(22) Per alcune riflessioni sulla riduzione mirata della «*enforcement activity*» della Commissione, ottenuta a mezzo della c.d. modernizzazione, v. di recente G. TE-SAURO, *The evolution of European competition law and the Italian Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in H. ULLRICH (a cura di), *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham-Northampton 2006, p. 72.

(23) «*Dall'articolo 8 del regolamento 1/2003 risulta chiaramente che gli autori di una denuncia ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento stesso non possono chiedere misure cautelari. Misure cautelari possono essere chieste dalle imprese alle giurisdizioni degli Stati membri che sono nella posizione idonea per decidere in merito a tali misure*» (*Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce*, in *G.U.C.E.* 27 aprile 2004, n. C 101, p. 73).

comma 1, ove si dispone a chiare lettere che, prima di adottare una decisione ai sensi dell'art. 8, la Commissione è tenuta a dare modo alle imprese e associazioni di imprese oggetto del procedimento «*di essere sentite relativamente agli addebiti su cui essa si basa*». Come se non bastasse, a rafforzare tale statuizione provvede il seguito dell'articolo, dove si specifica che «*la Commissione basa le sue decisioni solo sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite*», con l'avvertenza conclusiva che «*i ricorrenti sono strettamente associati al procedimento*». Si tratta, con evidenza, di una disposizione che stabilisce un'importante continuità con i principi procedurali già sviluppati nella prassi precedente al processo di modernizzazione, quando era stata ritenuta l'impossibilità per la Commissione di procedere *inaudita altera parte* (24), al fine di garantire al meglio il diritto alla difesa delle imprese.

### 3. LE MISURE CAUTELARI NEL DIRITTO ANTITRUST ITALIANO.

#### 3.1. Corti d'appello e art. 33 della legge n. 287/1990.

Quando, al principio degli anni novanta, l'ordinamento italiano venne finalmente a dotarsi di un'apposita normativa a tutela della concorrenza, il legislatore — pur avendo ben presente l'esperienza comunitaria determinata dal caso *Camera Care* — in materia di misure cautelari conferì una competenza esclusiva al giudice ordinario. Stabilita la possibilità per i privati di svolgere azioni di nullità e di risarcimento del danno in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge n. 287/1990 (relativi a intese, agli abusi di posizione dominante e operazioni di concentrazione), l'art. 33 della medesima legge prosegue infatti nello specificare che i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza al riguardo «*sono promossi davanti alla Corte d'Appello competente per territorio*» (25).

---

(24) L'avvertenza era stata formulata dall'avvocato generale Gordon Flynn nelle sue conclusioni al caso *Ford of Europe Inc. e Ford-Werke c. Commissione*, cause riunite C228 e 229/82, in *Raccolta*, 1984, pp. 1129 ss.

(25) Per un commento critico circa l'originario silenzio della legge n. 287/1990 rispetto a competenze dell'AGCM in materia di misure cautelari, v. P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004, p. 374. Di una scelta «*evidentemente politica, di mera opportunità*» della legge a favore delle Corti d'appello parla

Il ricorso alla competenza esclusiva e funzionale delle Corti d'appello, scandita in una serie ormai nutrita di pronunce (26), fino alla novella del decreto Bersani ha costituito l'unica modalità di ottenimento di misure cautelari per violazione della legge antitrust nazionale. Superati gli originari dubbi circa una possibile pregiudizialità del provvedimento amministrativo dell'AGCM rispetto all'intervento del giudice ordinario con l'affermazione ormai risalente di una piena autonomia e concorrenza delle rispettive competenze, nella pratica è stato fatto ampio ricorso alle Corti d'appello per ottenere tutela in casi di violazione delle disposizioni della legge n. 287/1990, e frequenti sono state le richieste di provvedimenti d'urgenza (27). Oltre che per un'opportuna considerazione più generale dello strumento delle misure cautelari rispetto al diritto antitrust, anche in ragione dell'ampiezza del fenomeno applicativo vale perciò qui rilevare pur sommariamente alcuni profili, a partire dall'analisi del contenuto concreto delle misure concesse ai sensi dell'art. 700 c.p.c..

Tale disposizione codicistica, seppure non direttamente richiamata dall'art. 33 della legge n. 287/1990, si è infatti presto affermata come naturale fulcro dell'azione d'urgenza in ambito antitrust. Ciò a causa dell'adattabilità che le deriva dalla sua caratteristica atipicità (28), la quale ha consentito l'adozione di un'ampia serie di misure di diverso contenuto, da quelle di mero

---

inoltre P. CARBONE, *I poteri cautelari dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alla luce del nuovo Regolamento n. 1/2003: prospettive di riforma* (<http://www.altalex.com/index.php?idstr=45&idnot=7994>). L'articolo è comunque precedente alla riforma determinata dal decreto Bersani).

(26) Per ulteriori specificazioni in tema di competenza e riparto interno alla corte v. da ultimo l'ordinanza della Corte d'appello di Milano, 20 luglio 2005, *Autogrill S.p.A. c. Moto S.p.A.*, con nota di P. CRISCUOLI, *Il rito ambrosiano nel diritto della concorrenza: considerazioni sul processo cautelare in materia antitrust*, in *Il diritto industriale*, 2005, n. 2, pp. 192 ss.. Con riferimento, invece, alla concreta considerazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* in relazione rispettivamente a ricorsi per casi di intese o abusi, si rinvia a L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova 1998, pp. 576 ss.

(27) In generale al riguardo, tra i molti, v. G. TADDEI ELMI, *Tutele civili e antitrust. La tutela di fronte all'A.G.O.*, in G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova 2005, pp. 386 ss. Un inquadramento generale della materia particolarmente chiaro è poi quello svolto da C. GARILLI, *Funzione, presupposti e contenuto dei provvedimenti d'urgenza in materia antitrust*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, n. 6, pp. 855 ss.

(28) Cfr. M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano 1998, p. 222, nonché L. ARNAUDO, *Abuso di posizione dominante. La reimmatricolazione delle auto storiche* (nota a ordinanza della Corte d'appello di Torino, 9 giugno 2000, *Praticò c. A.S.I.*), in *Il diritto industriale*, 2002, n. 3, p. 278.

accertamento fino all'imposizione di inibitorie e specifici ordini di *facere* (29). Con estrema chiarezza, la Corte d'appello di Milano ha considerato al riguardo come sia noto che «*la tutela cautelare si esercita con ricorsi d'urgenza volti a ottenere provvedimenti innominati ai sensi dell'art. 700 c.p.c. essenzialmente a carattere inibitorio (obbligo di non fare) o impositivo (obbligo di fare) e che tale anticipata tutela non richiede stretta correlazione con il procedimento di merito, cioè un rapporto di identificazione (totale o parziale) con le azioni di nullità e risarcimento del danno previste dall'art. 33, l. 287/1990, essendo sufficiente un nesso di pertinenza e strumentalità tra la misura cautelare ed il provvedimento definitivo che consenta di dimensionare la misura alla situazione in concreto da proteggere adottando quella più confacente in vista della futura pronuncia di nullità e di risarcimento del danno*» (30). Così ribadita la piena legittimità dell'imposizione di misure positive, a fronte delle persistenti oscillazioni riscontrabili nella prassi di Corti d'Appello diverse, la medesima pronuncia ha anche indicato nell'autonoma transazione della controversia da parte dei soggetti interessati il limite dell'intervento giudiziale (31). Tale statuizione, si ritiene, conforta un'interpretazione da ultimo resa dal TAR Lazio in relazione al possibile riparto di competenze tra AGCM e Corti d'appello in materia di misure cautelari, riparto definito dalla tutela più propriamente privatistica, caratteristica degli interventi delle Corti, a fronte del ruolo di garante del bene pubblico della concorrenza spettante all'AGCM, nei termini qui di seguito esposti.

---

(29) Sulla questione del contenuto delle misure cautelari in ambito antitrust v. di recente, ordinanza della Corte d'appello di Milano, 19 aprile 2005, *Leonardo S.p.A. c. Auditel S.r.l.*, con nota di M. GRANIERI, *Il servizio di rilevazione dell'audience televisivo e l'abuso di posizione dominante*, in *Il diritto industriale*, 2005, n. 6, p. 609; M. LAMANDINI, nota all'ordinanza della Corte d'appello di Milano, 3 giugno 2004, *Moto S.p.A. c. Autogrill S.p.A.*, in *Il diritto industriale*, 2004, n. 6, pp. 555 ss.

(30) Ordinanza della Corte d'appello di Milano, 2 maggio 2003, *Gemeaz Cousin S.r.l. c. SCM S.r.l.* Sulla pronuncia v. più nello specifico la nota di P. PERONI, *Sulla sospensione cautelare antitrust dell'efficacia del contratto*, in *Il diritto industriale*, 2003, n. 6, pp. 537 ss.

(31) «*Il potere tipico affidato al giudice dell'urgenza di adottare i provvedimenti ritenuti più consoni per preservare il diritto leso dalla condotta produttrice del danno comprende, sì, la possibilità di emettere inibitorie provvisorie suscettibili di tradursi anche in ordini aventi contenuto positivo, ma le richieste cautelari non possono volgersi sino ad ottenere, tramite ordini giudiziali, la modifica dell'assetto degli interessi già convenzionalmente stabilito tra le parti*» (ordinanza della Corte d'appello di Milano, 2 maggio 2003, cit.).



### 3.2. *Misure cautelari e AGCM: il caso Merck.*

Secondo quanto anticipato in apertura, va tenuto presente come anche prima della novella apportata dal d.l. 233/2006, l'AGCM avesse già disposto l'applicazione di misure cautelari in ambito antitrust (32), ricorrendo a tale fine ai poteri conferiti alle autorità antitrust nazionali dal precitato art. 5 del Reg. n. 1/2003. Con ciò, l'Autorità ha ovviato da un lato al silenzio della legge nazionale al momento applicabile — che anzi, come già visto, prevedeva una competenza esclusiva in capo alle Corti d'appello — dall'altro sciolto la questione sollevata da più parti in dottrina circa l'adottabilità o meno di misure cautelari in base alle previsioni generali di cui all'art. 7, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso, dove si stabilisce che l'amministrazione, anche prima dell'effettuazione delle comunicazioni di avvio del procedimento ai soggetti legittimi destinatari del medesimo, può adottare provvedimenti cautelari (33).

Il caso di specie si riferisce a un procedimento avviato nel febbraio 2005 a carico dell'impresa farmaceutica Merck & Co. Inc. e della sua controllata italiana (congiuntamente «Merck») per l'accertamento di una violazione ai sensi dell'art. 82 TCE (34). Nel provvedimento di avvio (35), l'AGCM ha rilevato

---

(32) Per quel che riguarda le competenze in materia di pubblicità ingannevole, già nel D.P.R. 10 ottobre 1996, n. 627, è stato previsto all'art. 12 che «l'Autorità per gravi e motivate ragioni d'urgenza, può disporre d'ufficio la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole», specificando altresì che, nel caso in cui la richiesta di sospensione formi oggetto di richiesta avanzata nella domanda originaria, ovvero sia proposta dalle parti con separata istanza in corso di procedimento, «il responsabile del procedimento rimette immediatamente all'Autorità la decisione della questione» e questa, «sentite le parti ove non ostino ragioni di urgenza, provvede entro venti giorni dalla data di ricevimento della richiesta di sospensione».

(33) In termini positivi nel senso di una competenza dell'AGCM ad adottare misure cautelari sulla base dell'articolo citato, v. L. MAZZAROLLI-G. PERICU -A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, pp. 1164 ss. Vale qui rilevare pure come la decisione dell'AGCM nel caso Merck abbia tolto sostanzialmente terreno a una tesi dottrinale pur pregevole, la quale proponeva uno schema operativo in cui l'Autorità non poteva disporre direttamente misure cautelari, ma — previo un apposito intervento del legislatore al riguardo — avrebbe potuto adire il giudice ordinario per provocare l'adozione delle misure da parte di questo (v. E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino 2005, pp. 190 ss.).

(34) Più nello specifico, il procedimento è stato avviato a seguito della trasmissione all'AGCM, da parte del Ministero delle Attività Produttive, degli atti relativi al perdurante diniego opposto da Merck — titolare di un brevetto e del certificato italiano di protezione complementare relativi al principio attivo *Imipenem Cilastatina* — di una li-

d'ufficio la possibile esistenza dei presupposti per un intervento cautelare nelle more del procedimento, «*al fine di evitare che il comportamento di Merck continui a determinare danni gravi ed irreparabili sul mercato durante il tempo necessario per lo svolgimento dell'istruttoria*», per passare poi ad una sommaria analisi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Su tale base, al fine di consentire «*di valutare la eventuale sussistenza di presupposti per disporre l'adozione di misure cautelari*», ha fissato per le parti un termine di quindici giorni decorrenti dalla data di notificazione del provvedimento per presentare memorie scritte e documenti, nonché di venti giorni per l'esercizio del diritto di essere sentiti, dando così adempimento alle disposizioni indirizzate alla Commissione dall'art. 27, comma 1, del Reg. n. 1/2003 (*supra*, sez. 2.2).

Con un successivo provvedimento apposito (36), l'AGCM ha quindi disposto una misura cautelare nei termini di un ordine di *facere*, consistente nell'imposizione a Merck del rilascio delle licenze interessate dal procedimento entro sette giorni dal ricevimento di un'apposita richiesta dell'impresa interessata a ottenerle, con l'avvertenza che, in caso di mancato accordo in relazione alle condizioni economiche di rilascio delle licenze, le stesse sarebbero state definite da un perito nominato dall'AGCM su parere del Ministero delle Attività Produttive.

Il provvedimento — evidentemente di grande interesse anche sotto il profilo dei rapporti tra diritto antitrust e diritti di proprietà intellettuale, qui non considerabile (37) — spicca per gli approfondimenti dedicati alla fattispecie in discussione (al punto da presentarsi testualmente simile, per molti versi, a una vera e propria comunicazione finale delle risultanze istruttorie), sulla base dei quali sviluppa la parte specificamente dedicata all'intervento cautelare. Il cuore delle argomentazioni giuridiche addotte dall'AGCM a sostegno della propria potestà in materia cautelare sta nei §§ da 91 a 105 del provvedimento. Richiamato espressamente

---

senza richiesta da un'impresa chimica per la produzione di tale principio attivo (peraltro in scadenza della copertura brevettuale) al fine di esportarlo in paesi terzi.

(35) Provv. n. 14078 del 23 febbraio 2005, *A364 Merck - Principi Attivi*, in *Bollettino* n. 8/2005.

(36) Provv. n. 14388 del 15 giugno 2005, *A364 Merck - Principi Attivi*, in *Bollettino* n. 23/2005.

(37) Per approfondimenti al riguardo è comunque disponibile il commento di G. FLORIDIA-M. LAMANDINI, in *Il Diritto Industriale*, 2006, n. 3, pp. 272 ss.

anche l'art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990, una volta rigettate le obiezioni in punto di diritto avanzate da Merck — obiezioni sostanzialmente incentrate sul fatto che l'art. 5 del Reg. n. 1/2003, letto in connessione al successivo art. 35, avrebbe rinviato alla legislazione nazionale per l'individuazione dell'autorità competente ad adottare misure cautelari, cosa che in Italia sarebbe già stata effettuata a favore delle Corti d'appello *ex art.* 33 della legge n. 287/1990 — il profilo del danno grave e irreparabile viene significativamente svolto accertando prima l'esistenza di un danno alla concorrenza, quindi la sussistenza di un pregiudizio per i consumatori.

Le motivazioni, dunque, fanno leva su un'interpretazione pubblicistico-consumeristica degli interessi coinvolti, dove la posizione del soggetto a favore del quale viene predisposto un ordine di *facere* nei confronti di Merck non è tanto tutelata in sé, quanto in funzione della necessità di ovviare alla perdita di benessere derivante ai consumatori dalla mancata introduzione di farmaci generici sul mercato (si veda espressamente al proposito il § 153 del provvedimento). Interessante al riguardo è ancora come, nelle considerazioni in tema di pericolo grave e irreparabile, l'AGCM specifichi che il danno conseguente alla condotta abusiva di Merck non potrebbe essere recuperato con una diffida indirizzata al termine del procedimento principale, «*in quanto la non tempestività di un intervento dell'Autorità è destinata a tradursi in un irrimediabile ritardo nell'apertura dei mercati*» (§ 156). Ancora una volta s'insiste sull'effetto dell'abuso non tanto rispetto al diretto abusato, ma al mercato cui hanno accesso più in generale le imprese concorrenti e i consumatori finali.

La decisione dell'Autorità ha suscitato, come prevedibile, fieri contrasti, a seconda del favore o della contrarietà rispetto alla ricostruzione della competenza cautelare, così come contenuta nel provvedimento sopra citato (38). In ogni caso, dirimente nella pratica è risultata la sentenza resa dal TAR Lazio a seguito

---

(38) Per una critica particolarmente severa sul punto, si legga M. SIRAGUSA-G. FAELLA, *The Implementation of Competition Rules in the Two Years since Modernization*, relazione al convegno *Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario*, tenutosi a Treviso il 18 e 19 maggio 2006 (mimeo, pp. 15 ss.). In senso opposto, v. G. FLORIDIA-M. LAMANDINI, *op. cit.*, i quali riconducono la difesa di Merck a «*un'interpretazione «ortopedica» e «riduttiva del contenuto precettivo dell'art. 5 del Regolamento n. 1/2003*» (p. 278).

del ricorso presentato da Merck. Dopo aver rigettato tale ricorso con un dispositivo reso il 16 novembre 2005 (n. 341), il giudice amministrativo ha provveduto a un'approfondita considerazione del caso nelle motivazioni depositate il 7 marzo 2006 (sent. n. 1713), soffermandosi sul fondamento giuridico delle misure cautelari disposte dall'AGCM. A tale proposito, partendo da un'analisi che premia la natura e la rilevanza pubblicistica dei compiti affidati dalla legge all'autorità garante della concorrenza (anche rispetto all'applicazione diretta degli artt. 81 e 82 ai sensi dell'art. 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), il collegio giudicante ha statuito che (i) «*il potere di adottare misure cautelari è strettamente connesso al dovere ed alla responsabilità dell'Autorità di assicurare — a tutela dell'interesse pubblico — un'applicazione efficace delle norme del Trattato in materie di intese ed abusi*»; (ii) «*ogni diversa interpretazione che tenda a distinguere il potere cautelare previsto dal citato art. 5 [del Reg. n. 1/2003] dal resto dei poteri attribuiti all'Autorità di vigilanza, oltre a non essere aderente con il testo dell'articolo, appare incongrua e contraddittoria rispetto all'intero sistema comunitario di applicazione degli artt. 81 e 82 Trattato*». Si tratta, in sostanza, di una forte riproposizione dell'ermeneutica normativa di marca comunitaria c.d. dell'effetto utile, cioè dell'interpretazione di determinate disposizioni — nello specifico, quelle a tutela della concorrenza — in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo nelle stesse prefissato, in linea con quanto già a suo tempo affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Camera Care* (*supra*, sez. 2.1) e in stretto legame con il fondamentale principio del primato del diritto comunitario.

Il giudice amministrativo ha concordato con la tesi difensiva addotta dall'AGCM (e fondata sull'ormai noto art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990) secondo cui «*la possibilità di provvedere in via cautelare rientra tra gli ordinari strumenti della pubblica amministrazione, in presenza di situazioni in cui l'efficace tutela dell'interesse pubblico richiede un intervento indifferibile ed urgente*» (39). La sentenza, ad ogni buon conto, contiene anche spunti di grande interesse in relazione ai rapporti tra la stessa

---

(39) Seppur incidentalmente, appare qui opportuno considerare come la chiarezza di tale principio renda francamente poco comprensibili le obiezioni da ultimo mosse alla fondatezza delle competenze cautelari riconoscibili all'AGCM a seguito del decreto Bersani. In un parere pubblicato sul sito del Consiglio Nazionale Forense, infatti, si legge come «*quello dei poteri cautelari delle Autorità indipendenti è, in generale, un problema*

Autorità e le Corti d'appello in materia di provvedimenti cautelari, abbracciando l'impostazione secondo cui l'art. 33 del legge n. 287/1990 designerebbe il giudice ordinario «unicamente per la tutela civilistica contro le violazioni antitrust (azioni di nullità, di risarcimento danni e ricorsi per ottenere provvedimenti di urgenza), non per la tutela pubblicistica dell'interesse oggettivo alla libera concorrenza, che è invece affidato ad un'autorità amministrativa indipendente, l'AGCM». Sulla base di tale impostazione, dunque, le competenze di Corte d'appello e AGCM risultano tra loro indipendenti — e legittimamente complementari — sia in sede di merito che (ora) cautelare, per cui dalle Corti dipenderebbe l'effettività del c.d. *private enforcement* della normativa antitrust (cioè la tutela dei diritti soggettivi dei singoli che abbiano subito una lesione conseguente alla violazione degli artt. 81 e/o 82 TCE) (40), mentre all'Autorità spetterebbe il c.d. *public enforcement*, «finalizzato alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato, che, per costante giurisprudenza, costituisce un interesse pubblico la cui tutela ha rilevanza costituzionale» (41).

Così segnato il campo delle competenze in materia di misure cautelari, il TAR ha quindi preso atto di una possibile «asimmetria del potere cautelare attribuito all'Autorità» dipendente dall'insussistenza nella normativa antitrust nazionale di una disposi-

---

controverso» e che «la soluzione di esso è in larga misura condizionata dal riconoscimento della natura giurisdizionale o meno delle Autorità indipendenti, configurandosi il potere cautelare come un attributo tipico della funzione giurisdizionale, preordinato essenzialmente alla conservazione dei diritti delle parti in causa nelle more del giudizio», per cui sembrerebbe che «l'attribuzione di poteri cautelari all'AGCM sollevi, in linea generale, delicati interrogativi circa la compatibilità con la configurazione dell'Autorità medesima» (P. RIDOLA, *Parere in merito alla costituzionalità del D.L. 4 luglio 2006*, n. 223, in [http://www.consiglionazionaleforense.it/visualizzazioni/vedi\\_dettagli.php?areanumber=15&action=view&idmessaggio=4023](http://www.consiglionazionaleforense.it/visualizzazioni/vedi_dettagli.php?areanumber=15&action=view&idmessaggio=4023)). Posto che il decreto Bersani, a parere di chi scrive, rende superflua la risoluzione della questione della natura dell'autorità indipendente a tutela della concorrenza rispetto alla potestà in materia cautelare, attribuendola *tout court*, quand'anche all'AGCM fosse stata riconosciuta una natura strettamente amministrativa, avrebbe pur sempre trovato applicazione il richiamato art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990.

(40) In materia v. ampiamente P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Rivista delle società*, 2006, n. 4, pp. 710 ss., nonché da ultimo P. CASSINIS, *I nuovi poteri*, cit., pp. 727 ss.

(41) Per alcune considerazioni in relazione a tale rilevanza nell'ambito del nuovo assetto costituzionale nazionale, sia permesso rinviare a L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 2, pp. 377 ss. V. altresì M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, n. 2, pp. 1429 ss.

zione corrispondente a quella dell'art. 5 del Reg. n. 1/2003. Proprio a tale mancanza ha, infine, sopperito il legislatore nazionale con il decreto Bersani.

3.3. *Il nuovo art. 14-bis della legge n. 287/1990 tra questioni procedurali, prime applicazioni pratiche e autonomi sforzi definitivi dell'AGCM.*

Secondo le disposizioni di cui all'art. 14 del d.l. n. 223/2006, nella legge n. 287/1990 è stato ora inserito l'art. 14-bis in materia di misure cautelari, il cui testo merita qui riportare integralmente:

«[1] Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari.

[2] Le decisioni adottate ai sensi del comma 1 non possono essere in ogni caso rinnovate o prorogate.

[3] L'Autorità, quando le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari, può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato».

Tenuto conto delle riflessioni sommate in precedenza a proposito del ruolo di garante del c.d. *public enforcement* della normativa antitrust riconosciuto all'AGCM, la specificazione contenuta nell'art. 14-bis che il presupposto del *periculum in mora* debba attenersi a un danno «*per la concorrenza*» non solo non stupisce, ma suona come una conferma dell'impostazione espressa dal TAR Lazio nelle motivazioni della sentenza relativa al caso Merck (*supra*, sez. 3.2).

Salva tale premessa generale, sin da una prima lettura della disposizione emerge la similarità con quanto disposto nella parte generale dell'art. 8 del Reg. n. 1/2003. Il legislatore nazionale — in sede di conversione del decreto — al comma 2 si è tuttavia significativamente differenziato dal modello comunitario nell'escludere per l'AGCM la possibilità di un rinnovo o una proroga delle misure cautelari, con un conseguente maggior rilievo da attribuirsi al giudicato cautelare(42). Questione assai delicata, a

---

(42) Secondo una prima considerazione della disposizione «*sembra che la modifica sia stata introdotta con l'intento di evitare abusi nell'utilizzo dello strumento cautelare*» (così ASSONIME, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, circolare n. 43 del 19 ottobre 2006, p. 5. Cfr. <http://>

questo punto, è se il divieto di rinnovo/proroga precluda anche la possibilità di modificare nel corso del procedimento antitrust le misure cautelari disposte al suo avvio. Al proposito, è già emersa in dottrina un'interpretazione volta a escludere che il potere cautelare «*sia soggetto ad esaurimento fin tanto che non venga adottato il provvedimento finale*», considerata anche la possibilità che le modifiche derivino da una decisione di accettazione di impegni proposte dalle parti ai sensi del nuovo art. 14-ter della legge antitrust (43). Si tratta di una posizione che si ritiene senz'altro condivisibile, tanto più tenendo conto della natura dinamica propria del procedimento antitrust, per cui l'AGCM potrebbe ben trovarsi nella necessità di modificare misure cautelari già adottate in ragione di una variazione del quadro istruttorio originariamente tracciato (ad esempio a causa degli esiti di accertamenti ispettivi svolti nella fase iniziale del procedimento, con conseguenti estensioni di questo in senso oggettivo e/o soggettivo).

Proseguendo nella considerazione della novella, è importante sottolineare il riferimento alla competenza «*d'ufficio*» che viene attribuita all'Autorità, dal momento che tale indicazione — nell'allineare una volta di più le modalità operative del garante nazionale della concorrenza a quelle della Commissione — presenta significative ricadute pratiche, in primo luogo negando rilievo alle istanze di parte in materia di misure cautelari. Posto che la richiesta di adottare simili misure potrebbe anche diventare una clausola di stile nelle segnalazioni in materia di violazioni al diritto antitrust, la statuizione del legislatore pare risolversi in un opportuno scioglimento dell'AGCM dall'onere debordante di dare dettagliatamente seguito a ciascuna di queste richieste. Del resto, va preso atto che la soluzione dell'intervento d'ufficio lascia impregiudicata la possibilità, per i segnalanti di infrazioni antitrust con

---

[www2.assonime.it:81/assonime/homepage.nsf?Open](http://www2.assonime.it:81/assonime/homepage.nsf?Open)). Un altro commentatore ha ritenuto che l'impossibilità di rinnovare/prorogare la misura cautelare «*inciderà, probabilmente, sulla durata iniziale della misura stessa, estendendola per tutta la durata dell'istruttoria*» (P. CASSINIS, *I nuovi poteri*, cit., pp. 722). Al riguardo, per quanto ciò sarà presumibilmente il caso più comune, si ritiene peraltro che non si possano comunque escludere casi particolari di durata anche inferiore, dipendenti tanto dalla fattispecie oggetto di istruttoria che dalla natura delle misure disposte.

(43) G. OLIVIERI, *I poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, relazione al convegno *Promozione e tutela della concorrenza: le novità del «pacchetto Bersani*, tenutosi a Roma il 30 ottobre 2006 (mimeo, pp. 17/18).

contestuale richiesta di misure cautelari, di fornire quanti più elementi possibili a supporto dell'opportunità di adottare tali misure, ed è evidente che quanto più accurate saranno le allegazioni — anche tenuto conto della peculiare quantificabilità del *periculum* per violazioni antitrust (*supra*, sez. 1.1) — tanto più semplice sarà per l'Autorità convincersi di dover intervenire. Per altro verso, viene così ribadita con opportuna attenzione all'efficienza dell'azione amministrativa il principio di pubblicità dell'intervento antitrust proprio del garante nazionale.

Ancora, come già si accennava in apertura l'importanza della novella sta non solo nel riconoscimento espresso nell'ambito dell'ordinamento nazionale di poteri cautelari esercitabili dall'AGCM, ma anche nell'insieme di misure disposte a supporto di tali poteri, consistenti nella possibile applicazione ai sensi del comma 3 di sanzioni pecuniarie in caso di mancato rispetto delle misure, sanzioni di tutto rispetto (fino al 3% del fatturato dell'impresa parte del procedimento), per quanto inferiori a quelle previste per le violazioni sostanziali degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990, stabilite come noto entro un massimo del 10% del medesimo fatturato. La soglia del 3%, in ogni caso, risulta molto più contenuta di quella prevista dall'art. 23, para. 2, lett. *b*), del Reg. n. 1/2003, dove il già ricordato limite massimo del 10% del fatturato — perfettamente coincidente con quello previsto per le infrazioni sostanziali agli artt. 81 e 82 TCE — appare francamente sproporzionato (44).

Se dunque, nel complesso, la nuova disposizione si mostra equilibrata e senz'altro condivisibile per la maggior effettività che riconosce all'intervento antitrust a livello nazionale, alcuni aspetti applicativi paiono ancora bisognosi di ulteriori interventi definitivi. Premesso che, giusta l'inserimento sistematico del nuovo art. 14-*bis* nel Capo II della legge n. 287/1990, le misure cautelari sono adottabili esclusivamente in casi di intese e abusi (per cui, in materia di concentrazioni, si dovrà continuare a fare riferimento al più a quanto disposto dall'art. 17 della stessa legge, che

---

(44) Sotto il profilo pratico, non va poi dimenticata la necessità di raccordare i criteri di quantificazione della sanzione per mancato rispetto di misure cautelari imposte dalla Commissione a quelli da ultimo previsti per la determinazione delle ammende per infrazioni sostanziali (*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a, del regolamento CE n. 1/2003*, in *G.U.C.E.* 1 settembre 2006, n. C-210, pp. 2 ss.).



prevede la possibilità per l'AGCM di sospendere temporaneamente l'operazione), la novella non ha infatti preso in nessuna considerazione gli aspetti procedurali per un ambito applicativo tanto significativo. Nel silenzio della normativa rilevante, ovvero l'immodificato D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 recante norme in materia di procedure istruttorie dell'Autorità, manca così uno schema operativo espresso per l'adozione delle misure cautelari, con la conseguenza che, allo stato, occorre rifarsi alla prassi e, da ultimo, alla recentissima comunicazione adottata della stessa AGCM per «fornire alcune prime indicazioni in merito all'applicazione dell'articolo 14-bis»(45).

Con riferimento ai casi pratici sin qui verificatisi, si rileva come nel caso Merck — la cui base normativa, va ben ricordato, era ancora il Reg. n. 1/2003 in mancanza di apposite previsioni della legge antitrust nazionale — si sia assistito all'inserimento di un procedimento apposito (con relativo provvedimento conclusivo, previa esperimento di accesso agli atti, audizione e depositi documentali della parte interessata) nel procedimento principale *ex art.* 82 TCE. Le prime applicazioni pratiche dell'art. 14-*bis* hanno dimostrato, dal canto loro, la ferma intenzione dell'AGCM di intervenire nella maniera più immediata e diretta, con una specifica preoccupazione per i profili di assoluta indifferibilità che potrebbero emergere in casi particolari (come poi in effetti considerato nella comunicazione sopra richiamata), ma sempre mantenendo il riconoscimento di un contraddittorio al riguardo.

Nel caso I675, avviato il 14 settembre 2006 in relazione a una circolare diramata ai suoi associati dall'ABI-Associazione Bancaria Italiana in materia di modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali nei contratti bancari e creditizi(46), a differenza che nel precedente caso Merck l'AGCM ha disposto una misura cautelare — nello specifico, la sospensione delle indicazioni di cui alla circolare ABI — direttamente con il provvedimento di avvio del procedimento nel merito. La questione (a cui il provvedimento di avvio dedica i §§ 26 e 27), è stata risolta senza aver pre-

---

(45) V. provv. n. 16218 del 14 dicembre 2006, *Applicazione dell'articolo 14-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Bollettino* n. 48/2006.

(46) Provv. n. 15908 del 14 settembre 2006, *I675 - Abi/Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, in *Bollettino* n. 35-36/2006.

viamente audito la parte (47), dunque all'apparenza interpretando l'art. 14-*bis* sulla falsariga di quanto indicato dall'art. 7 della legge n. 241/1990, che è disposizione particolarmente attenta alle esigenze di celerità del procedimento. Per altro verso, il provvedimento si apre con il riferimento sia alla legge n. 287/1990 «*e in particolare l'art. 14-bis*», che al Reg. n. 1/2003, posto che la base normativa per l'intervento è l'art. 81 TCE, in quanto la decisione di associazione di imprese in questione sarebbe suscettibile di pregiudicare il commercio tra Stati membri. L'intersecarsi della normativa comunitaria e nazionale in materia di misure cautelari in un unico provvedimento induce a ritenere che l'AGCM abbia riconosciuto nell'art. 14-*bis* il nuovo riferimento obbligato a qualsiasi proprio intervento cautelare, con la conseguenza che, se da un lato la novella ha sostanzialmente ovviato all'asimmetria sopra citata rispetto al diritto comunitario, dall'altro è intervenuta a supporto dello stesso nei casi di applicazione decentrata.

Anche nel provvedimento di avvio del procedimento I678, datato 27 settembre 2006 — relativo al supposto diniego, concordato tra alcuni distributori grossisti di prodotti farmaceutici, alla vendita a parafarmacie di farmaci da banco senza obbligo di prescrizione — è stata disposta l'applicazione di misure cautelari ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge n. 287/1990. In particolare, le misure sono corrisposte alla richiesta di una immediata cessazione delle condotte di rifiuto di fornitura (48). In questo caso, tuttavia, il diritto sostanziale preso a riferimento non è stato l'art. 81 TCE, con tutte le conseguenti questioni di intersezioni di piani normativi appena accennate, bensì l'art. 2 della legge antitrust nazionale. Salva tale differenza, la linea operativa improntata all'immediato intervento *inaudita altera parte* stabilita dall'AGCM nel caso I675 è stata confermata anche nel nuovo procedimento, con il già noto corollario di valutazioni di stampo esclusivamente pubblicistico (si veda in particolare il § 26 del provvedimento di avvio, dove l'attenzione si concentra sull'alterazione significativa

---

(47) Del resto, si ricorda come anche nell'ambito della tutela cautelare antitrust *ex art. 33* della legge n. 287/1990 sia stata da tempo affermata la piena ammissibilità di pronunce *inaudita altera parte* (cfr. L. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari*, cit., p. 575, che a sua volta rinvia a R. ALESSI, *L. 287 del 1990: tutela cautelare inibitoria, mercato rilevante e altri problemi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1992, n. 5-6, p. 290).

(48) Cfr. provv. n. 15938 del 27 settembre 2006, *I678 - Distribuzione di farmaci senza obbligo di ricetta alle parafarmacie*, in *Bollettino* n. 37/2006.

che il rifiuto di fornitura avrebbe comportato alle *dinamiche competitive* del mercato).

La precitata comunicazione, adottata alla fine del 2006, distingue in effetti tra due diverse opzioni procedurali che l'AGCM assume applicabili all'art. 14-*bis*, sempre comunque sottolineando la natura di procedimento autonomo dell'intervento di adozione di misure cautelari. In un primo caso, infatti, «*l'Autorità, qualora ritenga prima facie sussistenti i presupposti per l'adozione di misure cautelari, avvia il procedimento, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, ed indica alle parti un termine, non inferiore a sette giorni, entro il quale esse possono presentare memorie scritte e documenti*». Alle parti è anche riconosciuta la facoltà di essere sentite dinanzi al Collegio, dietro apposita richiesta. Una volta valutati gli elementi acquisiti, l'Autorità delibera in merito alle misure cautelari e, qualora queste vengano effettivamente disposte, impone alle parti di inviare «*un'informativa circa le iniziative adottate per conformarsi alla delibera*», evidentemente entro un determinato termine perentorio.

Nella diversa ipotesi in cui, invece, si versi in un caso di «*estrema gravità e urgenza, tale da rendere indifferibile l'intervento, l'Autorità adotta, anche contestualmente all'avvio dell'istruttoria, misure cautelari provvisorie*», proprio come è già stato fatto nei sopra richiamati casi I675 e I678. Entro sette giorni dalla notifica del provvedimento da cui è disposta (anche) l'adozione delle misure cautelari, le parti interessate «*possono presentare memorie scritte e chiedere di essere sentite dinanzi al Collegio*». Pure in questo caso, ove l'AGCM confermi con apposito provvedimento le misure disposte, viene stabilito per le parti l'obbligatorio invio di un'informativa sui relativi adempimenti posti in essere.

Come si diceva, nella vacanza di apposite disposizioni procedurali l'Autorità si è fatta carico con la sua comunicazione di fornire indicazioni alle imprese e ai soggetti interessati circa le modalità di svolgimento dei relativi procedimenti, operando una specifica distinzione tra casi gravi ed estremamente gravi, illuminata comunque dal principio del contraddittorio. Ciò detto, la novità e portata dello strumento delle misure cautelari infine messo a disposizione dell'Autorità dal legislatore, anche in ragione della stringatezza del testo in discorso, inducono senz'altro a rinviare alla prassi concreta di prossimo sviluppo per una migliore comprensione e definizione dell'istituto.

STEFANO BERTOZZI(\*)

## MIGRAZIONE LEGALE: C'È VERAMENTE BISOGNO DI PIÙ EUROPA?

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nuova impostazione in materia di immigrazione. — 3. Processo decisionale: un freno per la politica della migrazione legale. — 4. L'*acquis* comunitario. — 5. La prima proposta di Direttiva sulla migrazione economica: procedure di ammissione e di soggiorno comuni. — 6. La scelta del Libro Verde. — 7. Il Piano d'azione sull'immigrazione legale. — 8. Il problema statistico. — 9. «Competitività» europea nel campo dell'immigrazione legale per motivi di lavoro. — 10. La sfida dell'integrazione. — 11. Osservazioni conclusive.

### 1. *Introduzione.*

Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, ha rappresentato un ulteriore progresso verso il rafforzamento della tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, consolidando così la cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni(1), iniziata con il Trattato di Maastricht(2). Grazie alle disposizioni contenute nel Trattato di Amsterdam, gran parte delle iniziative di cooperazione nei settori di giustizia, libertà e sicurezza sono ormai soggette alle norme comunitarie, fra cui la

---

(\*) È membro del Gabinetto del Vice Presidente della Commissione Europea Franco Frattini. Le idee ed analisi contenute in quest'articolo impegnano solamente l'autore e non rappresentano necessariamente i punti di vista e/o le idee della Commissione europea.

(1) La direzione generale «giustizia e affari interni» ha cambiato la sua denominazione in «giustizia, libertà e sicurezza» il 22 novembre 2004.

(2) Il Trattato di Maastricht (noto come Trattato sull'Unione europea), firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, comportò la creazione dell'Unione europea, l'ampliamento delle competenze dell'azione comunitaria, il cambio di denominazione da «Comunità economica europea» a «Comunità europea» e nuove forme di cooperazione nei settori concernenti la politica estera e di sicurezza e la giustizia e gli affari interni — il cosiddetto secondo e terzo pilastro dell'Unione europea, con la Comunità che ne rappresenta il primo.

politica dei visti, le condizioni di rilascio agli immigranti dei permessi di soggiorno, le procedure di asilo e anche le norme della cooperazione giudiziaria in materia civile. Per completezza, è opportuno rilevare che il Trattato di Amsterdam, oltre a stabilire per la prima volta la competenza della Comunità in materia di asilo ed immigrazione, ha rafforzato ciascuno dei tre grandi «pilastri» sui quali l'Unione europea poggia la sua azione: le Comunità europee (primo pilastro), la politica estera e di sicurezza comune (secondo pilastro) e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro). Questa struttura a tre pilastri, nonostante i limiti, ha permesso all'Unione europea di raggiungere i propri obiettivi in maniera progressiva e di mantenere dinamica la sua azione. Il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa(3) prevede la fusione di questi tre pilastri esistenti, pur mantenendo delle procedure particolari per la politica estera e di sicurezza comune, e per la politica di difesa.

Questo articolo ripercorre le fasi principali dell'azione comunitaria nel campo della migrazione legale a fini economici, partendo dal mandato politico assegnato alla Commissione europea dal Consiglio europeo di Tampere(4) che ha delineato i contorni politici in materia di asilo e immigrazione. In particolare, per quanto attiene alla gestione dei flussi migratori, nelle sue conclusioni, il Consiglio europeo *«sottolinea la necessità di una gestione più efficace dei flussi migratori in tutte le fasi. Esso chiede che siano sviluppate, in stretta cooperazione con i paesi di origine e transito, campagne di informazione sulle effettive possibilità di immigrazione legale e che siano adottate misure per prevenire qualsiasi forma di tratta di esseri umani. Dovrebbe essere ulteriormente sviluppata un'attiva politica comune in materia di visti e documenti*

---

(3) Il Trattato costituzionale è stato firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai Capi di Stato e di Governo. Dopo il voto negativo dei referendum in Francia (29 maggio 2005 con 54.87% di voti contrari) e nei Paesi Bassi (1° giugno 2005 con 63% di voti contrari), l'iniziale agenda delle ratifiche ha subito una battuta d'arresto.

(4) Il Consiglio europeo di Tampere, che si svolse il 15 e 16 ottobre 1999, decise la costituzione nell'Unione Europea di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia e di un programma di lavoro che si rifaceva anche al piano d'azione approvato dal Consiglio di Vienna nel 1998. Questo programma era reso operativo da un Quadro di Controllo per l'esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di «libertà, sicurezza e giustizia» nell'Unione Europea - COM (2000) 167. Il programma di Tampere prevedeva lo sviluppo di una politica migratoria comune basata su quattro punti: un sistema europeo di asilo, una politica di migrazione legale e di integrazione per i cittadini dei paesi terzi, la lotta contro l'immigrazione illegale e la cooperazione con i paesi di origine e di transito.

*falsi, che preveda anche una più stretta cooperazione fra i consolati dell'UE nei paesi terzi e, se necessario, la creazione di servizi comuni dell'UE preposti al rilascio dei visti*». È utile ricordare che l'articolo 63 (3) (*ex* articolo 73 K (3))(5) del Trattato che istituisce la Comunità Europea rappresenta la base giuridica nel campo della politica dell'immigrazione legale.

Pertanto, secondo quanto deciso al Vertice di Tampere (6), lo sviluppo di una politica di immigrazione comune dovrà articolarsi su quattro linee guida: 1) una gestione più efficace dei flussi migratori; 2) il trattamento equo per i cittadini di paesi terzi garantendo loro diritti e doveri comparabili a quelli dei cittadini dello Stato membro in cui essi risiedono; 3) il partenariato con i paesi di origine allo scopo di promuovere lo sviluppo comune (7); 4) lo sviluppo di un regime europeo in materia di asilo, che, peraltro, non verrà trattato in questo articolo (8).

Il Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004 ha approvato il programma dell'Aia (9), continuazione «logica» del programma

---

(5) Per un approfondimento sull'art. 63, TIZZANO, A. «*Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*», Milano, 2004, pp. 443-450. Articolo 63 (*ex* articolo 73 K) paragrafi 3 e 4 «*Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 67, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta misure in materia di asilo, a norma della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e degli altri trattati pertinenti, nei seguenti settori:*

3) *misure in materia di politica dell'immigrazione nei seguenti settori:*

a) *condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare,*

b) *immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare;*

4) *misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri.*

*Le misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali. Alle misure da adottare a norma del punto 2, lettera b), del punto 3, lettera a), e del punto 4 non si applica il suddetto periodo di cinque anni».*

(6) Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza.

(7) Per approfondimenti, si veda Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo relativa alle priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court, COM (2005) 621 definitivo, 30 novembre 2005 e COM/2006/735 definitivo, 30 novembre 2006.

(8) Per approfondimenti, BERTOZZI S., in collaborazione con PASTORE, F. «*Towards a Common European Asylum Policy*», European Policy Centre, Issue Paper No.49, October 2006.

(9) Il programma dell'Aia è stato approvato dal Consiglio Europeo del 4 e 5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, Allegato I. Consiglio «Programma dell'Aia:

di lavoro deciso a Tampere, che ha gettato le fondamenta di una politica comune in materia di migrazione e asilo. Questo nuovo mandato politico ha introdotto nuovi obiettivi e priorità ed ha aperto un nuovo capitolo di programmazione pluriennale che si concluderà nel 2009. Una scelta politica forte che ha inserito fra le maggiori priorità degli Stati membri dell'Unione europea lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia poiché risponde «*a una preoccupazione cruciale dei popoli degli Stati riuniti nell'Unione [...]. I cittadini dell'Europa si aspettano legittimamente che l'Unione europea, pur garantendo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, assuma un approccio comune più efficace di fronte a problemi transfrontalieri come la migrazione clandestina, la tratta di esseri umani, il terrorismo e la criminalità organizzata nonché la prevenzione di questi fenomeni*». Questo programma prevede inoltre una valutazione intermedia che dovrà fare il punto sullo stato di avanzamento dei risultati conseguiti e sull'opportunità di introdurre modifiche o adeguamenti al programma.

## 2. *La nuova impostazione in materia di immigrazione.*

Sulla base di uno studio compiuto dai servizi della Commissione nel giugno 2000, è stata lanciata il 22 novembre 2000 una comunicazione riguardante la politica comunitaria in materia di immigrazione (10). Questo documento propone una nuova impostazione nel campo dell'immigrazione i cui elementi salienti erano la cooperazione con i paesi di origine e transito degli immigrati, la regolazione dei flussi migratori e la definizione di un quadro giuridico comune per l'ammissione dei cittadini di paesi terzi al fine di riconoscere a queste persone, legalmente residenti nel territorio degli Stati membri analoghi diritti e doveri. In altre parole, questo strumento avvicinava lo *status* giuridico dei cittadini dei paesi terzi a quello dei cittadini dei paesi membri. In questa comunicazione si prevede anche un insieme di proposte per combattere la discriminazione e la formulazione di altri strumenti giuridici, partendo dall'analisi del contesto economico e demografico

---

rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea», *G.U.C.E.* C-53/1, 3 marzo 2005.

(10) Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, COM (2000) 757 definitivo, 22 novembre 2000.

dell'Unione Europea. Nell'introduzione, vi è un chiaro riferimento ai «canali di immigrazione legale» nonostante si ricordi che i pareri negli Stati membri siano molto divergenti tra loro. Questa comunicazione chiarisce i motivi che hanno spinto la Commissione a proporre una nuova impostazione, concordata a Tampere, in materia di immigrazione. La comunicazione del 2000 evidenzia inoltre lo stretto legame fra dinamica migratoria e l'integrazione dei cittadini dei paesi terzi nel tessuto sociale europeo che presuppone un equo trattamento e «la promozione della diversità». In tale contesto, è opportuno inoltre ricordare la Direttiva 2000/43/CE che sancisce, in termini inequivocabili, il principio di parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla loro razza e dalle loro origini etniche. In base a questo strumento giuridico, non deve esistere nessuna forma di discriminazione nell'applicazione delle relative condizioni lavorative. Questo principio si applica anche per l'istruzione, la protezione ed assistenza sociale e l'accesso a beni e servizi, tra cui l'alloggio, che rimane un principio cardine da garantire in tutto il territorio dell'Unione (11). Il divieto alla discriminazione è altresì contenuto nell'articolo 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (12) e nell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (13). Per quanto riguarda la parità di trattamento in materia

---

(11) L'articolo 3 della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno del 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, *G.U.C.E.* L 180/22 (19 luglio 2000). I termini di recepimento sono scaduti il 19 luglio 2003. Al 31 ottobre 2006, solo Cipro non ha trasposto tale direttiva nel suo ordinamento giuridico nazionale.

(12) La Convenzione è stata firmata il 4 novembre 1950 a Roma ed è giuridicamente vincolante per tutti i 46 Stati europei membri del Consiglio d'Europa, con la sola eccezione della Bielorussia.

(13) Nel giugno 1999, il Consiglio Europeo riunito a Colonia istituì la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Il Consiglio Europeo di Nizza del 7-9 dicembre 2000 ha solennemente proclamato questo testo che, ad oggi, non è ancora giuridicamente vincolante, *G.U.C.E.* C-364/1 del 18 dicembre 2000. In tale contesto, è utile ricordare che dal 1969 (Cfr. *STAUDER*, causa 29/69, sentenza 12 novembre 1969) la Corte Europea di Lussemburgo si è riservata il compito di verificare il rispetto dei diritti fondamentali nelle situazioni in cui rileva una disciplina comunitaria e non esclusivamente quella interna. Secondo l'art 234 TCE la Corte è competente per l'interpretazione degli articoli del Trattato, così come per gli atti comunitari e gli atti ed i comportamenti nazionali di attuazione del diritto comunitario. Il Trattato di Maastricht sancendo nel nuovo art. 6, par. 1 che l'Unione Europea «si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri», codifica la competenza della Corte ad esaminare la compatibilità degli atti comunitari con il rispetto dei diritti fondamentali.



di occupazione e di condizioni di lavoro, la direttiva 2000/78/CE definisce un quadro generale di riferimento, fissando dei requisiti minimi, per eliminare le ineguaglianze e discriminazioni che spesso si producono sul posto di lavoro, in particolare per le donne (14). Gli Stati membri sono ovviamente liberi di introdurre dispositivi o regole più favorevoli di quelle previste da questa direttiva. Il campo di applicazione abbraccia sia il settore pubblico sia il settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico. Questo strumento ha come scopo la lotta contro le discriminazioni basate sull'età, sulle convinzioni personali o religiose o le tendenze sessuali (15). La direttiva indica anche delle misure specifiche, definite « *misure ragionevoli* », che devono essere prese per facilitare l'ingresso per i portatori di handicap come per esempio l'adattamento dei locali o attrezzature. Perché la lotta contro le discriminazioni sia efficace, viene inoltre previsto un dispositivo per un'adeguata protezione giuridica per la difesa del principio della parità di trattamento (16).

### 3. *Processo decisionale: un freno per la politica della migrazione legale.*

Con il Trattato di Amsterdam, come noto, è stato inserito nel Trattato CE un Titolo relativo ai visti, all'asilo, l'immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. L'adozione di queste norme si inserisce nel più generale obiettivo perseguito dalle parti contraenti, « *di agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli, con l'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (17) ».

L'articolo 73 K del Trattato CE (successivamente divenuto articolo 63 CE) regola poteri e forme dell'azione della Comunità in materia di politica dell'immigrazione, istituendo un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di

---

(14) Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *G.U.C.E.*, L-303 del 2 dicembre 2000.

(15) L'articolo 3 dispone che « *Gli Stati membri possono prevedere che la presente direttiva, nella misura in cui attiene le discriminazioni fondate sull'handicap o sull'età, non si applichi alle forze armate* ».

(16) Articolo 11.

(17) Si veda nuovo punto 10 del preambolo al Trattato sull'Unione Europea.

Amsterdam nel quale il Consiglio delibera all'unanimità e previa consultazione semplice del Parlamento europeo. Tale periodo di cinque anni, tuttavia, non si applica alle «condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare» (art. 63, punto 3, lettera *a*) nonché alle «*misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri*» (art. 63, punto 4).

Al punto 2.1 del Programma dell'Aia, si fa riferimento al suo mandato politico e, più precisamente, alla richiesta del Parlamento Europeo per «migliorare» il processo decisionale nei settori di competenza del Titolo IV del Trattato di Amsterdam. Il Programma dell'Aia indica che «*Nel quadro di quest'ultimo si è tenuto conto della comunicazione 2 giugno 2004 della Commissione, relativa alla valutazione del programma di Tampere, nonché della raccomandazione adottata dal Parlamento europeo il 14 ottobre 2004, in particolare al fine di introdurre nei settori di competenza del titolo IV del Trattato CE la procedura di cui all'articolo 251 TCE (procedura di codecisione)*».

Grazie all'impulso politico impresso dal Consiglio europeo il 22 dicembre 2004, il Consiglio è stato in grado di adottare una decisione per applicare, dal 1° gennaio 2005, la *codecisione e la votazione a maggioranza qualificata* a tutte le misure che rientrano nel titolo IV, *escluse quelle relative all'immigrazione legale*. Si tratta del primo successo conseguito dal programma dell'Aia. Non solo il ruolo più incisivo del Parlamento europeo accresce la legittimità democratica, ma la soppressione della votazione all'unanimità può accelerare il ritmo dei lavori.

Il 28 giugno 2006 la Commissione ha adottato un pacchetto di comunicazioni di carattere orizzontale relative al funzionamento dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in vista del lavoro da svolgere nella seconda metà dell'anno sotto la Presidenza a guida finlandese del Consiglio UE. Tra questi documenti, in particolare, si segnala la Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo dal titolo «Attuazione del programma dell'Aia: prospettive per il futuro (18)», la quale ha approfondito

---

(18) Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento sull'attua-

tra l'altro talune tematiche di primaria importanza per migliorare il processo decisionale in materia di libertà, sicurezza e giustizia. Per quanto riguarda, la materia dell'immigrazione legale, la Commissione ha considerato che la regola dell'unanimità non favorisce la rapida presa di decisioni. È stato al riguardo portato l'esempio delle discussioni sulla proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2001 sull'ingresso e sul soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro, che non hanno dato risultati proprio a causa del sistema dell'unanimità (19). La Commissione ha, di conseguenza, proposto l'attivazione della clausola «passerella» prevista dall'articolo 67, paragrafo 2, secondo trattino, del Trattato CE, la quale consente al Consiglio, che delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, di decidere che l'*immigrazione legale* sia assoggettata alla *procedura di codecisione*, garantendo in tal modo un adeguato controllo democratico da parte del Parlamento europeo. La discussione su questo tema è ora in corso e una valutazione sulle possibilità reali di attivare questa clausola non è al momento possibile.

#### 4. *L'acquis comunitario* (20).

##### a) *Il ricongiungimento familiare*.

Il Consiglio europeo di Tampere aveva sottolineato come una politica di integrazione efficace debba proporsi di offrire ai cittadini di paesi terzi diritti e doveri comparabili a quelli dei cittadini dell'Unione (21). Per raggiungere tale obiettivo è emersa la necessità di una maggior convergenza delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e di soggiorno dei cittadini

---

zione del programma dell'Aia: prospettive per il futuro, COM (2006) 331 definitivo, 28 giugno 2006, pagine 12-14.

(19) La Commissione ha recentemente rilanciato il tema con un Libro verde e un conseguente piano d'azione nel dicembre 2005, ma allo stato attuale è difficile prevedere a cosa porterà il dibattito se continua ad applicarsi la regola dell'unanimità.

(20) È utile ricordare che Irlanda e Regno Unito hanno la facoltà dell'*opting in / opting out* su questi strumenti comunitari. L'Irlanda ha deciso di recepire la direttiva relativa ad una procedura specificatamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica. — *G.U.C.E.* L-289/15. L'Irlanda ed il Regno Unito hanno notificato il desiderio di partecipare all'applicazione del regolamento che istituisce un meccanismo d'informazione reciproca nel campo della migrazione e dell'asilo. La Danimarca, invece, non partecipa alle politiche del Titolo IV del Trattato CE.

(21) Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, Punto 18.

dei paesi terzi, garantendo a coloro che risiedono legalmente in uno Stato membro un trattamento equo e paritario. L'accordo raggiunto nel febbraio 2003 dal Consiglio sulla direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare rappresenta uno dei più significativi traguardi in questa direzione. La direttiva (22), in vigore dal Dicembre 2003, introduce norme comuni in materia di diritto al ricongiungimento familiare e consente ai cittadini di paesi terzi, titolari di un permesso di soggiorno da almeno un anno in uno Stato membro, di richiedere il ricongiungimento familiare. Viene pertanto sancito a livello europeo il principio di tutela dell'unità familiare e l'integrazione di cittadini di paesi terzi, un diritto già da tempo riconosciuto in diversi strumenti giuridici internazionali — quali la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (23), la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché la Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti dell'infanzia (1989) (24) — ma che veniva spesso penalizzato dalla molteplicità di interpretazioni nei sistemi giuridici nazionali (25). Nonostante il suo indubbio valore, la direttiva ha risentito molto dei compromessi che la Commissione è stata costretta ad accettare per evitare che la sua proposta fosse

---

(22) Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *G.U.C.E. L-251* (3 ottobre 2003). La direttiva è stata approvata il 3 ottobre 2003 e il 3 ottobre 2005 sono scaduti i termini di recepimento per le disposizioni legislative, regolamentare ed amministrative nazionali necessarie per conformarsi alla Direttiva. Al 25 ottobre 2006, 18 Stati membri hanno interamente o parzialmente notificato alla Commissione le rispettive misure di recepimento: Austria, Belgio, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Poiché tali misure sono, al momento, al vaglio della Commissione, non è ancora possibile dire se la direttiva sia stata o meno interamente e correttamente recepita da questi Stati membri. Per i paesi che non hanno ancora avviato la procedura di recepimento della direttiva, la Commissione europea si riserva di prendere le opportune misure procedurali in conformità dei poteri di cui dispone ai sensi dell'articolo 226 del Trattato CE (*ex* articolo 169).

(23) Articolo 6 (3) recita che «*La famiglia è l'elemento naturale e fondamentale della società e ha diritto alla protezione della società e dello stato*». La Dichiarazione universale è stata dall'Assemblea della Nazione Unite il 10 dicembre 1948.

(24) Nel Preambolo la Convenzione, firmata il 20 Novembre 1989, si dichiara che «*Convinti che la famiglia, unità fondamentale della società e ambiente naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri e in particolare dei fanciulli, deve ricevere la protezione e l'assistenza di cui necessita per poter svolgere integralmente il suo ruolo nella collettività*».

(25) La Corte di giustizia, in numerose sentenze, ha avuto un ruolo fondamentale nell'ovviare ai limiti del legislatore europeo definendo progressivamente i diritti in materia di ricongiungimento familiare di cittadini provenienti da paesi terzi. Per un'analisi completa del quadro giuridico e della giurisprudenza in materia, si veda JOSE MANUEL CORTES MARTIN, «*Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne: un droit à géométrie variable*», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2005, pp. 721-760.

respinta nonché del fatto che gli interessi e le prerogative nazionali continuano comunque a rimanere pressoché immutati in materia di migrazione legale (26). Una delle sue maggiori debolezze, a mio avviso, è dato senza dubbio dall'aver limitato il ricongiungimento al coniuge e ai figli minori a carico (27). Per gli altri membri della famiglia (28), invece, gli Stati membri mantengono la discrezionalità di accordare loro il soggiorno (29). L'effettivo esercizio del diritto al ricongiungimento dei membri della famiglia dell'immigrato è inoltre subordinato — sebbene queste disposizioni siano facoltative — a condizioni talvolta insormontabili relative alle risorse ed alle norme in materia di alloggio, assicurazione medica (30) e all'attesa, fino a tre anni, imposta al familiare dell'immigrato tra la presentazione della domanda di ricongiungimento ed il rilascio del permesso di soggiorno (31). Vengono inoltre esclusi dal campo di applicazione della direttiva anche le persone che beneficiano, in uno Stato membro, dello statuto di protezione temporanea o dello stato di protezione sussidiaria (32). Per tali ragioni molti studiosi hanno evidenziato la contraddizione che si è venuta a creare tra l'impegno politico di conferire agli immigrati un trattamento equo e comparabile a quello dei cittadini comunitari, sancito da Tampere, e l'effettiva discriminazione esistente (33).

Dall'altro canto, occorre considerare che la direttiva tiene conto delle sensibilità espresse dagli Stati membri, i quali si sono fatti portatori di talune preoccupazioni legittime connesse all'applicazione concreta della direttiva. Al riguardo, va ricordato altresì che, da ultimo, la Corte di giustizia ha respinto integral-

---

(26) In materia di migrazione legale le decisioni del Consiglio sono prese all'unanimità. Titolo IV, Art. 63 (2) TCE. Per un'analisi più approfondita, si veda G. BRINKMAN (2001) «*Family Riunification, Third-Country Nationals and Community's New Powers*», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.) *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, pp. 241-266.

(27) Articolo 4 (1).

(28) Partners non sposati che possono provare una relazione durevole, i figli del richiedente o del suo coniuge avuti con altro genitore che abbia dato il suo consenso (in caso di custodia congiunta), i genitori a carico, i figli maggiorenni non sposati e fisicamente o mentalmente disabili.

(29) Articolo 4 (2) e Articolo 4 (3).

(30) Articolo 7.

(31) Articolo 8.

(32) Articolo 3 (2).

(33) Vedi in particolare JOSE MANUEL CORTES MARTIN, «*Immigration et regroupement familial dans l'Union Européenne: un droit à géométrie variable*», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, No. 4, 2005, pp. 721-760 (75).

mente (sentenza del 27 giugno 2006, in causa C-540/03) il ricorso presentato dal Parlamento europeo, secondo il quale la direttiva non sarebbe stata conforme agli obblighi di protezione dei diritti fondamentali, in particolare al diritto al rispetto della vita familiare e all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del minore.

In tale contesto, vorrei brevemente ricordare la direttiva 2004/38/CE sul diritto di circolare e di soggiornare liberamente nell'Unione europea, approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio nell'aprile 2004 (34). Questo strumento, che *in primis* favorisce la libera circolazione dei cittadini comunitari, indirettamente beneficia anche i cittadini di paesi terzi laddove essi siano sposati con un cittadino comunitario garantendo loro il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità. La direttiva inoltre estende il diritto al ricongiungimento familiare riconoscendo tale diritto anche al partner di un cittadino comunitario laddove applicabile secondo la legislazione nazionale (35).

b) *Residenti di lungo periodo.*

Un altro importante strumento normativo di sostegno all'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'ottica degli obiettivi di Tampere è la direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che sono soggiornanti di lungo periodo (36). Questa condizione viene riconosciuta dagli Stati membri ai cittadini extracomunitari che abbiano «soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel loro terri-

---

(34) Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati Membri che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/360/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *G.U.C.E.* L-158 (30 aprile 2004). Il 30 aprile 2006 sono scaduti i termini di recepimento per la trasposizione negli ordinamenti giuridici nazionali.

(35) L'articolo 5 recita che «*Il diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza. Ai fini della presente direttiva, la definizione di «familiare» dovrebbe altresì includere il partner che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio*».

(36) I termini di recepimento da parte degli Stati membri sono scaduti il 23 gennaio 2006.

torio (37)» e che dispongano di «risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, [...] di un'assicurazione malattia contro tutti i rischi... [...] e che soddisfino le condizioni di integrazione (38)». Quest'ultimo punto è previsto solo se richiesto dalla legislazione nazionale degli Stati membri. È inoltre importante ricordare il dettato dell'articolo 4 che specifica in maniera molto chiara il campo di applicazione di questo strumento giuridico. Infatti, non rientrano tutti coloro che risiedono in uno Stato membro in maniera precaria o temporanea e pertanto, ne sono esclusi i rifugiati, i richiedenti asilo in attesa di decisione, coloro che godono di una protezione temporanea o di una forma sussidiaria di protezione, nonché i lavoratori stagionali o transfrontalieri (39). Anche le persone che si trovano in uno Stato membro per motivi di studio o di formazione non rientrano fra le categorie che possono ottenere questo status. L'acquisizione di questo titolo giuridico «uniforme» autorizza i cittadini che siano residenti legalmente e ininterrottamente da almeno cinque anni a soggiornare per un periodo superiore a tre mesi in un secondo Stato membro se esercitano un'attività economica in qualità di lavoratore autonomo o dipendente, ovvero se frequentano corsi di studio o di formazione o per altri scopi alle condizioni previste dalla direttiva. Secondo i dati attualmente disponibili, sono circa 10 milioni i cittadini di paesi terzi che potrebbero beneficiare dell'attuazione di questa direttiva. Al 25 ottobre 2006, 12 Stati membri hanno notificato alla Commissione le rispettive misure di recepimento (40).

Grazie a questa direttiva, che garantisce un trattamento paritario su tutto il territorio dell'Unione, i cittadini di paesi terzi in uno Stato dell'Unione godono degli stessi diritti riconosciuti ai

---

(37) È opportuno ricordare che «i periodi di soggiorno per motivi di studio e di formazione professionale possono essere computati soltanto per metà» nel calcolo dei cinque anni e che lo status può venir rifiutato per motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza.

(38) Ad esempio, la padronanza della lingua dello Stato membro è fra le condizioni supplementari di integrazione che potrebbero essere richieste da alcuni Stati membri.

(39) I lavoratori stagionali e transfrontalieri possono essere soggetti a delle disposizioni specifiche da parte degli Stati membri.

(40) Austria, Belgio, Estonia, Finlandia, Grecia, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Svezia hanno interamente o parzialmente notificato le misure che, al momento, sono al vaglio della Commissione. Le valutazioni espresse sullo status della trasposizione della direttiva sulla riunificazione familiare si applicano ovviamente anche in questo caso (cfr. nota 24).

cittadini dell'Unione, una volta soddisfatti i requisiti della direttiva, per quanto riguarda l'accesso al mercato del lavoro, l'istruzione e la formazione ed il diritto alla protezione sociale(41).

Come nel caso della direttiva sul ricongiungimento familiare, il cittadino di un paese terzo deve provare di disporre per sé e per la sua famiglia di risorse sufficienti e di un'assicurazione medica in modo da non gravare sul sistema di assistenza sociale dello Stato in cui risiede. La direttiva sancisce inoltre che una volta acquisito il titolo di residente di lungo periodo, il cittadino di un paese terzo è tutelato in maniera particolare da qualsiasi decisione di allontanamento che può essere giustificata solo da un comportamento personale che costituisca una minaccia attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica e che leda uno degli interessi fondamentali della collettività(42). Pertanto, la decisione di allontanamento non può più essere giustificata da ragioni economiche, quali la perdita del posto di lavoro.

c) *Direttive sull'ammissione dei ricercatori e degli studenti dei paesi terzi.*

Questi due importanti strumenti giuridici completano il quadro normativo proposto finora dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 63 del Trattato di Amsterdam(43). La direttiva sui ricercatori dell'ottobre 2005(44), i cui termini di recepimento scadono il 12 ottobre 2007, è stata promossa tenendo in considerazione l'esigenza che la maggior interdipendenza economica a livello mondiale richiede una più agevole circolazione dei ricercatori che possono dare un forte contributo allo sviluppo tecnologico di un determinato paese. Inoltre, le previsioni della Commissione dimostravano la necessità di 700.000 ricercatori supplementari per realizzare l'obiettivo, fissato dal Consiglio europeo di Barcellona(45), di aumentare gli stanziamenti « *con l'o-*

---

(41) Articolo 11.

(42) Articolo 6

(43) Cfr nota 6.

(44) Direttiva 2005/71/CE del Consiglio del 12 ottobre 2005 relativa ad una procedura specificatamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica. — *G.U.C.E. L-289/15*.

(45) Consiglio europeo di Barcellona del 15 e 16 marzo 2002, Conclusioni della Presidenza, punto 47.



*biiettivo che si avvicinino al 3% del PIL degli Stati membri»* per attività di ricerca e di sviluppo tecnologico entro il 2010 (46). Anche in presenza di politiche mirate a sviluppare la ricerca europea, è tuttavia improbabile che l'Unione europea possa contare su questo alto numero di ricercatori qualora decidesse di limitare la «caccia ai cervelli» ai propri confini territoriali.

Ovviamente, lo scopo di tale normativa è di accrescere la mobilità della ricerca ed attirare i ricercatori stranieri necessari, grazie ad una procedura di ammissione specifica e a condizioni di soggiorno (47) particolari per i ricercatori che rimangono oltre tre mesi per portare a compimento un progetto di ricerca promosso da un istituto dello Stato membro ospitante. Questo dovrebbe aumentare le possibilità di formazione, di scambio e, al contempo, le possibilità di carriera di giovani ricercatori stranieri che, in molti casi, si trovano a lavorare in condizioni non sempre ottimali. I ricercatori, in base a questa direttiva, godranno di parità di trattamento, incluse le possibilità di impartire corsi di insegnamento superiore (48) e di poter essere seguiti dai loro familiari. Purtroppo, le statistiche sui ricercatori sono pressoché inesistenti e quindi non è possibile verificare né il grado di mobilità fra i ricercatori comunitari né fra i ricercatori che provengono da paesi terzi (49). Una carenza che l'Europa sarà chiamata a colmare nei prossimi anni se desidera avere contezza della situazione.

I settori che dovrebbero beneficiare maggiormente di questa direttiva sono appunto gli istituti di ricerca pubblici e privati che avranno a loro volta il compito di consolidare contatti e reti con i loro partners a livello mondiale. Gli istituti di ricerca che sono autorizzati dallo Stato membro ad accogliere un ricercatore avranno un impegno «particolare», come recita l'articolo 5, pa-

---

(46) Le conclusioni del Consiglio europeo di Barcellona precisano che «*due terzi di questo nuovo investimento dovrebbero provenire dal settore privato*».

(47) L'articolo 8 recita che «*Gli Stati membri rilasciano un permesso di soggiorno valido per un periodo minimo di un anno... se la durata prevista del progetto di ricerca è inferiore a un anno, il permesso di soggiorno è rilasciato per la durata del progetto*».

(48) Articolo 11.

(49) Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, parte I. Il punto 12 recita: «*Tenuto conto dell'apporto significativo della ricerca e dello sviluppo alla crescita economica, all'occupazione e alla coesione sociale, l'Unione europea deve adoperarsi per realizzare gli obiettivi definiti nella comunicazione della Commissione "Verso uno spazio europeo della ricerca". Occorre integrare e coordinare meglio le attività di ricerca a livello nazionale e dell'Unione per renderle quanto più possibile efficaci ed innovative e per assicurare che l'Europa possa offrire prospettive allettanti ai suoi migliori ricercatori*».

ragrafo 3, della direttiva. Qualora la persona sia rimasta irregolarmente sul territorio, lo Stato membro potrà richiedere all'istituto di ricerca che ha accolto il ricercatore di pagare « *le spese di soggiorno e viaggio di ritorno sostenute con fondi pubblici* ». Quindi, per la prima volta, si indica chiaramente la responsabilità che grava sull'istituto che faccia ricorso a questa procedura di ammissione specifica per i ricercatori. Non solo, al paragrafo 4 si stabilisce che l'istituto, entro due mesi dalla data di scadenza della convenzione di accoglienza, trasmetta alle autorità competenti la prova che il programma di ricerca è stato completato. Uno strumento che, facendo salve alcune legittime garanzie di sicurezza per gli Stati membri, dovrebbe permettere di agevolare lo spostamento dei « cervelli » a livello mondiale.

La direttiva 2004/114/CE del Consiglio (50) che riguarda l'ammissione di cittadini di paesi per motivi di studio ha avuto come principio la promozione dell'istruzione come mezzo per dare maggior visibilità alla qualità degli atenei europei. Stando all'indice elaborato dall'Istituto Superiore dell'Università di Shanghai e pubblicato nell'agosto 2006 (51), la qualità delle università europee non è molto elevata se si escludono l'Università di Cambridge e di Oxford che occupano il secondo e decimo posto rispettivamente nella classifica mondiale. Come ogni studio statistico, si può criticare o semplicemente non condividere la metodologia adottata. Rimane tuttavia significativo, o dovrei dire allarmante, che nei primi venti posti assegnati vi siano diciassette atenei americani, uno giapponese e due europei. Come curiosità, sottolineo che la prima università italiana è La Sapienza di Roma che si colloca al centesimo posto. Questo segnale non deve essere sottovalutato se gli obiettivi dell'Agenda di Lisbona continuano a rappresentare il traguardo desiderato dagli Stati membri dell'Unione europea.

Questa direttiva si prefigge lo scopo di ravvicinare le dissimili legislazioni nazionali proprio per offrire agli studenti dei

---

(50) Direttiva 2004/114/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, *G.U.C.E.* L-375/12 del 23 dicembre 2004. I termini di recepimento scadono il 12 gennaio 2007. La Danimarca, l'Irlanda e il Regno Unito non sono vincolati dalla presente direttiva.

(51) Per maggiori informazioni, si veda il sito Internet <http://ed.sjtu.edu.cn/rank/2006/ARWU2006TOP500list.htm>.

paesi terzi un ventaglio di opportunità più ampio promuovendone la mobilità fuori dai loro confini nazionali. Non solo, all'articolo 8 questa direttiva permette, se lo studente ottempera certi requisiti definiti dagli articoli 6 e 7, di poter partecipare ad un programma di studio in un altro Stato membro se tale scambio didatticamente integra il percorso formativo iniziato nel «primo» Stato membro ospitante. L'articolo 17 prevede inoltre che venga data la possibilità agli studenti di svolgere un'attività economica pur lasciando piena discrezionalità ad ogni Stato membro di decidere il numero massimo di ore per settimana o di giorni al mese (52). Questo dovrebbe permettere anche agli studenti meno facoltosi di poter avere la possibilità di studiare in Europa. Secondo le ultime statistiche di Eurostat (53), a livello comunitario, esistono già forti scambi di studenti (54).

d) *Meccanismo d'informazione reciproca.*

Dopo lunghe negoziazioni, il 4 novembre 2006 è entrato in vigore il meccanismo d'informazione reciproca sulle misure degli Stati membri nei settori dell'asilo e dell'immigrazione (55). Questo nuovo strumento permetterà lo scambio di informazioni su tutte le nuove misure adottate nel campo dell'immigrazione e dell'asilo, incluse le regolarizzazioni (56), anche se questo termine non è esplicitamente impiegato nel testo legislativo (57). È utile sottolineare che la Commissione ha da tempo sostenuto l'opportunità e

---

(52) Mentre nel paragrafo 2 è indicato il limite minimo di «dieci ore per settimana», al paragrafo 3 si stabilisce che la possibilità di svolgere attività economiche può essere limitata «nel primo anno di soggiorno».

(53) Bollettino di Eurostat «*Statistics in focus*», 15/2006 del 13 ottobre 2006.

(54) Per esempio, all'interno dell'Unione europea, la metà degli studenti stranieri in Belgio viene dalla Francia, mentre gli studenti greci preferiscono studiare nelle università britanniche e gli studenti polacchi negli atenei della Germania. Questa è una tendenza positiva che dovrebbe essere ulteriormente incoraggiata dagli Stati membri nei prossimi anni.

(55) Decisione del Consiglio del 5 ottobre 2006 — *G.U.C.E.* L-286/40.

(56) Un primo studio sull'impatto delle regolarizzazioni era contenuto nella comunicazione della Commissione relativa allo studio sulle connessioni tra migrazione legale ed illegale. COM (2004) 412 definitivo, 4 giugno 2004, pagine 9-11. Riprendendo il mandato di Tampere, la Commissione nella sua comunicazione del 2000 (COM (2000) 757) ricorda che «in vari paesi si stanno elaborando programmi per regolarizzare la posizione dei clandestini, che spesso provocano difficili dibattiti di politica interna».

(57) Il testo recita alla fine del punto 5: «decisioni amministrative che si ripercuotono su un numero consistente di persone».

l'urgenza di questo meccanismo nel suo studio sulle connessioni tra migrazione legale ed illegale (58).

Il motivo che ha accelerato l'adozione di questo nuovo strumento legislativo è stato il processo di regolarizzazione avviato dal Governo Spagnolo il 7 febbraio 2005 e che ha coinvolto quasi 600.000 cittadini di paesi terzi (59) che risiedevano irregolarmente sul territorio iberico. Questa decisione politica ha *de facto* incoraggiato gli Stati membri a definire un quadro normativo comune che ha rafforzato ulteriormente le basi giuridiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Dopo sei anni di proposte e discussioni, l'Europa si è dotata di un sistema che permette ai suoi Stati membri di essere informati su tutte le nuove misure e politiche promosse da altri Stati proprio perché, in assenza di frontiere interne all'Unione, occorre evitare delle ricadute non volute sugli altri Stati membri. Questo meccanismo si basa sulla solidarietà e sulla fiducia ed abbraccia anche «*decisioni politiche, programmazioni a lungo termine, normativa adottata o in fase di progetto*», per segnalare altri esempi.

Purtroppo, il testo finale riprende solo in parte la proposta iniziale della Commissione che avrebbe, invece, desiderato avere un meccanismo più incisivo. Il sistema adottato si limita a creare «un canale di informazione privilegiato» fra lo Stato membro che intende adottare delle nuove misure e la Commissione, unitamente agli altri Stati membri. Un canale di comunicazione (60) che tuttavia non comporterà necessariamente una discussione sul merito di tali provvedimenti: in particolare, per quanto riguarda il caso specifico delle regolarizzazioni questo sistema non permette una seria e leale discussione sull'opportunità di impiegare

---

(58) *Ibidem*.

(59) Il processo di regolarizzazione è stato effettuato grazie all'approvazione di un nuovo regolamento licenziato dal Comitato dei Ministri il 30 dicembre 2004 ed è entrato in vigore l'11 gennaio 2005. Questo regolamento definisce i diritti e le libertà di cui godono i cittadini dei paesi terzi in Spagna e prevede misure per la loro integrazione. Il processo di regolarizzazione è cominciato il 7 febbraio 2005 e si è concluso il 7 maggio 2005. Secondo i dati forniti dal Dipartimento di Stato per l'immigrazione, il numero di richieste pervenute è stato di 691.655, di cui il 58.9% presentate da uomini. Sono state accolte 575.827 domande. La maggior parte dei richiedenti erano cittadini/e dell'Ecuador, del Marocco e della Romania. Per maggiori approfondimenti, si veda [www.mtas.es](http://www.mtas.es) che è il sito Internet del Ministero del lavoro e degli affari sociali spagnolo.

(60) L'articolo 3 recita: «*La rete per lo scambio di informazioni a norma della presente decisione è basata sul web... [...]... La Commissione è responsabile dello sviluppo e della gestione della rete*». Ogni anno la Commissione dovrà presentare un rapporto che raccoglie l'insieme delle informazioni principali comunicate dagli Stati membri (articolo 4).

un simile strumento, sui criteri da seguire o sul numero delle persone interessate dal provvedimento. Si tratta semplicemente di informare «*il prima possibile*» la Commissione e gli altri Stati membri della decisione già legittimamente presa da uno Stato membro. Tuttavia, all'articolo 2, il testo dispone che la Commissione o uno Stato membro possano richiedere «*ulteriori precisazioni*» concedendo allo Stato membro in questione un mese per fornire una risposta. Considerati l'importanza della tematica, la mancanza di informazioni aggiornate e l'invito del Consiglio «Giustizia e Affari Interni», la Commissione, su iniziativa del Vice Presidente Franco Frattini, ha deciso di avviare uno studio esauriente sulle regolarizzazioni che sarà completato entro la fine del 2007 (61).

5. *La prima proposta di Direttiva sulla migrazione economica: procedure di ammissione e di soggiorno comuni.*

Dopo la presentazione della comunicazione del novembre 2000, la Commissione europea ha avanzato una proposta di direttiva relativa alle procedure comuni di ammissione e di soggiorno per gli immigrati economici (2001/C 332 E/08) (62), che è stata sostenuta dal Commissario António Vitorino nel novembre 2001 di fronte al Consiglio. Essa ha rappresentato il primo strumento giuridico con l'ambizione di regolare i canali mediante i quali si sarebbero potuti ammettere gli immigrati per motivi economici nel territorio degli Stati membri, nonché le relative condizioni di soggiorno. Questo progetto, realizzato in ossequio al programma di Tampere, rispondeva a due esigenze. La prima, di trovare con rapidità personale per il mercato del lavoro degli Stati membri che avvertivano carenze in termini qualitativi e quantitativi. La seconda, per armonizzare a livello europeo le «regole di in-

---

(61) Comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi, COM (2006) 402 definitivo, 19 luglio 2006, pagina 8.

(62) Proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, COM (2001) 386 definitivo, G.U.C.E. C-332 E/248 del 27 novembre 2001. Si veda anche CARRERA, S. e FORMISANO, M., «*An EU approach to labour migration: what is the added value and the way ahead?*» CEPS, Working Document, No. 232, October 2005; HOLZMANN, R. e MÜNZ, R., «*Challenges and opportunities of international migration for the EU, its Member States, Neighboring countries and Regions: A policy note*», Institute for Futures Studies, Stockholm, 11-12 June 2004.

gresso» e di soggiorno che ad oggi sono ancora molto dissimili. È chiaro che l'assenza di un quadro giuridico europeo sull'immigrazione per motivi di lavoro rende meno efficace la politica comunitaria nel campo della migrazione legale.

Questo progetto legislativo, seppur studiato minuziosamente (63), non ha ricevuto una buona accoglienza all'interno del Consiglio. Ogni Stato membro, infatti, ha cominciato a sollevare numerose perplessità circa l'articolato della proposta, percepito come troppo ambizioso e poco rispondente alle reali esigenze degli Stati membri, eccessivamente gelosi delle loro prerogative nazionali. Nonostante il forte appoggio politico dato a questa proposta comunitaria dal Parlamento europeo, dal Comitato Economico e Sociale e dal Comitato delle Regioni, alcuni Stati membri hanno sollevato obiezioni persino sull'esistenza della base legale per un'azione comunitaria in materia di immigrazione economica. Gli Stati membri non hanno percepito un «valore aggiunto» nell'elaborazione di regole comuni a livello europeo e pertanto non desiderano che sia l'Europa a determinare le procedure di ammissione e le condizioni di soggiorno dei cittadini di paesi terzi (64) ammessi per svolgere un'attività lavorativa. I dubbi più seri poggiano sul fatto che la direttiva proponeva regole comuni per praticamente tutte le categorie di lavoratori, siano essi altamente qualificati, stagionali, lavoratori subordinati o autonomi. Questa proposta, pur avendo il merito di cercare di disciplinare a livello europeo le regole relative all'ingresso ed al soggiorno nell'Unione europea — riducendo così l'onere amministrativo per gli Stati membri ed i cittadini dei paesi terzi —, indica un percorso che definirei, mutuando un'espressione dall'inglese, «*one size fits all*» che avrebbe fissato la medesima cornice indipendentemente dalla tipologia del lavoratore. Se gli Stati membri avessero accettato questo primo progetto, si sarebbero potuti trovare nella condizione di non poter offrire canali di assunzione «facilitati» anche nel caso in cui il loro mercato del lavoro avesse segnalato la ca-

---

(63) Questa proposta di direttiva riposava su un attento studio di fattibilità elaborato dalla Commissione che metteva in evidenza le difficoltà per le imprese europee di assumere cittadini provenienti dai paesi terzi che, a loro volta, si lamentavano per l'intricato e non omogeneo percorso a cui erano sottoposti i loro connazionali che ambivano a trovare un lavoro in Europa.

(64) L'articolo 1, paragrafo b, faceva riferimento anche alle procedure per il rilascio dei permessi d'ingresso.

renza di professionalità specifiche (65). In ogni caso, la proposta si è arenata dopo il primo esame del Consiglio, provocando una prima, lunga fase di valutazione sull'opportunità di continuare a premere per far avanzare la politica comunitaria nel campo della migrazione a fini economici. Bisogna tuttavia tener presente che ogni cambiamento nella politica di immigrazione a livello europeo, che «invade» una delle più importanti competenze nazionali, deve essere soppesato con attenzione al fine di determinare un risultato che sia utile ed adeguato sia alle esigenze di un mondo sempre più economicamente interdipendente, sia ai fini perseguiti a livello nazionale.

#### 6. *La scelta del Libro Verde.*

All'inizio del suo mandato, il Vice Presidente della Commissione Europea, Franco Frattini, si è trovato a prendere una delicata decisione politica che avrebbe in seguito segnato il percorso giuridico delle proposte comunitarie in materia di migrazione legale. In poche settimane, su suo impulso, la Commissione ha scelto di riavviare il dibattito pubblico attraverso la presentazione di un Libro Verde (66) che avrebbe coinvolto non solo gli Stati membri, ma anche le organizzazioni dei datori di lavoro, i sindacati, le organizzazioni non governative, le università e la società civile. Il punto di partenza è stato dare la garanzia di uno *status* giuridico certo ai lavoratori migranti, equiparabile ove possibile al trattamento riservato a tutti i cittadini dell'Unione europea (67).

Scopo del Libro Verde è stato quello di suscitare un dibattito sui punti nodali e più controversi di una possibile futura disciplina comune sull'immigrazione economica, tra cui le condizioni e le procedure di ingresso e soggiorno, il principio di preferenza co-

---

(65) Erano state previste delle eccezioni.

(66) Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica, COM (2004) 811 definitivo, 11 gennaio 2005.

(67) È utile ricordare che la normativa comunitaria già prevedeva alcuni diritti conferiti dalla direttiva 2003/109/CE (residenti di lungo periodo — già analizzata), dal regolamento (CEE) n. 1408/71 (coordinamento dei regimi di sicurezza sociale), dalla direttiva 2000/43/CE (principio di parità di trattamento) e dalla direttiva 2000/78/CE (parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro). Per quanto riguarda il diritto alla salute ed alla sicurezza, il quadro comunitario esistente si applica a tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro cittadinanza. Si veda anche SUSSMUTH, R. e WEIDENFELD, W., «*The EU's responsibilities towards immigrants*», Bertelmann Foundation e Migration Policy Institute, 2005.

munitaria ed i diritti dei lavoratori provenienti da paesi terzi (68). Molti dei punti presentati nel Libro Verde riprendono gli elementi chiave contenuti nella proposta del 2001 — quali ad esempio i diritti dei lavoratori di paesi terzi o il principio di preferenza comunitaria — ma si è evitato, per ragioni politiche, di fare riferimenti espliciti a quella proposta (69).

Nel Libro Verde si indicano i problemi legati alle tendenze demografiche degli Stati membri (70), agli obblighi internazionali dell'Unione europea, per determinare tipologie di lavoratori e vi è un chiaro riferimento al fatto che «*le principali regioni del mondo si stanno già attivando per attirare lavoratori migranti che soddisfino le esigenze delle rispettive economie* (71)». Le principali domande mirano a capire quale sia il livello di ambizione, in particolare degli Stati membri, di una futura ed eventuale legislazione comunitaria, quale metodologia di lavoro sia preferibile, quali siano i sistemi di ammissione consigliabili, se sia opportuno rilasciare un unico permesso che avrebbe sostituito quelli di lavoro e di soggiorno o se sia auspicabile dare la possibilità al titolare di un permesso di lavoro di poter cambiare datore di lavoro.

L'esame dei contributi di questo dibattito approfondito (72), coronato con una grande conferenza celebrata nel giugno 2005, ha rivelato l'esistenza di un consenso generale nei confronti di una politica comune a livello Europeo in materia d'immigrazione economica, sia pure con considerevoli differenze per quanto riguarda gli approcci da seguire. Questa partecipazione attenta e numerosa ha confermato che la strada politica intrapresa dal Vice Presidente Franco Frattini è quella giusta e che gli Stati membri

---

(68) In realtà il Libro Verde rilanciò, nell'arena pubblica, la maggior parte delle perplessità evocate dal Consiglio durante l'esame della prima proposta di direttiva.

(69) Il Vice Presidente Frattini non volle dare l'impressione che gli Stati membri venissero indicati come la sola causa del rallentamento del processo comunitario nel campo della migrazione legale.

(70) Fra il 2010 ed il 2030, «*il calo della popolazione in età attiva nell'Ue 25 comporterà una riduzione del numero degli occupati di circa 20 milioni di unità*». Recenti analisi dell'Eurostat, contenute in un comunicato stampa del 29 settembre 2006, indicano che, entro il 2050, 3 persone su 10 avranno più di 65 anni, cioè il 17% della popolazione totale.

(71) Si veda, LOWELL, L., «*Skilled labour migration from developing countries: annotated bibliography*», International Migration Papers No. 56, International Labour Office; DUMONT J.-C. e LEMAITRE, G., «*Counting immigrants and expatriates in OECD countries: A new perspective*», Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, Organisation for Economic Cooperation and Development, 22 June 2005.

(72) La Commissione ha ricevuto più di 130 contributi scritti.



e gli operatori del settore sono pronti a seguire la Commissione che ha cambiato il suo approccio metodologico passando da un «*top-down*» ad un «*bottom-up approach*» (73).

#### 7. *Il Piano d'azione sull'immigrazione legale.*

Il programma dell'Aia (74) ha sottolineato l'importanza di elaborare «*un programma politico in materia di migrazione legale che includa procedure di ammissione che consentano di reagire rapidamente alla domanda fluttuante di manodopera straniera nel mercato del lavoro*» (75). Inoltre, negli obiettivi strategici della Commissione Barroso (76) si fa esplicito riferimento allo sviluppo di un partenariato per rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Onde concretizzare questo forte indirizzo politico, e basandosi sul Programma dell'Aia, la Commissione ha successivamente adottato dieci priorità essenziali: al punto quattro compare la gestione dell'immigrazione, dove si richiede di «*definire un'impostazione equilibrata della gestione dei flussi migratori, elaborando una politica comune d'immigrazione che affronti la situazione degli immigrati legali a livello dell'Unione, potenziando al tempo stesso l'azione di contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani, soprattutto delle donne e dei bambini*».

Forte di tali mandati politici, nel dicembre 2005, la Commissione ha pertanto presentato un *Piano d'Azione sull'immigrazione legale* (77), una tabella di marcia sulla migrazione legale che dovrebbe consentire all'Unione di far fronte, in maniera globale, alle sfide economiche e demografiche e permettere una migliore gestione del fenomeno dell'immigrazione. Il piano d'azione, che

---

(73) In altre parole, prima di avanzare una proposta legislativa concreta, il Vice Presidente Franco Frattini aveva deciso di ascoltare le proposte e le indicazioni degli Stati membri e degli operatori di settore. Desiderava che questo progetto fosse in linea con le esigenze del mercato del lavoro e con i rigidi dettami di sicurezza pubblica.

(74) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio — Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia 10 maggio 2005, COM (2005) 184 definitivo. Il programma dell'Aia è stato approvato dal Consiglio Europeo del 4 e 5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, Allegato I.

(75) Consiglio europeo, Conclusioni della Presidenza, paragrafo III, 1.4.

(76) «Obiettivi strategici 2005-2009, Europa 2010: un partenariato per il rinnovamento dell'Europa», COM (2005) 12 definitivo, 26 gennaio 2005.

(77) Comunicazione della Commissione «*Piano d'azione sull'immigrazione legale*», COM (2005) 669 definitivo, 21 dicembre 2005.

copre il periodo 2006-2009, identifica tutta una serie di iniziative legislative e non, volte ad affrontare la questione dell'immigrazione economica sul territorio dell'Unione. Detto piano è stato elaborato a seguito di un dibattito approfondito lanciato dalla stessa Commissione per identificare vuoi le norme comunitarie più adeguate per l'ammissione dei migranti per motivi economici vuoi il valore aggiunto di tali misure (78). La portata significativa di questo programma sta nel fatto che per la prima volta si propone di dare una risposta globale al fenomeno migratorio, sviluppando l'azione comunitaria in quattro direzioni.

Il Piano di Azione prevede infatti: 1) l'elaborazione di misure legislative volte a disciplinare le condizioni di entrata e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi ai fini occupazionali; 2) azioni e politiche finalizzate a promuovere l'acquisizione di competenze e lo scambio di informazioni nel settore dell'immigrazione; 3) politiche e finanziamenti a sostegno dell'integrazione dei migranti economici e dei loro familiari nel mercato del lavoro e nella società di accoglienza; 4) misure che consentano una gestione più efficiente dei flussi migratori internazionali in stretta cooperazione con i paesi di origine degli immigrati.

Il Piano di azione costituisce quindi una solida base di lavoro che cerca di dare nuova linfa allo sviluppo della politica comunitaria nel campo dell'immigrazione legale, privilegiando quella legata a motivi di lavoro e facendo tesoro degli strumenti legislativi finora adottati a livello europeo. Infatti, non esiste più alcun dubbio che sia forte la necessità di avanzare proposte e misure capaci di assolvere ad un duplice obiettivo: 1) permettere agli Stati membri di avere chiare e flessibili procedure di ammissione (79) per i lavoratori di paesi terzi; 2) offrire ai lavoratori dei paesi terzi un percorso credibile e meno burocratico che favorisca un loro eventuale ingresso nel mercato del lavoro europeo.

Il Vice Presidente Franco Frattini, memore delle difficoltà che un solo strumento giuridico potrebbe avere in seno al Consiglio e delle indicazioni scaturite dalla consultazione pubblica, ha deciso di proporre quattro diversi strumenti legislativi che dovrebbero essere più adatti a soddisfare le esigenze degli Stati

---

(78) Cfr. nota 67.

(79) È utile ricordare che, come norma generale, l'ammissione dei nuovi immigrati dovrà essere legata all'esistenza di un contratto di lavoro.

membri e dei cittadini dei paesi terzi (80), tenuto conto dell'eterogeneità della struttura socio-economica dell'Unione europea. Le proposte di direttiva, che saranno rafforzate dalla definizione di un quadro normativo comune di diritti per tutti i lavoratori legalmente ammessi nel mercato del lavoro, riguarderanno:

1. le condizioni di ingresso e soggiorno di lavoratori altamente qualificati (81), inclusa la proposta di una possibile Carta blue Europea, che consentirebbe a tali lavoratori stranieri, una volta ammessi in uno Stato membro, di cambiare paese per motivi di lavoro con procedure burocratiche agevolate;

2. le condizioni di ingresso e soggiorno dei lavoratori stagionali;

3. le procedure che disciplinano l'ingresso, il soggiorno temporaneo e la residenza dei lavoratori in trasferimento all'interno di società multinazionali (82);

4. le condizioni di ingresso e soggiorno di tirocinanti retribuiti.

Mentre per la prima proposta di direttiva il calendario sarà settembre 2007, per le altre tre direttive (lavoratori stagionali, lavoratori in trasferimento all'interno di società internazionali e tirocinanti retribuiti) le proposte saranno preparate fra il 2008 ed il 2009. Un piano di lavoro molto ambizioso e ben strutturato che dovrebbe incontrare il parere favorevole del Consiglio.

La Commissione ha quindi proposto una direttiva quadro, che verrà presentata nella nel settembre del 2007, che definirà chiare norme legislative per i tutti i lavoratori in modo da evitare situazioni in cui i cittadini di paesi terzi, che non hanno ancora ottenuto lo status di residente di lungo periodo, non godano di alcuni diritti fondamentali. Sulla base di questa direttiva, la Commissione ha intenzione di preparare quattro direttive settoriali che dovrebbero soddisfare in maniera più puntuale le rispettive esigenze del mercato del lavoro degli Stati membri dell'Unione. Si tratta quindi di misure legislative che evidenziano il *quid pluris* europeo rispetto alla gestione nazionale della migrazione e danno una prima risposta co-

---

(80) Contrariamente alla proposta di direttiva del 2001, gli strumenti legislativi proposti dal Vice Presidente Frattini si applicano esclusivamente alle condizioni di ammissione di determinate categorie di lavoratori.

(81) I ricercatori sono ovviamente esclusi.

(82) È il caso dell'ingegnere giapponese della Toyota che viene trasferito nella sede della Toyota ad Atene.

raggiosa e lungimirante alle sfide che la società europea sarà chiamata, nel suo insieme, ad affrontare nei prossimi anni.

Occorre sottolineare che il Piano d'azione non si limita a proporre misure legislative. Per esempio, entro la fine del 2007, la Commissione ha intenzione di lanciare un portale sull'immigrazione che permetterà di diffondere notizie specifiche sulle politiche e le legislazioni europee. Questo nuovo portale sarà collegato alla rete EURES (83) con il fine di contribuire a promuovere una miglior gestione dell'immigrazione economica dei cittadini dei paesi terzi.

Nell'ambito della cooperazione con i paesi di origine, sono previste campagne di informazione nei paesi di origine mirate a coloro che desiderano conoscere in maniera più esaustiva le condizioni da soddisfare per poter entrare legalmente nel mercato del lavoro europeo. Queste campagne avranno anche l'obiettivo di sensibilizzare i cittadini dei paesi terzi sui rischi legati all'immigrazione illegale. La Commissione ha inoltre l'intenzione di approntare, nei paesi di origine, corsi di formazione professionale e di lingua. Questi corsi di preparazione dovrebbero aiutare, in maniera più puntuale, gli immigrati ad assimilare nuove capacità professionali e ad avviare un processo di «adattamento» prima della partenza verso lo Stato membro ospitante. In questo contesto, è utile ricordare che la Commissione ha istituito un primo centro pilota per la gestione dei flussi migratori a Barmako (Mali) che sarà operativo entro la fine del 2007.

#### 8. *Il problema statistico.*

Il regolamento relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazioni e di protezione internazionale (84) è stato elaborato per sopperire all'attuale carenza di statistiche europee affidabili comparabili ed aggiornate di cui il progressivo sviluppo delle politiche e normative comunitarie ha sempre più bisogno (85). Anche il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 6 novembre

---

(83) La rete EURES è stata creata nel 1993 ed ha la finalità di fornire servizi ai lavoratori e ai datori di lavoro nonché a tutti i cittadini che desiderano avvalersi del principio della libera circolazione delle persone. I servizi prestati sono di tre tipi: informazione, consulenza e assunzione/collocamento.

(84) COM (2005) 375 definitivo, 14 settembre 2005.

(85) In realtà, da diversi anni, Eurostat compila delle statistiche su immigrazione e asilo. Tuttavia questa raccolta dati avviene tramite un processo informale: è per questo motivo che era necessario istituire una base legale appropriata, tramite il regolamento.

2003, ha messo in evidenza la necessità di avere statistiche approfondite ed idonee che fungano da supporto all'elaborazione di future normative e politiche europee. Attualmente, il regolamento è discusso dal Consiglio e dal Parlamento europeo e non si può prevedere il momento in cui verrà definitivamente adottato dal laborioso *iter* comunitario. Da una parte ci sono gli Stati membri che denunciano difficoltà a fornire i dati richiesti dal regolamento comunitario proposto, dall'altra, il Parlamento che cerca di verificare quali sono i dati in possesso degli Stati membri per individuare possibili carenze nei rispettivi istituti di statistica nazionali. Purtroppo, sarà molto difficile per l'Unione europea poter disporre di statistiche aggiornate ed affidabili prima del 2008, che sembra essere la data stabilita dal Consiglio e dal Parlamento europeo per iniziare la raccolta dei dati sulla migrazione e l'asilo.

Un primo passo verso la creazione di un organismo deputato alla raccolta dei dati sulla migrazione è stato compiuto con l'istituzione del Consorzio Euromediterraneo per la ricerca applicata sulle migrazioni internazionali (CARIM), approvato nel febbraio 1994 come parte del programma MEDA (86). Questo Consorzio è ben diretto e produce studi di qualità che riguardano in particolare il fenomeno migratorio proveniente dal Medio Oriente e dal Nord Africa (87) verso i paesi europei.

Un altro mattone verso la costituzione di una base statistica europea è stato posto con la rete europea sulle migrazioni (REM), che si compone di ventisei punti di contatto nominati a livello nazionale. Questa rete è stata istituita nel 2002, poiché si era già avvertita la necessità di avere un migliore e più costante scambio di dati ed informazioni per l'elaborazione delle politiche relative alla migrazione e all'asilo. È utile ricordare che la creazione della REM è avvenuta sotto l'impulso politico del Consiglio europeo di Laeken (88) ed è stata preceduta da uno studio di fat-

---

(86) Ricordo che MEDA, che è il principale strumento finanziario dell'Unione europea al servizio del partenariato euro-mediterraneo, prevede delle misure finanziarie e tecniche volte a promuovere la riforma delle strutture economiche e sociali dei paesi mediterranei.

(87) Per ulteriori approfondimenti, si veda LATRECHE, A., «*Les caractéristiques de la population active immigrés originaires d'Afrique du Nord et du Moyen Orient à travers le monde*», CARIM-AS 2006/02 e FARGUES, P., «*How many migrants from, and to, Mediterranean countries of the Middle East and North Africa?*», CARIM-AS 2005/16.

(88) Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001, Conclusioni della Presidenza, punto IV, pagina 11.

tibilità condotto nel 1996 (89). Il Programma dell'Aia ha inoltre stabilito che la definizione della politica europea nel campo della migrazione e dell'asilo debba potersi avvalere di un'analisi approfondita basata sulla raccolta di informazioni e dati aggiornati che riguardano i flussi migratori all'interno degli Stati membri. In altre parole, l'Europa deve dotarsi di un meccanismo di «raccolta dati» che permetta di conoscere la situazione migratoria in tutti i suoi Stati membri.

Questa iniziale struttura, che ha il compito di «*fornire alla Comunità, ai suoi Stati membri e — più a lungo termine — all'opinione pubblica informazioni oggettive, affidabili e comparabili sulla situazione in materia di migrazione e asilo a livello europeo non meno che nazionale*» (90), ha bisogno di trovare un assetto più stabile ed adeguato per assicurare lo svolgimento dei compiti assegnati. Per questo, il Vice Presidente Frattini ha deciso di lanciare il 28 novembre 2005 un Libro Verde per raccogliere i pareri degli Stati membri, degli operatori del settore e di tutti coloro che sono direttamente implicati nella raccolta e nell'elaborazione di dati statistici. La consultazione si è conclusa a fine gennaio 2006 ed i risultati sono stati molto incoraggianti tant'è che la Commissione ha in mente di presentare una proposta per dotare la REM di una base legale che le permetta di continuare il suo lavoro, visto che essa ha terminato il proprio mandato il 31 dicembre 2006.

#### 9. «Competitività» europea nel campo dell'immigrazione legale per motivi di lavoro.

Perché è essenziale per formulare attente e bilanciate proposte politiche, o per misurare il grado di competitività dell'Unione europea, poter contare su statistiche aggiornate e comparabili? Prendiamo qualche esempio per provare a dare una risposta a questa domanda. Grazie alle statistiche, abbiamo appreso che la migrazione «altamente qualificata o qualificata» preferisce trasferirsi in Australia, Canada e negli Stati Uniti di America, mentre la migrazione «poco qualificata» tende a scegliere l'Europa come

---

(89) «Studio di fattibilità di un osservatorio europeo delle migrazioni», 1996.

(90) Libro Verde relativo al futuro della rete europea sulle migrazioni, COM (2005) 606 definitivo, 28 novembre 2005.

destinazione finale (91). Questo è un problema molto grave per l'Unione europea e non deve essere sottovalutato. È anche vero che, poiché l'Europa non ha una struttura socio-economica omogenea, questo fenomeno è più accentuato in alcuni paesi europei rispetto ad altri. Resta tuttavia l'esigenza di trovare una maniera efficace per attirare verso il continente europeo i giovani talenti. L'Europa è in competizione con quei paesi che adesso rappresentano la miglior « calamita » per il personale altamente qualificato. Questo obiettivo, ovviamente, deve essere perseguito mediante proposte politiche attente, bilanciate e a non atte ad incoraggiare il fenomeno della « fuga dei cervelli » come ricordato dalla Comunicazione « Migrazione e Sviluppo: orientamenti concreti (92). Al punto 2.4, si ricorda che « *La Commissione sprona gli Stati membri a concepire meccanismi come i codici di condotta, che limitino l'assunzione attiva laddove comporti gravi ripercussioni per i paesi in via di sviluppo interessati, specie nel settore dell'assistenza sanitaria, e a coordinare gli sforzi in questo campo* ». Pertanto, è assolutamente essenziale prevedere meccanismi che, pur promuovendo l'assunzione di personale altamente qualificato, non favoriscano la cosiddetta fuga di cervelli che penalizza sia i paesi europei sia, in misura maggiore, i paesi economicamente meno sviluppati.

Pur dovendo adattare il modello australiano alle esigenze europee, mi sembra che alcune linee guida potrebbero diventare fonte di ispirazione. In Australia, vi è un programma specifico chiamato « *Skill Stream* (93) », che divide in cinque categorie la migrazione altamente qualificata e rappresenta una percentuale elevatissima del totale dei visti concessi per ragioni economiche. Stando alle ultime statistiche (94), il numero totale di immigrati che arrivano mediante lo Skill Stream è cresciuto dalle 71.240 persone fra il 2003 ed il 2004 a 77.880 fra il 2004 ed il 2005, per passare a 97.000 nel 2006. In altri termini, fra il 2003 ed il 2006, la

---

(91) Il Rapporto CARIM del 2005 (pagina 21) indica che il 54% dei lavoratori immigrati con una laurea universitaria provenienti dal Nord Africa ha scelto come destinazione il Canada e gli Stati Uniti d'America, mentre 87% di coloro che hanno un'istruzione elementare o persino inferiore vivono nell'Unione europea.

(92) COM (2005) 390 definitivo, 1 settembre 2005, pagina 9.

(93) È un programma specifico per assumere personale qualificato o con capacità elevate. È stato suddiviso in cinque categorie per permettere di individuare meglio le professionalità necessarie in funzione dei bisogni dell'economia australiana.

(94) Department of Immigration and Multicultural Affairs' Annual Report, Australia, seconda parte, pagine 37-51.

percentuale della migrazione qualificata è passata dal 62.3% del totale degli immigrati arrivati in Australia al 67.8%. Un incremento molto accentuato se si considera che il prodotto interno lordo dell'Australia è una quarta parte di quello della Germania (95) ed appena il 60% di quello della Spagna (96). Nel 2002, il Governo australiano si era dato come traguardo 100.000 nuovi ingressi all'anno fino al 2006, ma ha dovuto modificare il progetto iniziale concedendo 143.000 permessi nel 2006 per far fronte alla crescente domanda delle imprese desiderose di assumere lavoratori altamente qualificati (97). Fra i fattori che guidano la scelta del Governo australiano vi sono la conoscenza della lingua ed una consolidata esperienza lavorativa, unitamente al *cursus studiorum*.

Come può allora un paese di medie dimensioni economiche avere un effetto di attrazione così forte per persone con un elevato livello di istruzione? L'Australia è un paese che ha promosso coraggiose modifiche strutturali al suo impianto economico e ha fatto della migrazione un progetto prioritario della sua politica estera, iniziando con il riconoscimento dei titoli di studio degli immigrati altamente qualificati. Questo è un punto dolente a livello comunitario poiché non esiste ancora un accordo, condiviso dai 27 paesi, su come valutare i diplomi conseguiti nelle università dei paesi terzi. Un ostacolo che non solo non sarà di facile soluzione, ma che impedirà ai paesi europei di usare il pieno potenziale degli immigrati che accolgono sul loro territorio. Ad oggi, ogni paese ha una serie di accordi bilaterali con alcuni paesi terzi e decide se e come riconoscere un determinato titolo di studio. In pratica, questo atteggiamento comporta il fenomeno dello «*waste of skills* (98)», che ha ricadute negative non solo per l'economia di un paese — l'immigrato non contribuisce in funzione delle sue capacità — ma anche per il processo dell'integrazione. Infatti, occorre considerare che il posto di lavoro rappresenta un ottimo veicolo

---

(95) Secondo le ultime statistiche dell'Autorità federale per la migrazione e l'asilo, nel 2005 sono arrivate 1.400 nuovi lavoratori, di cui 900 altamente qualificati. Nei primi sei mesi del 2006, 22.000 professionisti tedeschi hanno lasciato il paese per cercare lavoro all'estero. Per maggiori apprendimenti su quest'ultimo punto, vedi «Auf wiedersehen, Fatherland», *The Economist*, 28 October 2006, pagina 38. Invece, nei primi sette mesi del 2006, sono arrivati 284 lavoratori altamente qualificati.

(96) Statistiche OCSE, *Economic Outlook*, 2006.

(97) 20.000 permessi in più ogni anno per il programma *Skill Stream*. Per maggiori dettagli, si veda SHAH, C. e BURKE, G., «*Skilled migration: Australia*», Monash University, Working Paper No. 63, December 2005.

(98) Spreco delle qualifiche.



per inserire i nuovi arrivati nel tessuto socio-economico del paese ospitante — l'immigrato si sente sfruttato ed isolato.

Desidero inoltre citare un'analisi, che verte sul problema migratorio negli Stati Uniti, condotta da un gruppo di lavoro composto da diverse personalità (99). Questo studio evidenzia i limiti dell'attuale politica migratoria degli Stati Uniti ed indica con chiarezza e con solidi argomenti il perché sia necessario correggere l'attuale strategia. Questo cambiamento sarebbe auspicabile se si parte dal presupposto che la classe dirigente americana desideri che il proprio paese continui a detenere alcuni primati nel campo delle scienze e della ricerca. Per corroborare la loro tesi, gli estensori di questa convincente analisi hanno raccolto ed elaborato una lunga serie di statistiche che impietosamente sottolineano l'inadeguatezza della politica dell'amministrazione americana in materia di immigrazione. Per brevità, mi limiterò a riportare solo alcuni dati. Fra il 1990 ed il 2000, circa il 50% della nuova forza lavoro proviene dall'immigrazione. Questa percentuale è diventata del 60% fra il 2000 ed il 2004. Queste persone, in genere con scarse qualifiche professionali, svolgono attività che registreranno, fra il 2004 ed il 2014, la maggior crescita in termini occupazionali (100). Ovviamente mi riferisco a mansioni che i cittadini americani non desiderano più svolgere. Passiamo ai dati relativi agli studenti. Nel 2004, la percentuale degli studenti stranieri iscritti in corsi di specializzazione in ingegneria era del 50% e del 41% per i corsi di natura scientifica (101). Nonostante il prestigio delle università americane (102), gli Stati Uniti forgiavano solo il 7% degli ingegneri a livello mondiale, mentre l'Asia detiene già il primato grazie ad ingenti investimenti che hanno potenziato la qualità delle loro strutture accademiche di eccellenza (103). Questi numeri indicano, più di ogni altra considera-

---

(99) «*Immigration and America's future: A new chapter*», Migration Policy Institute, The Manhattan Institute for Policy Research and the Woodrow Wilson International Center for Scholars, September 2006.

(100) *Ibidem*, tavola 4, pagina 7.

(101) Gli studenti americani preferiscono invece specializzazioni nel campo del business e dell'istruzione.

(102) Nelle prime 20 università al mondo, 17 si trovano negli Stati Uniti. Per maggiori informazioni, si veda il sito Internet <http://ed.sjtu.edu.cn/rank/2006/ARWU2006-TOP500list.htm>.

(103) Già oggi la Cina può contare su un numero maggiore di studenti con titoli nel campo dell'ingegneria, dell'informatica e delle scienze. La regione di Bangalore, la Silicon Valley indiana, è stata in gran parte finanziata dalle rimesse dei cittadini indiani che lavorano all'estero ed assorbe ogni anno fra i 30.000 ed i 40.000 ingegneri o informa-

zione, la necessità per gli Stati Uniti di migliorare, per esempio, le condizioni per il rilascio dei visti per gli studenti stranieri che, solo per l'anno scolastico 2004-2005, hanno investito la cifra di 13.3 miliardi di dollari. Questi studenti di oggi, una volta laureati, potrebbero un domani diventare personalità importanti nel loro paese così come dimostrato dalla storia di molti leaders fra cui Zine El Abidine Ben Ali (104), Tony Blair, Jacques Chirac, Aigars Kalvītis (105), Hamid Karzai (106), Emile Lahoud (107), Mikhail Saakashvili (108) e Alejandro Toledo (109) che hanno studiato e vissuto negli Stati Uniti. Quindi, accogliere studenti stranieri potrebbe costituire un vantaggio anche in termini di politica estera. Non vorrei poi menzionare il numero crescente di amministratori delegati o fondatori di grandi imprese multinazionali americane i cui genitori erano immigrati, fra cui Google e Intel.

La realtà è che se gli Stati membri dell'Unione europea non cambieranno atteggiamento rispetto alla tematica della migrazione legale, il vecchio continente correrà seri rischi sia in termini di competitività sia in termini di condizioni di vita future. Senza nuovi immigrati, l'Europa non sarà in grado di mantenere gli stessi standards di vita a cui noi tutti siamo comodamente abituati. Non possiamo ulteriormente sottovalutare un problema, che è in realtà un'opportunità, la cui soluzione richiede strategia politica, accompagnata da anni di duro e sapiente lavoro.

Le politiche migratorie assomigliano molto alle politiche monetarie che combattono l'insidioso fenomeno dell'inflazione. Come i banchieri centrali sanno bene, bisogna attendere circa ventiquattro mesi prima che gli effetti di un loro cambio di politica monetaria faccia sentire i suoi effetti sull'andamento inflazionistico di un paese. La stessa metodologia si dovrebbe applicare nel campo della

---

tici indiani che hanno conseguito i loro titoli di studio o in India o negli Stati Uniti o in Europa. Per maggiori indicazioni, si veda «*Immigration and America's future: A new chapter*», Migration Policy Institute, The Manhattan Institute for Policy Research and the Woodrow Wilson International Center for Scholars, September 2006, pagina 9.

(104) Presidente della Tunisia.

(105) Primo Ministro della Lettonia.

(106) Presidente dell'Afghanistan.

(107) Presidente del Libano.

(108) Presidente della Georgia.

(109) Presidente del Perù. Per una lista completa, si veda «*Immigration and America's future: A new chapter*», Migration Policy Institute, The Manhattan Institute for Policy Research and the Woodrow Wilson International Center for Scholars, September 2006, pagina 16.

migrazione. È necessario riconoscere che non esistono «soluzioni miracolose» approntate in poche settimane in grado di fronteggiare con successo le emergenze più gravi della migrazione che, invece, non è e non sarà un fenomeno transitorio. Quello che occorre è una politica capace di articolare misure strutturali atte a dare una risposta duratura alle diverse esigenze, fra cui quella del mercato del lavoro e quella relativa al ricongiungimento familiare. Questa nuova politica deve avere, fra i suoi principali elementi costitutivi, la lungimiranza ed il coraggio. Le fondamenta di questa strategia politica sono già state poste dal Consiglio europeo di Lisbona, che ha fissato per l'Unione europea un obiettivo strategico: «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale... Il passaggio a un'economia digitale, basata sulla conoscenza, indotta da nuovi beni e servizi, metterà a disposizione un potente motore per la crescita, la competitività e l'occupazione (110)».

#### 10. *La sfida dell'integrazione.*

Il fenomeno migratorio in Europa ha assunto caratteristiche molto complesse, non solo in termini di numero degli immigrati (111), ma soprattutto per quanto riguarda la molteplicità delle realtà culturali, sociali ed economiche degli immigrati che risiedono in Europa. Pertanto, la necessità di sviluppare politiche di integrazione che riflettano la complessità dei flussi migratori in Europa è diventata ancora più urgente. Nonostante questo studio verta sulla migrazione legale, ho ritenuto opportuno trattare brevemente anche la sfida lanciata dall'integrazione, che rappresenta un aspetto collegato e cruciale della politica migratoria comunitaria.

---

(110) Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, parte I, punto 5 e punto 8. Per ulteriori approfondimenti sull'economia basata sulla conoscenza, si veda FORAY, D., «*The economics of knowledge*», MIT Press, Paperback edition, Cambridge 2006.

(111) Stando all'analisi svolta dalla Divisione della Popolazione del Dipartimento delle Nazioni Unite per gli Affari Sociali ed Economici, nel 2005 erano 191 milioni le persone che non vivevano nel loro paese di origine. Circa 115 milioni di questi migranti (60%) vive in paesi sviluppati (1 su 5 negli Stati Uniti) e quasi 40 milioni nell'Unione europea a 27 Stati membri (8%). La metà di questi migranti sono donne. Fra il 1990 ed il 2005, il numero di immigrati nei paesi sviluppati è cresciuto di 33 milioni. Di questi, Germania e Spagna hanno ricevuto 4 milioni ciascuno, mentre 15 milioni sono andati negli Stati Uniti.

Per segnalare i flussi degli immigrati nei paesi dell'Unione europea, ho elaborato una tabella (qui di seguito leggibile) basandomi sui dati raccolti dalla Divisione della Popolazione del Dipartimento delle Nazioni Unite per gli Affari Sociali ed Economici per l'anno 2005. Questi dati mostrano che la percentuale totale degli immigrati non è tale da provocare emergenze nelle società dei paesi ospitanti. Anzi, visti le crescenti carenze di lavoratori professionalmente non qualificati, il numero di migranti legali sembra compatibile con la capacità di assorbimento del mercato del lavoro europeo, segnatamente per quelle attività dove non sono richieste particolari qualifiche professionali o titoli di studio superiori.

	Popolazione 2005	N. Immigrati regolari	Percentuale/ popolazione
Austria	8.189.000	1.234.000	15.1
Belgio	10.419.000	719.000	6.9
Bulgaria	7.726.000	104.000	1.3
Cipro	835.000	116.000	13.9
Danimarca	5.431.000	389.000	7.2
Estonia	1.330.000	202.000	15.2
Finlandia	5.249.000	156.000	7.8
Francia	60.496.000	6.417.000	10.7
Germania	82.689.000	10.144.000	12.3
Grecia	11.120.000	974.000	8.8
Irlanda	4.148.000	585.000	14.1
Italia	58.093.000	2.519.000	4.3
Lettonia	2.307.000	449.000	19.5
Lituania	3.431.000	165.000	4.8
Lussemburgo	465.000	174.000	37.4
Malta	402.000	11.000	2.7
Olanda	16.299.000	1.638.000	10.1
Polonia	38.530.000	703.000	1.8
Portogallo	10.495.000	764.000	7.3
Romania	21.711.000	133.000	0.6
Rep. Ceca	10.220.000	453.000	4.4
Regno Unito	59.668.000	5.408.000	9.1
Slovacchia	5.401.000	124.000	2.3
Slovenia	1.967.000	167.000	8.5
Spagna	43.064.000	4.790.000	11.1
Svezia	9.041.000	1.117.000	12.4
Ungheria	10.098.000	316.000	3.1
TOTALE	488.824.000	39.971.000	8.18

Il Consiglio europeo di Tampere ha esplicitamente richiesto «una politica di integrazione più incisiva» che miri a «garantire ai cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio de-

gli Stati membri diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE» (112) in modo da favorire la loro integrazione nelle società ospitanti. Dando seguito al suo mandato politico, la Commissione ha presentato nel giugno 2003 una comunicazione sull'immigrazione, integrazione e occupazione (113) che analizza il ruolo dell'immigrazione in relazione agli obiettivi di Lisbona nel contesto di un cambiamento demografico in Europa, in modo particolare l'invecchiamento progressivo della popolazione e la carenza di personale qualificato in forte richiesta (114). In materia di integrazione, la comunicazione richiama l'attenzione sulle diverse categorie di migranti che potrebbero beneficiare di misure di integrazione, rivolte non solo ai lavoratori migranti ma anche ai loro familiari, ai rifugiati e alle persone che godono di una protezione internazionale. L'approccio proposto è necessariamente multidisciplinare e prevede il coinvolgimento e partecipazione attiva a livello sociale e culturale degli immigrati. Si tratta di misure ed iniziative volte ad integrare le persone nel mercato del lavoro, a favorire l'accesso all'istruzione e all'acquisizione di competenze linguistiche nonché l'accesso ad alloggi e servizi sanitari e sociali.

Il Consiglio europeo di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003 (115) ha sottolineato il bisogno di approntare una «*politica globale e pluridimensionale per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente, ed ai quali, ai sensi delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere ed ai fini della loro attuazione, dovrebbero essere accordati diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE*». È utile ricordare che le conclusioni mettono l'accento sulla necessità di lasciare immutata la responsabilità degli Stati membri per quanto concerne l'elaborazione delle politiche per l'integrazione pur indicando che «*tali politiche dovrebbero essere sviluppate in un quadro coerente dell'Unione europea, tenendo conto della diversità giuridica, politica, economica, sociale e culturale degli Stati membri*».

---

(112) Conclusioni della Presidenza, Punto 4.

(113) Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni su Immigrazione, integrazione e occupazione, COM (2003) 336 definitivo, 3 giugno 2003.

(114) Vedi anche Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM (2000) 757 definitivo, 22 novembre 2000.

(115) Consiglio europeo di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003, Conclusioni della Presidenza, punto 28 pagina 9.

Questa strategia comunitaria è stata ripresa dal Programma dell'Aia del novembre 2004 e, in questo contesto, mi preme sottolineare che l'integrazione è il quinto obiettivo strategico. Il testo, infatti, sancisce che è necessario, in materia di integrazione, «*massimizzare le ricadute positive della migrazione sulla nostra società e sulla nostra economia*» e, per questo motivo, è essenziale «*elaborare misure di sostegno per aiutare gli Stati membri a porre in essere le politiche d'integrazione più confacenti e a prevenire l'isolamento e l'esclusione sociale delle comunità di immigrati, contribuendo alla comprensione e al dialogo tra culture e religioni, in base ai valori fondamentali dell'Unione*».

Il Consiglio Giustizia e Affari Interni del 19 novembre 2004 ha approvato i principi fondamentali comuni della politica di integrazione degli immigrati nell'Unione europea (116) ribadendo che «*lo sviluppo e l'attuazione della politica di integrazione è pertanto una responsabilità primaria dei singoli Stati membri, piuttosto che dell'Unione nel suo insieme*». Quindi il Consiglio ha definito, nel campo dell'integrazione, il ruolo della Commissione come quello di «*services provider*» piuttosto che assegnarle la parte di attore principale in questo processo complesso ed articolato.

Questa forte posizione politica è in seguito «moderata» dallo stesso Consiglio quando, al punto 4, ricorda che «*l'insuccesso di un singolo Stato membro nello sviluppo e nell'attuazione di una politica d'integrazione efficace può in vari modi avere ripercussioni negative per altri Stati membri e per l'Unione europea. Può influire ad esempio sull'economia e sulla partecipazione al mercato del lavoro, può minare il rispetto dei diritti dell'uomo e l'impegno di rispettare gli obblighi internazionali, nei confronti dei rifugiati e delle altre persone che necessitano di protezione internazionale, assunto dall'Europa, come pure generare alienazione e tensioni all'interno della società*».

Le predette epitomizzano lo stato «umorale» degli Stati membri dell'Unione europea verso la *res europea*. Da una parte, si afferma che la responsabilità delle politiche relative all'integrazione ricade unicamente sugli Stati membri. Dall'altra, visto che il grado di fiducia fra Stati non è sempre alto, si fa riferimento, seppur velatamente, alla necessità di armonizzare alcuni elementi

---

(116) Sessione 2618 del Consiglio Giustizia e Affari Interni del 19 novembre 2004, pagine 15-24.

delle politica di integrazione per evitare che taluni Stati adottino provvedimenti che possano, in qualche maniera, danneggiare gli altri. Una linea che è stata già perseguita per le regolarizzazioni effettuate a livello nazionale senza previa informazione degli altri Stati membri.

Questo dualismo «cartesiano» ha dato appunto vita ai principi fondamentali comuni (117) che rappresentano un buon compromesso fra le legittime e naturali pulsioni nazionali e la necessità di inquadrare lo spinoso problema a livello europeo. Questi principi mirano, *inter alia*, ad «agevolare gli Stati membri nella formulazione delle politiche di integrazione mettendo a loro disposizione una guida semplice non vincolante ma ponderata dei principi fondamentali in base ai quali esaminare e valutare i propri sforzi. Gli Stati membri possono anche avvalersi di tali principi per fissare priorità e sviluppare ulteriormente i propri obiettivi verificabili. Sta ai singoli Stati membri decidere se tali principi possano essere loro utili nel formulare politiche di integrazione per altri gruppi bersaglio. Questi principi saranno importanti sia per gli Stati membri con una notevole esperienza in materia di immigrazione massiccia, sia per quelli che sono divenuti meta di un numero consistente di immigrati solo di recente».

Il Consiglio europeo del 1° e del 2 dicembre 2005 (118) ha sottolineato l'esigenza di potenziare le politiche d'integrazione degli Stati membri ed «accoglie con favore la presentazione della comunicazione della Commissione del 1° settembre 2005 intitolata «Un'agenda comune per l'integrazione — Quadro per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'Unione europea». Quindi, la Commissione europea può contare sull'appoggio degli Stati membri per definire un quadro di riferimento volto a promuovere l'integrazione di cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in Europa. Questa cornice di cooperazione conta sullo scambio di buone pratiche a livello comunitario, in particolare sia mediante la rete di cellule nazionali di contatto in materia di integrazione degli Stati membri, sia mediante il manuale sull'integrazione, rivolto a politici e operatori del settore.

---

(117) Si veda inoltre «*Beyond the Common Basic Principles on Integration: The next steps*», European Policy Center, Issue Paper 27 (revised), 15 April 2005.

(118) Sessione 2696 del Consiglio Giustizia e Affari Interni del 1 e 2 dicembre 2005, pagine 36-38.

L'ultimo punto riguarda la conferenza di Rotterdam, organizzata dalla città di Rotterdam insieme alla Commissione Europea ed ad Eurocities(119) il 9 ottobre 2006. Questo evento ha segnato un ulteriore sviluppo a livello europeo e dato maggior visibilità al tema dell'integrazione, generalmente trattato da esperti, ed all'impegno della Commissione europea. Una manifestazione che ha coinvolto i quattro Commissari che hanno le competenze rilevanti per favorire l'integrazione(120), operatori del settore, accademici e la società civile. L'idea è nata per avvicinare le persone ad un tema delicato e particolarmente sentito, come fra l'altro dimostrato dal lavoro svolto dal gruppo dei consiglieri del Presidente Barroso (BEPA) in questo settore(121). Questo *forum* di Rotterdam ha permesso di raccogliere idee e dare una maggior rilevanza politica all'integrazione ancora e troppo spesso percepita come un problema da trattare a livello locale e non europeo. L'Europa può e deve dare il suo contributo e certamente farà tesoro dell'esperienze delle realtà locali. L'Europa deve essere protagonista di un processo di «*integration building*(122)» e non deve trovarsi impreparata di fronte ad una sfida che la composizione della sua popolazione futura rende inesorabile. Lo può e lo deve fare a partire dalle politiche della sussidiarietà, dove la mano pubblica è vicina ai cittadini e le azioni possono essere più mirate e incisive. In altre parole, l'approccio dell'Europa deve diventare più attivo ed attento a questo fenomeno politicamente prioritario. L'iniziativa di Rotterdam, infatti, non rimarrà isolata dato che il Vice Presidente Frattini ha disposto che questa prima conferenza venga seguita da altre in modo da stimolare la partecipazione attiva della società civile(123).

---

(119) È una rete europea di cui fanno parte 115 città e promuove progetti transnazionali e lo scambio di esperienze a livello locale.

(120) Jan Figel, Franco Frattini, Danuta Hübner e Vladimir Spidla.

(121) Ricordo che il 4 ottobre 2006, il BEPA ha licenziato un testo che esamina la correlazione fra il fenomeno migratorio e la percezione pubblica dello stesso. Gli autori giustamente mettono l'accento come anche il processo dell'integrazione venga «toccato» dai cittadini seguendo le vicende pubblicate dagli organi di stampa.

(122) Dal 1° gennaio 2007, la Commissione europea dispone di un fondo specifico sull'integrazione che, per il periodo 2007-2013, può contare su 825 milioni di euro. L'istituzione di questo fondo è stata preceduta da una serie di azioni preparatorie, denominate INTI, che hanno finanziato progetti di dimensione europea elaborati dalle autorità locali, dai partners sociali e dalla società civile.

(123) La prossima conferenza verrà celebrata a Milano nell'ottobre 2007.



L'insieme di iniziative a livello politico, sia esso nazionale, regionale o locale, e a livello di società civile (124), deve necessariamente continuare unitamente all'impegno degli Stati membri dell'Unione europea affinché l'integrazione dei cittadini dei paesi terzi diventi un solido pilastro della politica migratoria comunitaria basato su l'adeguamento reciproco dell'immigrato e della società ospitante. Questo processo di adattamento deve fondarsi sulla fiducia reciproca, sulla partecipazione attiva e sul dialogo e deve portare alla definizione di un impianto di misure appropriate e condivise capaci di offrire ai nuovi arrivati tutte le informazioni necessarie per decidere di diventare parte integrante della società del paese ospitante. Questo processo deve soprattutto coinvolgere i giovani cittadini europei che, come dimostra uno studio effettuato da un istituto spagnolo, non vivono positivamente la convivenza scolastica con i loro coetanei arrivati da paesi terzi (125). Non dobbiamo dimenticare che integrarsi è soprattutto una scelta individuale che può essere presa solo se la persona ha capito ed apprezzato i valori ed i costumi che costituiscono le basi della società del nuovo paese ospitante (126).

#### 11. Osservazioni conclusive.

Dal lontano Consiglio europeo di Tampere del 1999, lo sviluppo della politica europea in materia di migrazione è stato decisamente all'altezza delle attese degli Stati membri, nonostante «un incidente di percorso». Il Vice Presidente della Commissione, Franco Frattini ha rilanciato con forza e determinazione la politica comunitaria nel campo della migrazione legale dimostrando che la Commissione europea è pronta ad assumersi maggiori responsabilità in questo delicato ambito legislativo. Come evidenziato al punto 1.2 del Programma dell'Aia «la migrazione *inter-*

---

(124) Intesa come insieme di diversi attori, fra cui operatori di settore, sindacati, associazioni di imprenditori, di immigrati, organizzazioni non governative e università.

(125) Si veda l'articolo pubblicato dal «*El Mundo*», 23 ottobre 2006, pagina 23. L'Istituto per la valutazione e la consulenza scolastica (IDEA) ha intervistato 2.000 studenti delle scuole di Madrid chiedendo se fossero felici di avere in classe giovani immigrati. Solo il 50% di questi ragazzi ha risposto in termini positivi al quesito.

(126) Per maggiori approfondimenti, COLLETT, E., «*One size fits all? Tailored integration policies for migrants in the European Union*», European Policy Centre, Working Paper N. 24, April 2006.

*nazionale continuerà»* (127) e senza una politica comunitaria sarà sempre più difficile ed oneroso per uno Stato poter fronteggiare con successo *uti singulo* questa sfida dai contorni mutevoli.

Come esposto, sarebbero numerosi i vantaggi di avere, in tempi ragionevolmente rapidi, una politica europea dell'immigrazione per lavoro (128). Il primo sarebbe quello di ridurre in maniera significativa il «carico amministrativo» per gli Stati membri e per i cittadini dei paesi terzi. Questo potrebbe accelerare gli ingressi dei nuovi lavoratori pur mantenendo inalterati i controlli per garantire adeguate condizioni di sicurezza. Il secondo riguarda il mercato del lavoro e vantaggi legati ai futuri squilibri delle finanze pubbliche di molti Stati membri dell'Unione europea. È opportuno precisare che aumentare la partecipazione nel mercato del lavoro ha effetti positivi sulla crescita socio-economica di un paese. Da qui nasce inoltre l'esigenza di attirare giovani talenti che possono dare un decisivo contributo in settori chiave con il fine di aumentare la competitività europea a livello mondiale. Il terzo concerne l'importanza del capitale umano che è uno dei fattori principali che condizionano la produttività di un paese e la qualità della sua ricerca. Creare canali di ingresso per differenti categorie di lavoratori potrà altresì fornire all'Unione europea un ulteriore strumento di cooperazione con i paesi terzi che chiedono ingressi «agevolati» per i loro cittadini che hanno un differente *background* professionale ed accademico (129). Adbelkader Latreche ricorda nel suo studio (130) che gli immigrati con le migliori qualifiche provengono dalla Giordania, Israele, Libano, Palestina e Siria e generalmente scelgono il Canada e gli Stati Uniti come destinazione, mentre Algeria, Marocco, Tunisia

---

(127) Consiglio Europeo del 4 e 5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, pagina 16.

(128) Per ulteriori approfondimenti, si veda MÜNZ, R., STRAUBHAAR, T., VADEAN F. e VADEAN N., «*The costs and benefits of European immigration*», Hamburg Institute of international economics, October 2006 e PAPADEMETRIOU, D., «*Europe and its immigrants in the 21th century*», Migration Policy Institute e Luso-American Foundation, 2006.

(129) Si veda LATRECHE, A., «*Les caractéristiques de la population active immigrés originaires d'Afrique du Nord et du Moyen Orient à travers le monde*», CARIM-AS 2006/02. Come ricorda l'autore, oggi oltre il 52% degli immigrati dal Nord Africa e dal Medio Oriente svolgono attività che non richiedono qualifiche particolari. Si tratta di quelle attività che i cittadini europei non desiderano più svolgere, nonostante una crescente domanda.

(130) *Ibidem*.

e Turchia forniscono agli Stati membri europei immigrati con scarse o senza qualifiche o lavoratori stagionali.

Nell'ultima decade, l'Europa ha registrato una crescita economica modesta e sicuramente inferiore al suo potenziale. A questo rallentamento, in alcuni paesi europei, si sono aggiunti un progressivo invecchiamento della popolazione attiva ed un preoccupante deterioramento delle finanze pubbliche. Il declino demografico europeo continua a progredire ed il bisogno di nuovi immigrati diventerà sempre più acuto. Il Libro Verde (131) lancia un chiaro segnale di allarme in questa direzione: «*Nel periodo 2010-2030, al ritmo degli attuali flussi migratori, il calo della popolazione in età attiva nell'UE-25 comporterà una riduzione del numero degli occupati di circa 20 milioni di unità*».

Per quanto riguarda il mercato del lavoro, gli immigrati hanno dimostrato una maggior disponibilità a viaggiare per motivi di lavoro rispetto ai cittadini comunitari che, generalmente, preferiscono trovare un impiego nel loro paese di origine. È sufficiente menzionare un dato: nel 2005, la mobilità totale della popolazione europea professionalmente attiva è stata dell'1% (132) che è superiore alla mobilità registrata nel 2000 (133).

L'Unione europea desidera dare maggior coerenza all'azione politica che spesso si trova prigioniera di due esigenze apparentemente contrapposte. Da una parte, è necessario coniugare la necessaria fermezza contro il fenomeno dell'immigrazione illegale con il rispetto dei diritti dell'uomo, il principio dell'accoglienza e la capacità di integrazione. Dall'altra, è essenziale creare dei «ca-

---

(131) Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica, COM (2004) 811 definitivo, 11 gennaio 2005, pagina 4.

(132) Per maggior approfondimenti, si veda DIEZ GUARDIA, N. e PICHELMAN, K., «*Labour Migration Patterns in Europe: Recent Trends, Future Challenges*», European Commission, Economic Papers N. 256, September 2006. Un'altra importante pubblicazione della Commissione europea, che fornisce un affidabile compendio di statistiche, è «*Employment in Europe 2006*», pagine 210-244.

(133) Nel 2000, la mobilità interna all'Unione, relativa ai 15 paesi, è stata di 470.000 persone, mentre nel 2005 la mobilità interna ha interessato 610.000 lavoratori comunitari. Nel 2005, le destinazioni preferite sono state il Regno Unito (27%), la Germania (19%), la Spagna (14%) e la Francia (11%). Nello stesso anno, i lavoratori «meno mobili» all'interno del mercato europeo sono stati gli italiani ed i greci. Infine, è utile ricordare che nel 2000 la mobilità interessava solo i lavoratori altamente qualificati (44% del totale, cioè 206.800 persone), mentre le opportunità per i lavoratori con scarse o senza qualifiche erano molto limitate. Le statistiche dimostrano invece che per gli immigrati la mobilità è maggiore per le attività dove non sono richieste particolari qualifiche o precedenti esperienze di lavoro. Prevedo, tuttavia, che l'allargamento dell'Unione europea aumenterà, nei prossimi anni, la mobilità interna dei lavoratori europei.

---

nali di entrata» che permettano un accesso al mercato del lavoro europeo meno complicato per i lavoratori dei paesi terzi. È ovvio che «comunitarizzare» la politica migratoria non sarà certo la panacea capace di curare tutti gli «affanni» europei. Quello che è sicuro, però, è che non averla non potrà di certo aiutare l'Europa ad accrescere il suo tasso di crescita economica, di competitività e di produttività nei prossimi anni.



RENATO FEDERICI

## LA NOZIONE DI RIFIUTI: UNA TEORIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nozione comunitaria. — 3. Gli orientamenti della Corte di giustizia. — 3.1. L'orientamento iniziale: il valore attribuito al catalogo dei rifiuti. Il pericolo di trasformare i non rifiuti in rifiuti. — 3.2. L'orientamento attuale. Il significato del termine «disfarsi». Gli indizi per la distinzione tra non rifiuti e rifiuti. Il valore economico (sembra risorto) come criterio che promette un utilizzo certo. — 4. Il concetto di rifiuto come opposto del concetto di bene. — 5. I rifiuti e i relativi obblighi. — 6. Il disfarsi e il concetto di trasferimento. — 7. Sulla differenza tra (ri)utilizzo dei rifiuti e riutilizzo dei beni. — 8. Chi produce rifiuti paghi! Chi inquina venga punito! — 9. Il siero di latte. — 10. Il coke da petrolio. — 11. La traduzione matematica del «Teorema» Federici sui rifiuti. — *Allegato*: Traduzione matematica del Teorema Federici sui rifiuti (a cura di MANCA R.). — Nota bibliografica.

### 1. INTRODUZIONE.

Anche un bene può essere considerato un rifiuto, se chi lo possiede lo vuol gettar via. Per il diritto comunitario, i rifiuti sono le sostanze e gli oggetti di cui il detentore si disfa o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi. In genere, però, i rifiuti sono mali, ossia il contrario dei beni. Al contrario dei beni, i rifiuti sono caratterizzati da un disvalore economico anziché da un valore economico (o affettivo), che porta al «disfarsi» di essi; e per ciò sono o diventano cose oggetto di doveri e obblighi imposti dall'ordinamento giuridico al fine di prevenire danni a terzi o alla collettività; e quindi i rifiuti sono cose oggetto di doveri e di obblighi a difesa dei terzi e della collettività contro l'abbandono in malafede (incauto e pericoloso).

Nel disfarsi occorre rispettare doveri ed obblighi: per chi li viola sono previste sanzioni pesanti. Infatti, dei beni non ci si disfa facilmente, anzi si cerca di acquistarli e di trarne godimento o profitto (e, in genere, sono oggetto di commercio); mentre si sa-

rebbe indotti a disfarsi senza costi o al minor costo con i rifiuti, se ciò non fosse vietato dall'ordinamento giuridico che con questi divieti tutela e difende i terzi e l'ambiente.

In questo saggio (1) ci si occuperà unicamente della problematica inerente alla definizione del concetto di rifiuto. A me, dunque, l'occasione, l'onere (e soprattutto, il piacere) di informare il lettore sullo stato della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina sul concetto di rifiuto. L'occasione e l'onere si possono facilmente comprendere: va da sé che il preparare un'indagine importante (come questa) sia sempre, allo stesso tempo, una buona occasione per cimentarsi su un argomento di teoria generale, ed un grave onere nei confronti delle giuste aspettative dei curatori di questa rivista e dei lettori. Viceversa, è un po' strano che si parli (almeno, esplicitamente) di piacere. Per me, però, si tratta di un vero piacere perché (e subito ve ne do notizia) sono autore di un tentativo di definizione del concetto in esame (2) che, peraltro è assai semplice: tanto semplice quanto, invece, risultano difficoltose, impegnative e tutto sommato incerte tanto le formulazioni del legislatore (comunitario e nazionale) quanto quelle della giurisprudenza (comunitaria e nazionale). Quello da me proposto è un criterio semplice e chiaro soprattutto per separare e quindi per dare la possibilità di distinguere i non rifiuti dai rifiuti nei casi più difficili e problematici. Ossia nei casi in cui ve n'è più bisogno. Il punto cruciale della tesi da me sostenuta è che i rifiuti sono tanto diversi dai beni da poter essere considerati il loro contrario. È proprio per questo motivo che si tende a disfarsi dei rifiuti mentre si vuole godere e/o disporre dei beni.

Si può dire che la dottrina abbia collaborato nel sostenere e nel contrastare le tesi della giurisprudenza e quindi in un certo senso abbia anticipato, sposato o forzato gli orientamenti delle sentenze. Tutto sommato è un percorso questo che si riscontra di frequente: dottrina e giurisprudenza che marciano di pari passo, un po' come i due binari di una ferrovia. Spesso i giudici, in particolare i giudici costituzionali, quelli comunitari e gli avvocati

---

(1) Salvo alcuni adattamenti, i primi due paragrafi di questa ricerca sono in corso di pubblicazione nel *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di) M.P. CHITI e G. GRECO, II ed., Milano, 2007.

(2) FEDERICI R., *A proposito di cose che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 311 e ss.; ID., *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, vol. II, 1077 e ss.

generali presso la Corte di giustizia contribuiscono non poco alla crescita della dottrina prima e dopo la cessazione da questi servizi e qualche volta anche durante. In altre parole, il passaggio dagli studi teorici (e dall'insegnamento universitario) all'attività giudicante è assai frequente e così anche il percorso inverso. Tanto per citare il nome di un grande studioso diventato giudice costituzionale (e poi assunto alla presidenza della Corte Costituzionale) viene subito da ricordare Aldo M. Sandulli. Per la Corte di giustizia e/o gli avvocati generali presso di essa, si può pensare ad Antonio La Pergola, Giuseppe Tesauro, Antonio Tizzano. Per quanto concerne, in particolare il settore dei rifiuti, si sono distinti soprattutto i giudici della magistratura nazionale specializzati in diritto penale dell'ambiente e tra essi Gianfranco Amendola, Amedeo Postiglione, i fratelli Giampietro, Maurizio Santoloci, Serenella Beltrame.

In sostanza, le opinioni ruotano tutte attorno al concetto di «disfarsi». Carattere, questo, sicuramente fondamentale; ma che occorre riempire di contenuti concreti. Esso deve essere riscontrato (misurato) sulla base di parametri concreti atti a dimostrare che nei casi in cui la vendita non era possibile il produttore/detentore si è disfatto. E, nel contempo sia atto a dimostrare anche la fattispecie contraria e che cioè non si tratta di disfarsi laddove la vendita sostanziale è possibile per il valore che le cose conservano. In sostanza, se io mi accordo per la vendita di alcuni residui o di oggetti che non mi servono più, si deve pensare che non mi disfo di queste cose. Ovviamente il ragionamento cade se si tratta di vendita simulata. La vendita deve essere non solo formale ma anche sostanziale. Ci devono essere tutti gli elementi caratteristici della vendita compreso il pagamento da parte dell'acquirente del bene acquistato. Se invece la vendita non è veritiera, allora si tratta di un artificio posto in essere con l'intento di frodare la legge che va smascherato. Anzi, questo inganno deve essere smascherato: va smascherato! Il criterio per rivelare i tentativi di camuffamento possono essere desunti dalla conoscenza del mercato dei residui e degli oggetti usati e dall'insieme delle circostanze che influiscono sui casi concreti. Ecco: il criterio da me proposto si presta a svelare i camuffamenti ma impedisce anche che si esageri nel senso opposto: quello, cioè, di considerare ogni residuo quale rifiuto. Infatti quello che il legislatore comunitario



richiede è di assicurare un elevato livello di protezione ambientale e non già di trasformare artificialmente i non rifiuti in rifiuti (3).

Che faccio di questa cosa? Riesco a venderla? Non riesco a venderla? Se non riesco a venderla e/o non voglio venderla (o donarla), allora devo trattarla come un rifiuto. Se io decido che una cosa non mi serve e constato che non posso o che non devo trattarla come un bene, ma come un rifiuto, allora mi accorgo che prevalgono nettamente gli obblighi. Se, quindi, mi voglio liberare di ogni diritto come quello di proprietà su una cosa che rifiuto, io posso farlo facilmente come per tutte le cose mobili. Ma non altrettanto facilmente potrò liberarmi degli obblighi, quando considero e tratto la cosa come un rifiuto. Mi spiego, con l'atto del disfarsi si pone in essere (si attua) e quindi si manifesta la volontà di trasferire un rifiuto con atti e fatti concludenti. Ci si disfa della cosa che è diventata un peso: della cosa ormai oggetto esclusivo di doveri e di obblighi. E per farlo correttamente devono essere rispettati particolari obblighi e doveri. Altrimenti il disfarsi con modalità vietate diventa illecito ed è giustamente sanzionabile.

Il disfarsi, anzi, il modo con cui ci si disfa, è la prova che la qualificazione della cosa come rifiuto non è una qualificazione soltanto formale ma anche sostanziale. La causa della qualificazione, dunque, non va confusa con la prova e quindi non concerne il momento del disfarsi ma un momento precedente.

Il disfarsi è una manifestazione di volontà che si concretizza in una attività materiale. La manifestazione di volontà del detentore del rifiuto consiste nella consegna del rifiuto a chi ha il potere/dovere di riceverlo e di accettarlo (perché svolge il servizio di raccolta del rifiuto o dei rifiuti che in quel momento vengono consegnati) e non ad altri. Si tratta in questo caso di un modo legittimo di disfarsi dei rifiuti.

Altro modo di disfarsi è quello di farlo illecitamente. È questo il caso di quel possessore che nel disfarsi non rispetta le regole stabilite dall'ordinamento e pone in essere un comportamento illecito e quindi antigiuridico. Ed è proprio questo comportamento illecito che l'ordinamento vuole impedire e sanzionare, perché produce danni da inquinamento all'ambiente e/o ai beni altrui.

---

(3) Il concetto viene ripreso e sviluppato nei paragrafi seguenti.

## 2. LA NOZIONE COMUNITARIA.

La scienza moderna dapprima si è prefissa lo scopo di ricercare e produrre sempre nuovi beni per soddisfare i crescenti bisogni e quindi per soddisfare la crescita dell'umanità. In un certo senso, di pari passo è cresciuta la dannosità dei rifiuti e non si è pensato subito di porvi rimedio per salvaguardare l'ambiente. Almeno all'inizio ci si è preoccupati molto meno degli effetti negativi di alcuni nuovi prodotti(4). Ciò non vuol dire che le civiltà meno recenti non producessero rifiuti. Il fenomeno era quantitativamente e qualitativamente meno intollerabile tanto da parte delle persone (forse?) quanto dall'ambiente naturale(5).

Gli ordinamenti giuridici almeno fino agli anni Sessanta del XX secolo, in qualche misura, sono stati colti di sorpresa e quindi si sono trovati impreparati di fronte all'improvviso sviluppo delle scoperte e delle applicazioni della scienza e soprattutto hanno sottovalutato gli effetti negativi dei rifiuti prodotti dalla tecnologia; la quale peraltro con il suo rapido evolversi rende obsoleti anche prodotti scoperti appena poco tempo prima (senza tralasciare il fenomeno dei prodotti costruiti appositamente per non durare troppo a lungo).

I rifiuti oltre ad essere cose in sé rovinare (inutili), tendenzialmente (e cioè, se non si è prudenti) possono danneggiare i beni con cui vengono a contatto. È per questo che si dice che i rifiuti inquinano. Ossia, i rifiuti hanno il difetto ulteriore di rovinare quelle cose che toccano, e con le quali si mescolano; come ad esempio, le acque: le acque potabili, le acque dei fiumi, dei laghi, dei mari; così come, altri esempi, inquinano il suolo, inquinano l'aria.

I rifiuti sono caratterizzati dalla prevalenza di difetti rispetto ai pregi. Si può dire che i rifiuti sono veleni e possono trasformarsi in veleni ancor più potenti. Ma sta all'intelligenza del-

---

(4) Si pensava infatti che il mare e l'aria fossero dei contenitori inesauribili e riuscissero a disperdere (riciclare) ogni sorta di rifiuto liquido e gassoso.

(5) Per la descrizione storica vedi ad esempio SORI E., *La città e i rifiuti. Ecologia urbana dal Medioevo al Primo Novecento*, Bologna, 2001. Ma anche nell'antica Roma il problema costituito dai depositi di rifiuti non era da poco. Vedi ad esempio gli articoli di CARENA C. sul «Sole 24 Ore» nel domenicale del 1° aprile 2001 e del 22 aprile dello stesso anno.

l'uomo e dell'ordinamento giuridico indirizzare i comportamenti umani e la gestione delle cose in senso virtuoso approfittando delle caratteristiche vantaggiose per ridurre o far scomparire quelle di svantaggio; come quando si riesce a utilizzare i sottoprodotti. Certo l'uomo è il peggiore nemico di se stesso: ha costruito anche armi di distruzione di massa. L'intelligenza dell'uomo può condurre a questi disastri. Ma senza andar troppo lontano, cerchiamo di applicare l'intelligenza e la tecnologia nel senso di prevenire e ridurre al minimo i disastri e quindi anche l'inquinamento da rifiuti.

«Per rendere più efficace la gestione dei rifiuti nell'ambito della Comunità, sono necessarie una terminologia comune e una definizione dei rifiuti» (6). A ciò aveva iniziato a provvedere la direttiva generale sui rifiuti 75/442/CEE del 15 luglio 1975, la quale successivamente è stata modificata a più riprese; finché, di recente, è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/12/CE del 5 aprile 2006. Il testo ora in vigore della nozione comunitaria di rifiuti non si discosta dalla formulazione contenuta nella direttiva 91/156/CEE del 18 marzo 1991: la quale, com'è noto, aveva riformulato integralmente la dicitura della direttiva originaria. Rimarrà deluso chi si aspettava che con la nuova direttiva generale sui rifiuti si sarebbe tentato di dissolvere le incertezze derivanti dalla formulazione del 1991 (7).

Ai sensi delle direttive comunitarie per rifiuto si intende ancora «qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell'allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi» (8).

---

(6) III Considerando, direttiva 5 aprile 2006, 2006/12/CE (rimasto identico al III Considerando della direttiva CEE 18 marzo 1991, n. 91/156).

(7) Tra questi, sicuramente BORZI A., *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (dis)applicazione interna*, in questa *Rivista*, 2004, 799.

(8) Art. 1, paragrafo 1, lett. a), direttiva 5 aprile 2006, n. 2006/12/CE.

L'allegato 1 consiste in un elenco composto da 16 categorie precedute dalla sigla Q. Eccone il testo:

«Q1 Residui di produzione o di consumo in appresso non specificati

Q2 Prodotti fuori norma

Q3 Prodotti scaduti

Q4 Sostanze accidentalmente riversate, perdute o aventi subito qualunque altro incidente, compresi tutti i materiali, le attrezzature, ecc. contaminati in seguito all'incidente in questione.

Q5 Sostanze contaminate o insudiciate in seguito ad attività volontarie (ad esempio residui di operazioni di pulizia, materiali da imballaggio, contenitori, ecc.)

Q6 Elementi inutilizzabili (ad esempio batterie fuori uso, catalizzatori esauriti, ecc.)

Sulla base di questa definizione, si sono creati due orientamenti: uno, oggettivo; e l'altro, soggettivo.

Secondo il criterio oggettivo, i rifiuti sono le sostanze e gli oggetti elencati espressamente dalla norma. È stata posta in discussione l'idoneità delle categorie e dell'elenco come criterio per l'individuazione dei rifiuti; e soprattutto assai criticata è stata l'ultima categoria: «Q16 Qualunque sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate». A tenore della quale tutto potrebbe essere considerato rifiuto. Ciò che rende manifesta l'inutilità dell'elenco medesimo. Infatti se un elenco non completo è suscettibile di integrazione e quindi può essere considerato esemplificativo, esso in ogni caso non può essere chiuso con una clausola (fin troppo aperta!) che si presta a farvi rientrare di tutto. Si tratta chiaramente di un eccesso: di una esagerazione che nuoce: la rende sostanzialmente inidonea allo scopo e dunque inutile.

Secondo il criterio soggettivo, i rifiuti sono le sostanze e gli oggetti di cui il detentore si disfa. In passato e prima della riforma del 1991, si diceva: le sostanze e gli oggetti che il detentore abbandona o abbia deciso di abbandonare. Per alcuni infatti la principale novità della riforma del 1991 è stata quella di sostituire il concetto di abbandonare con quello di disfarsi. Per altri, la novità suddetta ha avuto carattere puramente terminologico. Comunque, oggi si preferisce nettamente la formula «disfarsi», così da aver chiara la differenza tra abbandono di un bene (abbandono di una cosa utile che altri può legittimamente acquisire at-

---

Q7 Sostanze divenute inadatte all'impiego (ad esempio acidi contaminati, solventi contaminati, sali da rinverimento esauriti, ecc.)

Q8 Residui di processi industriali (ad esempio scorie, residui di distillazione, ecc.)

Q9 Residui di procedimenti antinquinamento (ad esempio fanghi di lavaggio di gas, polveri di filtri dell'aria, filtri usati, ecc.)

Q10 Residui di lavorazione/sagomatura (ad esempio trucioli di tornitura o di fresatura, ecc.)

Q11 Residui provenienti dall'estrazione e dalla preparazione delle materie prime (ad esempio residui provenienti da attività minerarie o petrolifere, ecc.)

Q12 Sostanze contaminate (ad esempio olio contaminato da PCB, ecc.)

Q13 Qualunque materia, sostanza o prodotto la cui utilizzazione è giuridicamente vietata

Q14 Prodotti di cui il detentore non si serve più (ad esempio articoli messi fra gli scarti dall'agricoltura, dalle famiglie, dagli uffici, dai negozi, dalle officine, ecc.)

Q15 Materie, sostanze o prodotti contaminati provenienti da attività di riattamento di terreni

Q16 Qualunque sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate».

traverso il possesso) e il disfarsi (e non già l'abbandono) di un non bene (e cioè, di un male ovvero di una cosa che costituisce oggetto solo di doveri, obblighi e di costi da sopportare per disfarsi di essa senza danno per l'ambiente e per usufruire dei servizi forniti dalle imprese di raccolta e gestione dei rifiuti).

Mi è sembrato di capire «che il legislatore accolga il criterio oggettivo come criterio di base integrabile da quello soggettivo riguardo alle «cose» che non si è obbligati a considerare rifiuti. Considerando rifiuti quelle «cose» che sono tali per disposizione di legge, il legislatore lascia però spazio al soggetto (non per «disfarsi» di una cosa preziosa come fosse un rifiuto ma) di trattare come rifiuti «cose» che altri, conservandole, potrebbero legittimamente considerare come beni» (9).

### 3. GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.

#### 3.1. *L'orientamento iniziale: il valore attribuito al catalogo dei rifiuti. Il pericolo di trasformare i non rifiuti in rifiuti.*

Esaminiamo quello che è stato l'orientamento iniziale seguito dalla Corte di giustizia. In esso prevalse il criterio di dare eccessivo valore alla catalogazione. Se una sostanza, se un oggetto rientrano nel catalogo dei rifiuti, allora questa o questo sono rifiuti; anche se essi hanno un valore economico. Portando agli estremi questo concetto tutti i residui di produzione, anche i residui di produzione di metalli preziosi (oro, argento, platino) o di altri metalli come il rame, il ferro sono rifiuti, ai sensi della prima categoria dell'elenco dei rifiuti. Della quale si ricorda il testo: «Q1 Residui di produzione o di consumo in appresso non specificati». Non ci sono dubbi, anche i residui di produzione dei metalli sono rifiuti. Ma questa interpretazione non poteva reggere a lungo. Tuttavia, sono manifestazione di questo indirizzo le prime sentenze della Corte di giustizia: sezione I, 28 marzo 1990, in cause riunite 206 e 207/88 (10); sezione VI 25 giugno 1997, in cause riunite 304, 330, 342/94 e 224/95 (11).

---

(9) FEDERICI R., *A proposito di «cose» che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit., 330 s., nota 50 e 336.

(10) In *Foro it.*, 1990, IV, 293 e ss.

(11) In *Foro it.*, 1997, IV, 378 e ss.

Invero, in una delle ordinanze che avevano dato origine alla procedura davanti alla Corte di giustizia (in cause riunite 206 e 207/88) si chiedevano chiarimenti per poter riconoscere a quali condizioni sostanze od oggetti suscettibili di riutilizzazione economica diventassero rifiuti. E a giudizio del pretore di Asti (e cioè colui che aveva presentato la suddetta questione pregiudiziale alla Corte di giustizia), la Corte non aveva risposto a questa domanda (12).

Nella specie si trattava di decidere circa l'attività di raccolta di rottami vari che poi venivano rivenduti a terzi. Il pretore chiedeva lumi circa il collegamento funzionale tra l'attività del raccoglitore e le operazioni successive. Egli (e a suo giudizio) non avendo ricevuto chiarimenti dalla sentenza della Corte di giustizia, si rispose da solo. E disse: «se si accerta che un'impresa, dopo aver raccolto e stoccato vari materiali di scarto, li consegna ad un terzo che impiega quelle cose in operazioni di riciclaggio, è indiscutibile che l'attività non rientri nel novero di quelle soggette al d.P.R. n. 915 (13). Viceversa, se si accerta che, dopo la raccolta, le cose vengono conferite ad un terzo che gestisce una discarica o un impianto di incenerimento, è altrettanto indiscutibile che quella è una delle fasi dello smaltimento dei rifiuti soggetta alle norme del d.P.R. n. 915 (14)» (15).

Occorre rilevare, però, che la Corte di giustizia, a suo modo, aveva risposto ma in termini molto più drastici di quanto si aspettasse il Pretore di Asti. La Corte sentenziò, infatti, che «la nozione di rifiuto» «non deve intendersi nel senso che esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica» (16). Tanto per esemplificare, tutti i residui di produzione o di consumo sono rifiuti. Senza eccezione alcuna e quindi indipendentemente dal valore economico e dal riutilizzo certo di alcuni di essi e dei sottoprodotti. E la Corte di giustizia arrivò al punto di sostenere che la qualificazione di rifiuto si applica «ad

---

(12) Cfr. nota redazionale, in *Foro it.*, 1990, IV, 293 e s.

(13) Il d.P.R. n. 915, sopra richiamato, era quello che al tempo dei fatti disciplinava la materia dei rifiuti nell'ordinamento italiano.

(14) Vedi nota precedente.

(15) Stralcio della sentenza 7 maggio 1990 del Pretore di Asti, così come riportata nella nota redazionale in *Foro it.*, alla sentenza della Corte di giustizia in corso di commento.

(16) Corte di giustizia, Sez. I, 28 marzo 1990, cause riunite 206 e 207/88, punto 9, *cit.*

ogni sostanza e ad ogni oggetto di cui il detentore si disfi, senza distinguere dell'intenzione del detentore che si disfa della cosa» (17). Come se, ad esempio, nei confronti di tutti i residui di produzione e di consumo esistesse un obbligo di considerarli rifiuti (18). Non si tiene in nessun conto dell'idoneità dei residui od usi futuri e della prova che il loro utilizzo è certo: se chi li possiede in nessun modo li tratterebbe come rifiuti; se nessun danno per inquinamento verrebbe all'ambiente e alla salute umana.

Che cosa si intende, dunque, per «si disfi»? e/o per disfarsi? Sussiste, quindi, il pericolo che ogni trasferimento di beni di seconda mano (ovvero, di beni usati) sia considerato come modo di trasferimento di rifiuti.

A questo eccesso si è arrivati perché troppo a lungo si era cercato di non risolvere il problema dell'inquinamento da abbandono di rifiuti. Cosicché, quando finalmente prevalse nell'ordinamento giuridico e nella coscienza sociale l'importanza e la necessità di una disciplina severa nel trattamento dei rifiuti, questa, si affermò in forma travalicante. La quale, appunto, perciò, aveva bisogno di qualche ritocco per ritornare nel giusto alveo. Altrimenti ogni utilizzo di residui sarebbe stato considerato come un'operazione di recupero di rifiuti: non tenendo conto che alcuni residui possono avere ancora tutte le caratteristiche dei beni. Si pensi, ad esempio, ai residui delle lavorazioni dei metalli preziosi e dei diamanti. Si pensi ai sottoprodotti della lavorazione dei minerali e delle rocce e di tante altre materie prime. La crusca è un sottoprodotto della lavorazione del frumento o è un rifiuto? Certamente, è un residuo rispetto alla produzione della farina. Ma è un rifiuto?! Il siero di latte che serve da alimento per alcuni animali come i suini oppure per la preparazione della ricotta, è un rifiuto (19)?

Nel giusto alveo non sembra ancora essere l'orientamento seguito dalla sentenza della Corte di giustizia, Sezione VI, 25 giugno 1997, in cause riunite 304, 330, 342/94 e 224/95 (20).

(17) Punto 11, sentenza ultima citata.

(18) *Ibidem*.

(19) Secondo un'ordinanza recente della Corte di cassazione, Sezione III penale, 16 gennaio 2006, n. 1414, parrebbe di sì. Per il commento a questa ordinanza si rinvia al paragrafo 9.

(20) In *Foro it.*, 1997, IV, 378 e ss.

Nel frattempo il testo della normativa originaria (della direttiva del 1975 n. 442) era mutato, infatti la Direttiva CEE 18 marzo 1991, n. 91/156 aveva sostituito i 12 articoli della Direttiva 75/442 CEE con diciotto nuovi articoli (21). Dopo questo richiamo per l'aggiornamento del quadro normativo, torniamo al commento della sentenza.

Tra le fattispecie all'esame, ve n'era almeno una sulla quale la Corte doveva prestare maggiore attenzione. Si trattava di una questione relativa ad una società (la Elios s.r.l.) la quale produceva componenti elettromeccanici e macchine elettriche, la quale vendeva oltre che i prodotti citati anche «rame ... proveniente dalla produzione di bobine elettriche», «pezzi di cavi», «materiali ferrosi», «rottami ferrosi» e «rottami misti». Acquirente era la Sia s.r.l. («Società autorizzata dalla regione Marche a raccogliere e trasportare siffatti materiali»). In altre parole, la Elios vendeva i materiali residuati e non utilizzati nella propria produzione. Vendeva scarti di produzione. Vendeva rifiuti? La Corte rispondeva positivamente, non accorgendosi però della contraddizione in termini. Chi vende non si disfa di rifiuti ma trasferisce beni. Ciò che si riesce a vendere, non solo ha valore per chi vende ma ne ha anche per chi compera. Colui che vende dimostra con i fatti che la sua intenzione non è quella di disfarsi (a tutti i costi: costi quel che costi) degli oggetti che vende. Egli non considera rifiuti ciò che la Corte di giustizia, in questa sentenza, qualifica invece come rifiuti. E questa è una forzatura della sentenza nell'interpretazione della direttiva. Il giudice non si è attenuto alla valutazione oggettiva (e cioè, economico-giuridica) che proviene dalla valutazione che la norma dà ai fatti economici nel loro svolgimento corretto, il quale non procura danni a terzi o all'ambiente. Se nel mercato si riesce a vendere ciò che ha un valore economico, vuol dire molto semplicemente che gli imprenditori non dovrebbero essere costretti a regalare cose di valore e magari (per il colmo della sfortuna o, più probabilmente, della persecuzione) essere costretti a dover pagare un servizio di cui non c'è bisogno, che non ha senso e che solo l'atteggiamento per-

---

(21) Per inciso si ricorda che la Direttiva 75/442 CEE del 15 luglio 1975 è stata modificata a più riprese in modo sostanziale. E perciò, di recente, è stata adottata una Direttiva generale (e cioè, il codice dei rifiuti) 2006/12/CE del 5 aprile 2006 che ha abrogato e sostituito le precedenti disposizioni generali.



secutorio (si potrebbe dire, «la cocciutaggine») può richiedere, qualificando come rifiuto ciò che non lo è. L'imprenditore che non può più utilizzare in proprio certi residui di produzione, ma lungi dal volersi sbarazzare del rame e degli altri metalli di valore ha cercato e trovato per essi un acquirente. Il quale, ovviamente ha pagato per l'acquisto. Non risulta dalla sentenza quanto abbia pagato; ma se vera vendita c'è stata, anche un corrispettivo in danaro deve essere stato pattuito e pagato. Infatti le suddette sostanze sono quotate sui listini commerciali. Si doveva appurare, dunque, se ai detti «rifiuti» era stato assegnato anche in concreto un valore (e pagato un prezzo), oppure, se non fosse stato assegnato e pagato il corrispettivo. La fattispecie descritta, dunque, non portava a concludere che il detentore/produttore volesse disfarsi dei rifiuti. Dimostrava invece l'intenzione dello stesso di trarre un'utilità anche dai residui dei metalli utilizzati. Li aveva venduti. Tutto il contrario di chi vuole disfarsi. Se poi si vieta (aprioristicamente) di vendere i residui (di rame o altri metalli), per capire il disfarsi non si vigila sulle reali intenzioni del detentore (tradendo così la direttiva) ma su altre considerazioni. In sostanza, chi vende, non si disfa.

È un eccesso di zelo, quello che trasforma in rifiuti oggetti e sostanze che non lo sarebbero se non lo imponesse il legislatore (comunitario). Ma, veramente, è così? Il legislatore comunitario, nelle sue direttive dice che i residui ancorché di valore debbono essere equiparati ai rifiuti? O, viceversa, guarda alla manifestazione dell'intenzione di chi cede e che si incontra con la manifestazione della volontà di chi acquista? Guarda all'atto di chi cede e di chi acquista? E vuol ricavare dai fatti quale è lo scopo (la funzione socio-economica e giuridica) del contratto? Quello di chi si disfa (e, quindi, di chi ha bisogno e deve chiedere un servizio!) o quello di chi vende? In altre parole: che cosa vuole impedire il legislatore? Il legislatore vuole impedire che le parti contraenti si accordino per compiere un illecito qual è quello di disperdere le sostanze e gli oggetti scambiati nell'ambiente con la conseguenza di arrecare danno e inquinamento a beni altrui e/o a beni pubblici. Ma si è ben lungi da tutto ciò, quando si appura che le parti si accordano per la transazione relativa a beni di cui si fa un utilizzo produttivo senza danni per l'ambiente ma come risorsa da utilizzare. Anche quando si tratta di beni provenienti da un precedente ciclo di produzione.

Ciò che la direttiva richiede è di assicurare un elevato livello di protezione dell'ambiente (22). Non già di trasformare i non rifiuti in rifiuti.

Il discrimine tra rifiuto e non rifiuto, però, è assai sottile quando si tratta di rifiuti riciclabili e riutilizzabili. Infatti «ai fini di un'elevata protezione dell'ambiente è necessario che gli Stati membri ... adottino misure intese a limitare la formazione dei rifiuti promuovendo le tecnologie «pulite» e i prodotti riciclabili e riutilizzabili» (23). Ciò significa che occorre riciclare e riutilizzare il maggior quantitativo possibile di rifiuti. Inoltre si prende in considerazione la possibilità di «adottare apposite norme per i rifiuti riutilizzabili», «per promuovere il loro riciclo e la loro riutilizzazione come materia prima» (24).

Ma ancor prima occorre *promuovere misure rivolte a limitare la formazione dei rifiuti* e non di aggravarla. Lo diceva la direttiva allora in vigore al IV Considerando (e lo dice ancora oggi la nuova direttiva al VI Considerando) quando si indica agli Stati l'obiettivo di *adottare «misure intese a limitare la formazione dei rifiuti»*. Questo concetto è ripreso dall'art. 3 della direttiva, quando indica agli Stati l'obiettivo di adottare misure appropriate, per promuovere: «a) in primo luogo la prevenzione o la riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti». Se io considero rifiuti anche i non rifiuti e sottopongo alla speciale normativa sui rifiuti riciclabili e riutilizzabili prodotti (o residui di produzione) che non hanno le caratteristiche dei rifiuti, vado contro i dettami della direttiva. Prima si dovrà stabilire se un residuo può restare ancora nel ciclo economico dei beni e verificare se il suo possessore lo tratti come un bene, e cioè non lo abbandona e non se ne disfa; ma lo trasferisce ad impresa idonea alla manipolazione di quei beni che altrimenti rientrerebbero nel ciclo dei rifiuti.

---

(22) IV Considerando, Direttiva CEE, 18 marzo 1991, n. 91/156, ora sostituita dal VI Considerando, Direttiva 2006/12 CE del 5 aprile 2006.

(23) IV Considerando, Direttiva CEE, 18 marzo 1991, n. 91/156 (negli stessi termini, ora riprodotti dal V Considerando della Direttiva 2006/12/CE del 5 aprile 2006).

(24) VI Considerando, Direttiva CEE, 18 marzo 1991, n. 91/156 (ora, concetto ripreso con altre parole dal V Considerando della Direttiva 2006/12/CE del 5 aprile 2006 dove si dice che «è auspicabile favorire il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero come materie prime per preservare le risorse naturali» e che «potrebbe risultare necessario adottare apposite norme per i rifiuti riutilizzabili»).

Con la sentenza della Corte di giustizia, sezione VI, 25 giugno 1997, cause riunite 304, 330, 342/94, e 224/95, la Corte si è appiattita sull'orientamento creato dalla sentenza del 1990 e non è stata a vagliare se le decisioni precedenti sul disfarsi dovessero incontrare qualche limite, giacché esse trasformavano (e questo è l'assurdo) ogni forma di transazione di beni usati e di residui in forma di transazione di rifiuti. E non si accorge dell'assurdo quando si riallaccia al precedente e ancora sostiene acriticamente: «*Quanto all'interpretazione della normativa comunitaria relativa ai rifiuti, va ricordato che, per giurisprudenza costante, la nozione di rifiuti ... non deve intendersi nel senso che essa esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica*» (25).

Tutte le compravendite di autovetture usate, di attrezzature industriali del pari usate dovrebbero essere considerate compravendite di rifiuti? Se io rivendo (mi disfo di) una casa dove ho abitato (o dove sono nato), trasferisco un rifiuto o trasferisco un bene?! Se la nozione del rifiuto è così ampia che «non deve intendersi nel senso che essa esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica», paradossalmente, anche la casa che io voglio vendere, potrebbe sottostare alla normativa sui rifiuti. Anche la casa è un rifiuto?! Sicuramente si tratta di oggetto (la casa di abitazione, l'appartamento) suscettibile di riutilizzazione economica e come tale sarebbe anche un rifiuto? Oppure dovremmo noi rifiutare teorie così assurde e ripugnanti alla logica e al diritto o più (drasticamente e semplicemente) ad ogni logica?!

Si potrebbe rilevare che oggi a questo paradosso si sia posto un primo rimedio circoscrivendo la qualità (o meglio, la dannosità) dei rifiuti alle cose mobili. Si dice infatti al IV Considerando della direttiva CE n. 12/2006 che «una regolamentazione efficace e coerente dello smaltimento e del recupero dei rifiuti dovrebbe applicarsi ... ai beni mobili ...». Un bel passo avanti: i beni immobili non sono rifiuti!? Se non altro non sono rifiuti da smaltire o recuperare!? Tuttavia non si può essere contenti della terminologia usata in questo Considerando. Nella traduzione italiana è stato utilizzato un termine inappropriato quello di «beni» per in-

---

(25) Corte di giustizia, sez. VI, 25 giugno 1997, cause riunite 304, 330, 342/94 e 224/95, punto 47, *cit.*, 385.

dicare i rifiuti quando, invece, dovrebbe essere chiaro che i rifiuti sono il contrario dei beni. Non ci si disfa dei beni ma delle cose che costituiscono un peso e che non possono o non devono essere trattate come beni. Questo succede perché non solo nei traduttori ma anche nei giuristi nostrani *non è chiara la differenza tra beni e cose* e che l'utilizzo del concetto di cose è assai utile per comprendere la distinzione tra beni e rifiuti. I beni (materiali) infatti sono definiti dal codice civile (art. 810) come «cose che possono formare oggetto di diritti». Da ciò si ricava che le cose che essenzialmente formano oggetto di obblighi non sono beni. Infatti queste cose (diverse) sono proprio i rifiuti. Il tutto viene confermato dall'esistenza (dalla scoperta) di cose che non sono oggetto né di diritti né di obblighi; ma che sono rilevanti ad altri fini. Esempio tipico di queste cose che non sono beni e non sono rifiuti, è il sottosuolo come cosa oggetto di sovranità in quanto contenitore di beni (giacimenti minerari, acque sotterranee) e quindi oggetto di sovranità ma non di proprietà. Ciò permette anche che singole porzioni circoscritte di sottosuolo possano essere trasformate in beni artificiali a seguito della costruzione di gallerie, di laboratori sotterranei, ecc. (26).

La Corte di giustizia con questa sentenza, dunque, ha toccato la punta estrema. Da cui, giocoforza, non poteva non risollevarsi per iniziare un nuovo percorso e prendere le distanze dalle assurde conseguenze di questo orientamento che annulla le differenze tra ciò che è (o può essere) un bene e ciò che è (o può essere) un rifiuto.

L'aver riunito cause tra loro molto diverse lascia perplessi. Soprattutto non doveva essere riunita alle altre la causa 224/95 (relativa alla vendita di residui di produzione ancora di valore come i materiali in rame ed altri metalli). Negli altri procedimenti si trattava di: discarica (abusiva) di detriti e ritagli di marmo (causa 304/94); pece raccolta dai filtri dei forni di cottura (causa 330/94); residui di olio di oliva detti pannelli di sansa (causa 342/94).

---

(26) Sull'esposizione approfondita di questa mia teoria che (in un certo senso recupera il concetto di cose che per un lungo periodo era stato identificato con quello di beni materiali) rinvio ai miei precedenti scritti sull'argomento: FEDERICI R., *A proposito di cose che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit., 311 e ss.; ID., *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, cit. 1077 e ss.; ID., *Contributo allo studio dei beni minerari*, Padova, 1996.

Si è posta in essere una evidente forzatura con l'effetto pernicioso di assimilare residui di valore (che potevano essere classificati come beni) a residui che invece sono rifiuti (tanto è vero che per essi occorre pagare un prezzo per il servizio di recupero o di smaltimento).

È perciò che il ragionamento successivo della Corte di giustizia rivaluterà indizi concreti che porteranno al risorgere del concetto che non doveva mai essere abbandonato e cioè quello di valutazione economica. Si impegnerà a scovarne gli indizi per distinguere i sottoprodotti dagli scarti di produzione: facendo leva sulla composizione delle sostanze e sul grado di idoneità in ordine alla destinazione dei residui di produzione e sulla certezza del riutilizzo.

3.2. *L'orientamento attuale. Il significato del termine « disfarsi ». Gli indizi per la distinzione tra non rifiuti e rifiuti. Il valore economico (sembra risorto) come criterio che promette un utilizzo certo.*

Il nuovo orientamento della Corte di giustizia incomincia a farsi largo con le sentenze, Sezione V, 15 giugno 2000, cause riunite 418 e 419/97 (*Arco*) (27), e Sezione VI, 18 aprile 2002, causa 9/00 (28) (*Palin Granit*) con la quale essa (la Corte di giustizia) ha dovuto ricostruire la nozione di rifiuto sul presupposto che « la direttiva 75/442 non propone alcun criterio per individuare la volontà del detentore di disfarsi di una sostanza o di un determinato oggetto » (29). Ed è arrivata alla conclusione che la nozione di rifiuto dipende dal significato attribuito al concetto di disfarsi. Il quale deve essere desunto dalle finalità che la direttiva sui rifiuti si propone di conseguire. Queste finalità sono la protezione della salute e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti (30). Si tratta dunque, di una qualificazione giuridica attribuita sulla base della rilevanza dell'elemento teleologico, che

(27) In *Foro it.*, 2000, IV, 468 ss. (annotata da PAONE).

(28) In *Foro it.*, 2002, IV, 576 e ss.

(29) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00 (*Palin Granit*), punto 25, cit., 580.

(30) Cfr., Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite, 418 e 419/97 (*Arco*), punto 38, cit., 492.

«mira a un elevato livello di tutela ed è fondata in particolare sui principi della precauzione e dell'azione preventiva come richiesto dall'art. 174, n. 2 Trattato» CE. «Ne consegue che la nozione di rifiuto non può essere interpretata in senso restrittivo»(31). L'elemento teleologico, però, non è sufficiente, occorre in ogni caso esaminare il complesso delle circostanze (o meglio, delle prove)(32). La questione sul «se una determinata sostanza sia un rifiuto» deve essere risolta alla luce del complesso delle prove e tenendo conto delle finalità della direttiva sui rifiuti(33).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, dunque, si è imposta l'obbligo di interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuti con un preciso scopo: quello di evitare che in nessun caso una sostanza o un materiale costituente rifiuto sia escluso dalla corretta catalogazione come rifiuto(34). Al fine di limitare i danni e gli inconvenienti dovuti alla loro natura(35); e cioè gli inquinamenti da dispersione dei rifiuti. Il rischio ovvio di questa impostazione è che qualche cosa di valore possa essere considerato come rifiuto. Poco male: la perfezione non è di questo mondo. Quello che in assoluto si vuole evitare è proprio l'evento contrario, e cioè che qualche rifiuto possa sfuggire alla sua sorte.

Tanto per cominciare una distinzione basilare è quella tra residui di processi di produzione e sottoprodotti. Gli scarti sono rifiuti, non altrettanto i sottoprodotti. Ma «la distinzione tra operazioni di smaltimento o recupero di rifiuti e il trattamento di altri prodotti è spesso difficile da cogliere»(36).

---

(31) Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite 418, 419/97, punti da 36 a 40, in *Foro it.*, 2000, IV, 492; Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 23, loc. cit.

(32) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 24, loc. cit.

(33) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 24, loc. cit.

(34) Sull'origine di questo principio, si veda: Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite, 418, 419/97 (*Arco*), cit., punti da 36 a 40, 492; Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa C-9/00, punto 23, cit., 580; Corte di giustizia, sez. II, 11 novembre 2004, causa 457/02 punto 45, in *Foro it.*, 2004, IV, 596.

(35) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00 (*Palin Granit*), punto 36, loc. cit.

(36) «Così la Corte ha già statuito che dalla circostanza che su una sostanza venga eseguita un'operazione menzionata nell'all. II B della direttiva 75/442 non discende che l'operazione consista nel disfarsene e che quindi tale sostanza vada considerata rifiuto (sentenza *Arco*, cit., punto 82). L'esecuzione di un'operazione menzionata nell'all. IIA o nell'all. IIB della direttiva 75/442 non permette dunque, di per sé di qualificare una sostanza come rifiuto» (Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 27, loc. cit.).

Tanto per esemplificare, se una sostanza (come i LUWA-bottoms o i trucioli di legno — sentenza *Arco* —) ha un trattamento menzionato dall'allegato B della direttiva (come combustibile) non discende automaticamente che l'operazione consiste nel disfarsene e che pertanto la detta sostanza va considerata un rifiuto ai sensi della direttiva (37). Bisogna verificare se si tratta di uso proprio o improprio. Ecco allora l'importanza di esaminare le altre circostanze, le quali possono costituire indizi del fatto che il detentore della sostanza se ne disfa o abbia deciso di disfarsene (38). Alla fine si verificherà che in questo caso si tratta di un uso improprio e quindi di rifiuti. Ma ciò che più conta è che a tale conclusione ci si è arrivati dopo un esame concreto delle prove e non già aprioristicamente. Torniamo all'esame delle «circostanze» (ossia, delle prove), e andiamo con ordine:

a) *Primo indizio di rifiuto*. Quando una sostanza non è stata prodotta appositamente al fine di utilizzarla come combustibile (39). Ad esempio «l'uso di una sostanza quali i LUWA-bottoms come combustibile, in sostituzione di combustibile ordinario, è un elemento che può far ritenere che l'utente di tale sostanza se ne disfa» (40).

L'elemento nuovo considerato per la prima volta in questa sentenza, se non erro, sta proprio nell'analisi di un indizio quale può essere quello costituito dall'andare a ricercare se una sostanza è stata prodotta volutamente (infatti, se ne poteva fare a meno) o invece questa produzione era inevitabile. Se la produzione era evitabile, si potrebbe avere indizio significativo per la esclusione dalla classificazione tra i rifiuti. Nel caso contrario, potrebbe essere, ma non necessariamente, l'opposto.

b) *Secondo indizio*. Il residuo è un rifiuto quando ha una composizione che «non è idonea per l'uso che viene fatto» (41).

---

(37) Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite 418, 419/97, punto 51 e 82, cit., 468 ss., in part. 488 ss.

(38) Invero la Corte aggiunge anche «abbia l'obbligo di disfarsene». Direi però che questa fattispecie si distingue nettamente dalle altre due.

(39) Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite 418, 419/97, punto 83, 84, cit. 496.

(40) Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite 418, 419/97, punto 85, loc. ult. cit.

(41) Punto 87, Corte di giustizia, sez. V, 15 giugno 2000, cause riunite 418, 319/97 e 419/97, cit., 496.

Il concetto di per sé è chiarissimo. I LUWA-bottoms non erano ritenuti idonei alla produzione di energia.

c) *Terzo indizio*. Vicinanza del luogo del deposito al luogo di produzione (42). A questo indizio non viene assegnata particolare rilevanza: «il luogo di deposito dei detriti, sia che si trovi presso il luogo d'estrazione, oppure su di un terreno situato nei pressi, oppure più lontano, non ha alcuna incidenza sulla qualificazione di questi detriti come rifiuti (43).

d) *Quarto indizio*. Durata del deposito. Invero non viene assegnata rilevanza alla circostanza rappresentata dalla durata del deposito dei materiali. Questa non darebbe «di per sé alcuna indicazione». Tal elemento non permette «di stabilire se il detentore dei materiali abbia o meno l'intenzione di disfar-sene» (44).

e) *Quinto indizio*. Composizione delle sostanze e non riutilizzo totale dei detriti (ovvero, dei residui). Ad esempio, composizione dei detriti da cui è stato estratto il minerale (o la roccia). Si pensi al caso in cui i detriti sono del tutto identici alla roccia contenente il prodotto estratto (45). Ecco, comunque, il ragionamento della Corte: «La circostanza che essi abbiano la stessa composizione dei blocchi di pietra estratti dalla cava e che non cambino il loro stato fisico potrebbe quindi renderli adatti all'utilizzo che se ne possa fare. Tuttavia tale argomentazione sarebbe decisiva solo nel caso in cui venisse riutilizzata la totalità dei detriti. Non si può contestare che il valore commerciale dei blocchi di pietra dipende dalla loro dimensione, dalla loro forma e dalla loro possibilità di utilizzo nel settore edile; tutte qualità che, nonostante l'identità della loro composizione, i detriti non presentano. Pertanto tali detriti non sono altro che residui di produzione». «Peraltro il rischio di danno all'ambiente generato da detriti inutilizzati non viene attenuato da questa identità di composizione minerale, in quanto essa non esclude le operazioni di deposito di questi materiali, che hanno effetti sull'ambiente». «Ad ogni modo, anche qualora una sostanza venga sottoposta

---

(42) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 21 lett. a, e punti 42 e 52, loc. cit.

(43) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 42, loc. cit.

(44) *Ibidem*.

(45) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 21 lett. b, e punti da 43 a 46 e punto 51, loc. cit.



ad una operazione di completo recupero ed acquisisca in tal modo le medesime proprietà e caratteristiche di una materia prima, essa può comunque essere considerata un rifiuto se ... il suo detentore se ne disfa o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene» (46).

f) *Sesto indizio*. Non pericolosità. Questo indizio è irrilevante (47). Ad esempio, il fatto che i detriti provenienti da una cava di granito non comportano pericolo per la sanità pubblica e per l'ambiente non costituisce un elemento valido per escluderne la qualificazione di rifiuto (48).

g) *Settimo indizio*. Il grado di certezza dei progetti del detentore in ordine alla destinazione dei residui di produzione (49). Questo indizio è di fondamentale importanza.

Occorre, dunque, circoscrivere la qualifica di sottoprodotti a quelle sostanze e a quei materiali che si diversificano dai rifiuti di produzione perché il loro *utilizzo è certo*, visto che la composizione è anche idonea per la destinazione effettuata. Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la individuazione esatta del sottoprodotto è alta quando è possibile trarre dal riutilizzo un *vantaggio economico* (50). In altre parole (e come da me da tempo anticipato) se dal riutilizzo si ricava un vantaggio economico non si è in presenza di un rifiuto ma di un qualcosa di diverso come un sottoprodotto che come tale ha tutte le caratteristiche dei beni e non già dei rifiuti (51). Quello del valore economico è il requisito essenziale per la riconoscibilità e la corretta qualificazione delle sostanze e dei materiali. Ci si potrebbe meravigliare per la sottolineatura che viene assegnata a questo carattere che ad alcuni potrebbe apparire più che ovvio. Ciò perché ovvio non è stato nel ragionamento della Corte di giustizia e ovvio non è stato (e non è) per non pochi giuristi. Quella che potrebbe essere definita la scoperta dell'acqua calda, in realtà ha il

---

(46) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punti 44, 45, 46, loc. cit.

(47) Cfr. per tutti, Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punti da 47 a 51, loc. cit.

(48) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 47, loc. cit.

(49) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00, punto 21 lett. b, punti 40 e 41 (e implicitamente anche i punti da 22 a 39), loc. cit.

(50) Corte di giustizia, sez. VI, 18 aprile 2002, causa 9/00 (*Palin Granit*), punto 37, loc. cit.

(51) FEDERICI R., *A proposito di « cose » che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit., 311 ss.

sapore di una conquista contro posizioni non logiche ma passionali e perciò irrazionali. Ma in parte avallate da un primo orientamento della Corte di giustizia che classificava tra i rifiuti anche le sostanze e gli oggetti aventi un valore commerciale (52).

Può sembrare difficile da spiegare, come sia stato possibile che tesi così estreme abbiano avuto tanto autorevole consenso. Si possono portare però alcuni paragoni per tentare di spiegare questo fenomeno. Quello della forza travolgente del torrente in piena che sfonda le ultime barriere che ne ostacolano il percorso e allaga la pianura sottostante prima di rientrare nel suo alveo naturale. Ecco: la lotta che avevano sostenuto e sostengono ancora gli ambientalisti per far riconoscere i legittimi diritti della collettività contro un uso da rapina dell'ambiente è sfociata in una (parziale) vittoria che, possiamo dire, qua e là è straripata. Noi che amiamo l'ambiente naturale abbiamo combattuto con qualche successo una rivoluzione giuridica giusta e per molti versi ancora incompiuta (53). Si è in presenza, quindi, dei tipici eccessi delle rivoluzioni. Gli irrazionalisti tuttavia vedevano e vedono nel valore commerciale un qualcosa di lesivo. Temevano e temono un ritorno al saccheggio ambientale. All'abbandono incontrollato dei rifiuti. Non comprendono che i residui non vengono abbandonati ma gestiti come sottoprodotti, se il detentore (il produttore) di sostanze o di materiali ricavati da un processo di produzione destinato principalmente ad altre produzioni riceve un profitto (un vantaggio economico) anche dall'utilizzo di questi prodotti secondari. Ovviamente il vantaggio economico non esclude, anzi presuppone l'utilizzo certo. Quest'ultimo carattere è stato giustamente evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria, che si è resa conto degli eccessi in cui era caduto il precedente orientamento.

Come il XIX secolo fu caratterizzato dalla «Rivoluzione industriale», così gli ultimi decenni del XX secolo sono stati caratteriz-

---

(52) Corte di giustizia, sez. VI, 25 giugno 1997, cause riunite 304, 330, 342/94 e 224/95, in *Foro it.*, 1997, IV, 368 e ss.

(53) Tra le incompiute annovero, ad esempio la negazione della legittimazione ad agire per le associazioni spontanee ambientaliste e dei consumatori, cioè proprio quelle che sono le vere portatrici di interessi diffusi e collettivi. Vedi, in proposito, FEDERICI R., *Gli interessi diffusi*, Padova, 1984.

Invece, sono da annoverare tra gli errori per eccesso di zelo quello che si è fatto dilatando la nozione di rifiuti e, quindi, suscitando delle reazioni (psicologiche) sull'ingiustizia della legge e di chi la fa applicare. Un clima questo che nuoce gravemente e corrompe gli animi di chi si sente impotente di fronte a un'interpretazione oppressiva e prevaricante della legge.

zati dalla « Rivoluzione ambientale ». La società, i sistemi economici e gli ordinamenti giuridici, per così dire, si sono ribellati agli eccessi del consumismo e del potere industriale senza freni.

Come ogni rivoluzione, anche quella ambientale ha avuto i suoi eccessi e le sue irrazionalità. La « Rivoluzione francese » ha fatto le sue vittime innocenti come pure la « Rivoluzione industriale ». Si pensi ad esempio ai turni massacranti di lavoro, alle scarse misure di sicurezza, allo sfruttamento del lavoro minorile; scarsissima (o meglio, nessuna) considerazione dell'ambiente come bene da tutelare. E così anche la « Rivoluzione ambientale » ha avuto i suoi eccessi; uno di essi, direi, è quello di aver qualificato come rifiuti gli oggetti e le sostanze aventi ancora un valore commerciale positivo. Essi, a differenza dei rifiuti (che invece hanno un valore negativo) non necessitano di un servizio di recupero o smaltimento come per i rifiuti: perché non si rischia che essi vengano dispersi nell'ambiente. Infatti, il loro utilizzo è certo, oltretutto quando è testimoniato da idonei contratti di compravendita tra le imprese che, ad esempio, producono residui di metallo e le imprese siderurgiche.

Se però l'utilizzo dei rifiuti non è idoneo a coprirne i costi ma solo a ridurli rispetto allo smaltimento in discarica, vuol dire che non si tratta di beni ma di rifiuti. Se si suppone che il costo massimo per la gestione di una qualsiasi tipologia dei rifiuti sia l'avvio in discarica e si immagina uguale a cento (centesimi, euro, migliaia di euro, ecc.) ogni forma di recupero è tale se riduce questo costo a ottanta, sessanta, a dieci. Se col recupero vengono azzerati i costi; anzi viene realizzato un profitto, in questo caso si ha la prova che quella cosa considerata un rifiuto in realtà non doveva essere qualificata come rifiuto ma come bene.

#### 4. IL CONCETTO DI RIFIUTO COME OPPOSTO DEL CONCETTO DI BENE.

La mia tesi, come anticipato, è molto semplice. Direi, intuitiva. Non parte dal concetto di disfarsi ma dal concetto di cosa oggetto di doveri ed obblighi. Si fonda sul rapporto di antitesi tra bene e rifiuto. Se ci si domanda qual è l'opposto del bene: si risponde, l'opposto del bene è il rifiuto. Ovviamente, si controbatterà che bisogna aver chiaro il concetto di bene per poter far discendere da esso quello di rifiuto. È giusto che ci si interroghi

sul concetto di bene, perché da ciò dipende anche la definizione di ciò che è l'esatto contrario, cioè il rifiuto.

Noi italiani, in un certo senso, siamo facilitati in questo. Ci aiuta l'art. 810 del codice civile che fornisce la nozione di beni (materiali) con la seguente formula: «Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti». Le altre cose, quelle che non sono beni, possono essere di altri due tipi:

— Cose totalmente irrilevanti per i diritti di proprietà (54);  
oppure

— Cose dannose (e quindi rifiuti).

Queste ultime, soprattutto, sono oggetto di obblighi: sono poco accette tanto da chi le produce quanto da chi le possiede. Entrambi le vogliono respingere e rinnegare. Si tratta infatti di detriti, di immondizia, spazzatura, sudiciume, pattume o (come più spesso oggi si usa chiamarli) rifiuti, pensando, letteralmente, all'atto e all'effetto del rifiutare ciò che non ci piace (ciò che non si vuole). Si rifiuta ciò che non si vuole, ciò che si respinge. «Ecco, allora che il punto di osservazione per il giurista si estende, dovendo considerare non solo le «cose» che sono utili ma anche quelle che presentano obblighi e spese e che quindi non possono essere considerate come beni ma che sono il loro esatto contrario. Esse non solo non sono utili ma richiedono l'assunzione di obblighi per la raccolta, il trasporto, la trasformazione, al fine principale di recupero; e, ove ciò non fosse possibile, per la distruzione o il deposito in luogo sicuro» (55).

In prima approssimazione, si può dire che i rifiuti si differenziano dalle cose che non vengono rifiutate e quindi dai beni perché se ci si domanda quali sono le cose che non vengono rifiutate si «scopre» che esse sono tutte quelle che hanno una utilità e un valore per chi le possiede e per chi le desidera. In altre parole, sono quelle cose (materiali) alle quali l'ordinamento attribuisce

---

(54) Il sottosuolo in sé è un contenitore di beni naturali (come le acque sotterranee, i giacimenti minerali) e di beni artificiali (come le gallerie stradali, le città e i laboratori sotterranei); ma non è un bene, anche se parti assai limitate di esso sono cose che possono essere trasformate in beni artificiali come le sopra accennate gallerie. Il sottosuolo, dunque, in sé e per sé non è un bene ma una cosa. Il sottosuolo, quindi, può essere considerato un esempio di cosa non oggetto di diritti come quelli di proprietà ma oggetto di un qualcosa di diverso come è la sovranità. Sull'argomento vedi FEDERICI R., *Contributo allo studio dei beni minerali*, cit., 166 ss.; ID., *A proposito di «cose» che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit.

(55) FEDERICI R., *A proposito di «cose» che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit., 334.

una qualificazione giuridica in relazione all'utilità e al valore connesso; e quindi ne tutela l'appropriazione e lo scambio attraverso gli istituti giuridici sulle modalità di appropriazione e sulle modalità di scambio (come, ad esempio, la compravendita, la donazione, la successione).

##### 5. I RIFIUTI E I RELATIVI OBBLIGHI.

Le cose, quindi, possono essere utili, inutili e dannose. Le cose utili (ad esempio, la casa, il vestito, l'azienda, l'automobile) hanno un valore sia economico sia giuridico; e perciò vengono tutelate dall'ordinamento attraverso istituti giuridici quali quello della proprietà privata. La proprietà però, non è solo quella privata ma può essere anche quella pubblica e/o collettiva. Le strade, infatti, sono quasi tutte pubbliche: pochissime sono le strade private. I beni demaniali sono beni pubblici; i beni patrimoniali indisponibili sono anch'essi beni pubblici. Con un buon grado di approssimazione, si potrebbe dire che a seconda dell'utilità dei singoli beni (riconosciuta dall'ordinamento giuridico in vigore in un certo momento storico) questi possono essere oggetto di proprietà pubblica o privata. Tuttavia il criterio fondamentale per il riconoscimento dei beni pubblici non è quello dell'uso (uso pubblico e non già uso privato)<sup>(56)</sup>; ma è quello del regime giuridico (pubblicistico) a cui i beni pubblici sono assoggettati: inalienabilità, imprescrittibilità, autotutela esecutiva<sup>(57)</sup>.

I rifiuti (come dice la parola stessa) invece sono le cose mobili che sono rifiutate. Un tempo, come già detto, si chiamavano immondizia; da immondo, e cioè ciò che non è puro, e quindi è dannoso e da «gettare» negli «immondezzei», nelle fognature, ecc. I rifiuti sono cose mobili dotate della capacità di mescolarsi con i beni «appartenenti allo stesso stato fisico. Ciò vale in particolare per i rifiuti allo stato gassoso e liquido. Tale capacità sussiste (ma è minore) anche per i rifiuti solidi. Ovviamente laddove la capacità di potersi mescolare è maggiore, lì è maggiore il pericolo di estensione dell'inquinamento»<sup>(58)</sup>.

(56) FEDERICI R., *Contributo allo studio dei beni minerari*, cit., VIII e XIII.

(57) FEDERICI R., *Contributo allo studio dei beni minerari*, cit., IX e ss.

(58) FEDERICI R., *A proposito di «cose» che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, cit., 334.

Bisogna, quindi, partire dalla constatazione che i rifiuti sono le cose dannose di cui il proprietario (o il possessore) vuole liberarsi. Ma, per fare ciò (per dismettere legittimamente i rifiuti), l'ordinamento pretende (deve pretendere) da chi si disfa che non sia recato danno ai beni degli altri o ai beni pubblici e/o comuni a tutti, come l'aria che respiriamo, l'acqua del mare e le altre *res communes*.

Un discorso, quindi, all'apparenza semplice. Ma solo all'apparenza perché in realtà la questione si è complicata, anzi, si è aggrovigliata a un punto tale che non è semplice uscirne. E ciò a causa di fortissimi interessi contrapposti. Da un lato, di coloro che producono molte cose di scarto (dannose) e quindi vorrebbero abbandonarle senza sopportarne i costi o scaricandoli sugli altri; dall'altro lato, coloro che devono difendere gli effettivi danneggiati.

E fin qui non vi sarebbe nulla di veramente eccezionale: si tratta di un contrasto come tanti altri tra portatori di interessi contrapposti. Rispetto ai quali l'ordinamento si dovrebbe porre in una condizione di terzietà e quindi nella condizione che permette di risolvere la questione razionalmente. Quel che, a mio giudizio, è mancato è proprio questo: una razionale soluzione della questione che, molto spesso, non richiede altro che l'applicazione del buon senso. Questo avrebbe imposto di non classificare tutti i residui di produzione come rifiuti; ma solo quelli che non hanno più un loro valore economico o che hanno un valore economico negativo. Ad esempio, i residui delle lavorazioni dei metalli, quasi sempre, conservano un valore economico (positivo); e quindi non dovrebbero essere considerati come rifiuti ma raccolti e avviati in fonderia come se fossero una «nuova» materia prima. Invero, si tratta di materiali che ritornano all'inizio del ciclo produttivo come una qualsiasi materia prima con la differenza che queste sono materie prime provenienti da riciclo di beni (e non già da riciclo di rifiuti). Vengono chiamate materie prime secondarie.

I rifiuti sono le cose non più utili e quindi (spesso) anche dannose, quelle cose, cioè, che non solo non hanno un valore economico, ma che, anzi, hanno un valore che è (diventato) negativo: hanno un disvalore, hanno per lo più difetti. I rifiuti sono l'esatto contrario dei beni e cioè l'esatto contrario delle cose utili. Il contrario di pregio è dispregio. Ebbene nei rifiuti prevalgono i difetti sui pregi e perciò essi (in quanto singoli e nel loro complesso) sono oggetto di dispregio; e, quindi, in quanto cose di di-

spregio, coloro che le possiedono vogliono disfarsene. E chi vuole disfarsi ha bisogno di un servizio che poi è quello di raccolta e di trattamento dei rifiuti. Questo servizio deve essere pagato da chi produce i rifiuti. Ecco perché esiste il grave pericolo che, chi produce i rifiuti, vorrebbe non sopportarne gli obblighi e quindi potrebbe tentare di farli passare per non rifiuti e così essere portato al raggio. E peggio ancora alla commissione di reati ambientali. Ma questi tentativi possono essere prevenuti e sventati sulla base degli indizi elaborati dal nuovo orientamento della Corte di giustizia. Ossia quell'orientamento che tiene conto delle circostanze che possono costituire prove del fatto che il detentore della sostanza se ne disfa o abbia deciso di disfarsene. E cioè: l'inidoneità all'uso che ne viene fatto e la mancanza di certezza nel riutilizzo. Caratteri questi che possono essere accertati e comprovati nei contratti tra il produttore, il trasportatore e l'acquirente finale.

#### 6. IL DISFARSI E IL CONCETTO DI TRASFERIMENTO.

Il trasferimento dei rifiuti da un soggetto ad un altro costituisce una forma di trasferimento non codificato come tale: non dal legislatore né dalla giurisprudenza né dalla dottrina. Eppure quando un soggetto si disfa dei rifiuti, pone in essere un negozio di trasferimento. Un tempo quando si discorreva di trasferimenti si avevano in mente tre specie: quello a titolo oneroso, quello a titolo gratuito e quello a causa di morte. Tralasciamo il regime successorio e quindi i trasferimenti *mortis causa*, perché non riguardano neanche da vicino il trasferimento dei rifiuti. Ci dobbiamo soffermare per un attimo, invece sui trasferimenti tra soggetti viventi. Tipico esempio di trasferimento a titolo oneroso è la compravendita, così come tipico esempio di trasferimento a titolo gratuito è la donazione.

Se noi vogliamo (o dobbiamo) trasferire legittimamente una quantità di rifiuti (ossia, vogliamo o dobbiamo disfarci di essi) che tipo di trasferimento dobbiamo porre in essere? Il più vicino sembra essere la donazione. Ma, così tanta generosità dovrà pur essere accettata!? E una volta appurato che non si tratta affatto di generosità ma tutt'altro, allora non sarà così facile da trovare il soggetto accettante la «donazione». E quando lo si troverà questo chiederà un contributo (una sorta di prezzo o di premio) insomma egli sarà disposto ad accettare (ad acquistare) i rifiuti se il servizio è remunerato: rifiuti più quel tanto in danaro per il

«disturbo» (il servizio) che l'acquisto di rifiuti comporta. Tutto ciò rende evidente che il trasferimento di rifiuti è molto diverso, è molto più complesso da spiegare del trasferimento dei beni.

Chi acquista non riceve un vantaggio con il suddetto acquisto; viceversa il vantaggio lo acquista colui che cede i rifiuti e che per ciò dovrà anche pagare per il servizio svolto dall'impresa che acquista, o meglio, che gestisce legittimamente questo servizio.

Il disfarsi, dunque, non può essere considerato una donazione di rifiuti ma un trasferimento a titolo oneroso per colui che cede. Si tratta in altre parole di un titolo oneroso inverso. Mentre nei negozi di trasferimento a titolo oneroso dei beni il peso grava su chi acquista, nel trasferimento dei rifiuti (nel disfarsi) c'è un'inversione e il peso di pagare spetta a chi cede i rifiuti (come corrispettivo per il servizio reso da chi li acquista).

Con una battuta di spirito, si potrebbe dire che il trasferimento di rifiuti non è a titolo oneroso ma a titolo doloroso: dover pagare per trasferire procura dolore. Ma si tratta di un «dolore necessario». Ma soprattutto, si dovrà pur compensare un altro dolore: quello di chi acquistando i rifiuti si carica di responsabilità e di obblighi inerenti al riciclo, al recupero e allo smaltimento. Al di là di ogni facile battuta, ciò evidenzia il motivo per cui occorre difendersi (e ripeto, difendersi) da tutti quei soggetti in malafede che vorrebbero scaricare i loro costi sulla collettività procurando danni all'ambiente, ai terzi e così via. Tornando alla qualificazione da attribuire al trasferimento dei rifiuti, si deve tener presente che per le altre tipologie di trasferimento la denominazione si basa sulla posizione dell'acquirente: che è a titolo gratuito o oneroso. Si può allora dire che la posizione dell'acquirente dei rifiuti è quella di chi acquista per ricevere un premio per il servizio reso. La denominazione dunque potrebbe essere: trasferimento a titolo di servizio, o a titolo di premio o a titolo oneroso inverso. Sono semplici suggerimenti.

#### 7. SULLA DIFFERENZA TRA (RI)UTILIZZO DEI RIFIUTI E RIUTILIZZO DEI BENI.

Sulla nozione di rifiuti, recepita dal legislatore italiano, mi limito ad alcuni cenni che mi permettono di portare avanti il discorso sulla nozione di rifiuti. Il primo recepimento delle direttive comunitarie sui rifiuti è avvenuto con il d.P.R. 10 settembre



1982, n. 915. In precedenza, in Italia, vigeva la legge sui rifiuti urbani 20 marzo 1941, n. 366. All'art. 2 del decreto n. 915 si consideravano rifiuti le sostanze e gli oggetti abbandonati o destinati all'abbandono.

Il decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 (conosciuto come decreto Ronchi) recepiva tanto la definizione contenuta nell'art. 1 della direttiva n. 91/156/CEE del 18 marzo 1991 quanto l'allegato elenco dei rifiuti. Questo decreto segna una svolta importante: con esso ci si uniforma alle direttive europee e si abbandona (si rifiuta?!) il precedente criterio dello smaltimento generalizzato per dare priorità alla prevenzione, alla riduzione dei rifiuti, e al recupero di valore da essi. In altre parole, è come se lo smaltimento in discarica rappresenti la soluzione ultima e quindi anche la più costosa. Tutti gli altri trattamenti sono caratterizzati da una sostanziale riduzione dei costi rispetto allo smaltimento in discarica. Infatti, ad esempio, dal recupero energetico dei rifiuti è possibile ricavare un'utilità che copre parte dei costi e quindi sostanzialmente ne rende meno costosa la gestione rispetto al seppellimento in discarica.

Si segnala inoltre l'interpretazione autentica della nozione di rifiuti formulata dall'art. 14 del decreto legge 8 luglio 2002 n. 138 (convertito dalla legge 8 agosto 2002 n. 178) (59). A questa occorre accennare non tanto perché è stata attaccata da più parti e censurata dalla Corte di giustizia ma perché ad essa si fa riferimento a proposito di sostanze come il siero del latte (60).

La Corte di giustizia, Sezione II, 11 novembre 2004, in causa 457/02 (61) dichiara che la nozione di rifiuto «non deve essere interpretata nel senso che essa escluderebbe l'insieme dei residui di produzione o di consumo che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza recare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento ma senza che occorra tuttavia una operazione di recupero ai sensi dell'allegato II B di tale direttiva» (62).

---

(59) Per una delle tante critiche, vedi AMENDOLA G., *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Milano, 2003, 95 e ss.

Quanto a me, *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, cit., 1081 e ss., la critica si appunta soprattutto sull'utilizzo inappropriato del termine «beni» quando ci si riferisce ai mali, e cioè ai non beni, quali in effetti sono i rifiuti.

(60) Sul siero di latte vedi il paragrafo 9.

(61) Conosciuta anche come sentenza *Niselli*, in *Foro it.*, 2004, IV, 588 e ss.

(62) Punto 2) della sentenza in commento, cit., 597.

Il non si «escluderebbe» comporta che la classificazione non deve essere fatta in astratto ma in concreto. Il che significa che occorre indagare caso per caso qual è o quale è stata l'effettiva destinazione dei residui di produzione e di consumo. In effetti i residui di produzione e di consumo sono in una zona di confine tra beni e rifiuti in cui il trattamento può variare a seconda delle circostanze e delle volontà dei detentori.

Occorre, a questo punto, chiarirsi le idee sulla differenza tra (ri)utilizzo dei rifiuti e (ri)utilizzo dei beni. Il riutilizzo può attere sia beni che a rifiuti: tanto per cominciare, quelli che in genere si utilizzano due o più volte sono proprio i beni e cioè le cose di valore. Sono esse che producono valore e che hanno valore (economico e/o affettivo).

Si parla, però, anche di recupero (di valore), di riciclo dei rifiuti. Sull'argomento, però, non bisogna mistificare: il recupero, il riciclo dei rifiuti (salvo errore di classificazione) non è idoneo a coprire i costi del recupero o del riciclo; tuttavia conviene recuperare e riciclare perché questi sono criteri da adottare per ridurre le montagne di rifiuti e abbattere i costi di gestione in quanto criteri diversi da quello dello smaltimento in discarica. Quest'ultimo infatti è da considerare il criterio di gestione più lungo e più costoso e quindi da evitare.

Se l'impresa che gestisce il residuo ottiene un utile dalla gestione degli stessi si tratta di gestione di beni (come ad esempio e in genere è o può essere per i residui di metalli, il siero del latte e a quanto pare del coke da petrolio). Se invece dalla gestione dei residui l'impresa non otterrà un utile ma un recupero parziale dei costi rispetto allo smaltimento in discarica si tratta di gestione di rifiuti e quindi di un servizio che deve essere posto a carico di chi li produce. L'impresa di gestione dei rifiuti per andare in attivo dovrà contare su un introito (una tariffa) che serve a coprire il servizio di gestione dei rifiuti.

Con la legge 15 dicembre 2004 il Parlamento italiano ha delegato il governo ad emanare norme per il riordino il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale. In ottemperanza a tal potere sono state promulgate le norme in materia ambientale di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152.

Per la definizione di rifiuto, l'art. 183 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 riprende la formulazione ormai tradizionale secondo cui i rifiuti sono: «qualsiasi sostanza od oggetto che

rientri nelle categorie riportate nell'allegato A (63) e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi» (64).

#### 8. CHI PRODUCE RIFIUTI PAGHI! CHI INQUINA VENGA PUNITO!

Colui che produce rifiuti paghi! Questa mi sembra la versione diversa e corretta del più noto: «chi inquina paga». Infatti con il chi «produce rifiuti paghi» siamo nella fisiologia del fenomeno; nella fattispecie di chi, cioè utilizza i servizi di gestione dei rifiuti. Se si passa poi alla patologia, e cioè alla commissione di illeciti (come è l'inquinamento) allora si dovrà dire: chi inquina venga punito! Punito, sanzionato, ecco i concetti giusti: paghi, cioè, la sanzione (penale, civile, amministrativa). Il che è molto di più che pagare il servizio. Ciò perché non siamo più in una fattispecie lecita ma in una illecita. E l'ordinamento deve punire (sanzionare) chi viola le sue norme e premiare chi le rispetta.

#### 9. IL SIERO DI LATTE.

Con ordinanza della Cassazione Penale Sez. III, 16 gennaio 2006 n. 1414 (65) è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 14 della legge 8 agosto 2002 n. 170 che offrirebbe una norma interpretativa «sedicente» (66), per non dire falsa.

L'episodio che ha dato origine all'ordinanza di rinvio concerne il siero di latte, e cioè il residuo della coagulazione del latte che si verifica nel corso della preparazione del formaggio e che in genere viene utilizzato nell'alimentazione dei suini o per la produzione di ricotta. Il siero di latte è un composto costituito da lattosio (circa il 5%), proteine, grassi naturali, sali minerali e per il restante 92-93% d'acqua.

Ora se questo alimento che in genere viene utilizzato per i suini sia adatto anche all'alimentazione delle bufale non mi è

---

(63) L'Allegato A di cui al sopraccitato articolo riproduce l'elenco costituito dai soliti 16 gruppi forniti originariamente dalla direttiva 18 marzo 1991 n. 91/156/CEE e ora dall'art. 1, par. 1, lett. a), direttiva 5 aprile 2006, n. 2006/12/CE.

(64) In Supplemento ordinario della *Gazzetta Ufficiale* del 14 aprile 2006 n. 88.

(65) In *www.AmbienteDiritto.it*

(66) Punto 5.2, dell'ordinanza.

dato saperlo; e bisognerebbe interrogare qualche esperto di alimentazione di quest'ultimi animali. Ciò sarebbe importante per chiarire fino in fondo la fattispecie in esame perché la particolarità di questa sta proprio in ciò: un caseificio campano aveva venduto più volte siero di latte ad una azienda zootecnica come alimento per le bufale. Se invece che all'alimentazione delle bufale fosse stato destinato all'alimentazione dei maiali come in genere avviene nel nord Italia non avrei avuto dubbi circa la sua qualità di sottoprodotto dall'utilizzo certo. Non si rischia la sua dispersione nell'ambiente se ad acquistarlo sono le porcilaie. Se invece il siero di latte fosse considerato un alimento non idoneo per il nutrimento delle bufale allora (e solo allora) si ha la prova che il caseificio in questione ha cercato di aggirare la normativa sui rifiuti per disfarsi del siero di latte.

Per il commento dell'ordinanza in questione prendo le mosse da questi dati: il siero di latte è un sottoprodotto della lavorazione del formaggio; potrebbe essere usato anche nell'alimentazione umana (e così è stato per lungo tempo quando il formaggio veniva fatto in casa). Oggi nell'era dell'industrializzazione e delle produzioni di massa i caseifici consumano giornalmente quantitativi enormi di latte e il siero del latte viene utilizzato come alimento soprattutto per i suini (67). È vero che i caseifici guadagnano con la produzione e la vendita del formaggio e che il siero del latte nei suoi confronti è un sottoprodotto. È proprio per questo e per avvantaggiarsi del basso costo del siero del latte rispetto ad altri alimenti che molte porcilaie sono state create in prossimità dei caseifici proprio per creare le sinergie economiche tra i due comparti. Tutto questo molto tempo prima che fossero emanate le norme sui rifiuti industriali. Questo ricordo per chiarire che non si tratta di una procedura industriale che può essere sospettata di strumentalizzazione: strumentalizzazione per aggirare la normativa sui rifiuti. Semplicemente, da tempo, si è scoperto che il siero del latte è alimento a basso costo per l'alimentazione, non solo dei suini. Meno costoso è il siero, meglio è per

---

(67) Si dice che con questo alimento i suini si sviluppano molto rapidamente. Semmai, il problema dell'eccessivo utilizzo del siero di latte potrebbe essere un altro: la qualità delle carni perde parte del suo miglior sapore rispetto ad una alimentazione più ricca e costosa. Questi sono i ricordi di un ragazzo che aveva un fratello dottore in agraria.

le porcilaie. L'occasione è propizia per affrontare un problema importante: quello cioè di tutti quei beni che hanno un valore modesto (come il siero di latte, per l'abbondante produzione da parte dei caseifici) e che perciò si trovano in ambito di confine tra i beni e i rifiuti. Questo problema è il problema di cui i giuristi e gli economisti si devono far carico perché negli altri casi è fin troppo facile distinguere tra rifiuti e non rifiuti, tra beni e non beni. Se, dunque, il siero di latte fosse considerato come rifiuto, perché ad esempio non ci fossero porcilaie o altri settori produttivi che potrebbero o volessero acquistare il siero, allora, il produttore di siero sarebbe costretto a disfarsene e dovrebbe sopportare i relativi obblighi e costi. Se, paradossalmente le porcilaie (per il loro calcolo) non volessero comperare il siero per aspettare che i caseifici (non trovando acquirenti) siano costretti a disfarsi del siero, non credo che concluderebbero un buon affare. Se non altro perché i costi del siero per le porcilaie aumenterebbero considerevolmente per effetto del carico dei costi burocratici per la gestione dei rifiuti.

Il siero di latte, dunque, indipendentemente da quanto dica la norma sull'interpretazione autentica, è da considerare normalmente un bene e non un rifiuto salvo casi di effettiva impossibilità di vendita del sottoprodotto.

Con queste premesse ogni parentela tra il siero di latte e la categoria delle carogne e dei rifiuti di origine animale (le deiezioni, per essere più chiari!) mi sembra acrobatica e quindi anche la Corte nell'ordinanza di rinvio l'ha esclusa (68). È vero che «secondo la definizione comunitaria di rifiuto, letteralmente trasfusa nell'art. 6 D.Lgs. 22/1997, un residuo di produzione o di consumo di cui il detentore abbia deciso o abbia l'obbligo di «disfarsi» costituisce sempre rifiuto» (69). È tutto da dimostrare però che l'utilizzo del siero di latte per l'alimentazione sia manifestazione della volontà di disfarsi.

#### 10. IL COKE DA PETROLIO.

Il coke da petrolio è un composto di carbone solido e di quantità variabili di impurità; deriva dal processo di raffinazione

---

(68) Punto n. 3 alla fine.

(69) Punto 5.2, 6° capoverso.

del petrolio. È un rifiuto? Non sono pochi ad esserne convinti e a sostenerlo apertamente. Che occorran particolari cautele nell'utilizzo, anche questo sembra indubbio.

Il BREF (70) ci informa, che «il coke da petrolio viene ampiamente utilizzato come combustibile nei cementifici ed in siderurgia. Esso può essere utilizzato come combustibile nelle centrali elettriche se il contenuto di zolfo è sufficientemente basso. Il coke è utilizzabile anche in altri modi, come materia prima per la fabbricazione di prodotti a base di carbone e grafite» (71).

Il decreto legge 7 marzo 2002 n. 22 (convertito in legge con modificazioni dalla legge 6 maggio 2002, n. 82) recante disposizioni urgenti per l'individuazione della disciplina relativa all'utilizzazione del coke da petrolio (pet-coke) negli impianti di combustione, ha escluso la suddetta utilizzazione dalla disciplina relativa alla gestione e al recupero dei rifiuti.

Anche la Corte di giustizia esclude che il coke da petrolio sia qualificabile come residuo di produzione (e cioè come rifiuto). Lo considera, invece, come sottoprodotto di una particolare tecnica di raffinazione in vista della produzione di un preciso combustibile «il cui costo di produzione è verosimilmente meno elevato del costo di altri combustibili che potrebbero venire usati per la generazione di vapore e di elettricità in misura corrispondente al fabbisogno della raffineria» (72). In altre parole «il coke da petrolio in questione è il risultato automatico di una tecnica che genera in parallelo altre sostanze petrolifere, il cui ottenimento costituirebbe l'obiettivo prioritario della direzione». Inoltre, «occorre tenere conto che, poiché l'utilizzo dell'insieme della produzione di coke è certo ed effettuato essenzialmente per gli stessi tipi di uso di quelli di altre sostanze, il detto coke da petrolio è a sua volta un prodotto petrolifero fabbricato in quanto tale e non un residuo di produzione. A tale proposito ... sembra pacifico ...che il coke da petrolio è integralmente utilizzato in maniera

---

(70) Documento pubblicato dalla Commissione europea in attuazione dell'art. 16, n. 2 direttiva del Consiglio 24 settembre 1996 n. 96/61 CE, sulla prevenzione e riduzione dell'inquinamento (G.U.C.E. L-257, p. 26)

(71) Cfr. Corte di giustizia, sez. III, ord., 15 gennaio 2004, causa 235/02, punto 45, cit., in *Foro it.*, 2004, IV, 161. Per una critica di questa sentenza si veda AMENDOLA G., *Rifiuti, prodotti, residui e sottoprodotti: il coke di Gela*, in *Foro it.*, 2004, IV, 151 ss.

(72) Corte di giustizia, sez. III, ord., 15 gennaio 2004, causa 235/02, punto 45, cit., 161.

certa come combustibile nel processo di produzione, in quanto le eccedenze di energia elettrica che ne risultano vengono esse stesse integralmente vendute» (73).

È noto che una delle modalità di distruzione dei rifiuti è quella del loro incenerimento e quindi occorre capire e distinguere bene le fattispecie in cui l'utilizzo come combustibile non è altro che una scusante per coprire la finalità vera (e cioè, la distruzione). Nel caso del coke da petrolio, ad avviso del legislatore e della Corte di giustizia la funzione principale non è l'incenerimento ma la produzione di energia; perciò, non sembra trattarsi di rifiuto. «Lo scopo di una raffineria è precisamente quello di produrre diversi tipi di combustibile a partire dal petrolio grezzo». E il combustibile è per sua natura un bene consumabile; e quindi la distruzione dello stesso al termine dell'utilizzazione costituisce l'evento più normale e naturale per questa tipologia di beni. Se il fine del processo industriale non è la distruzione del materiale ma la produzione di nuova energia, non si tratta di distruzione di rifiuti ma di utilizzo di beni (74).

In conclusione, «il coke da petrolio prodotto volontariamente, o risultante dalla produzione simultanea di altre sostanze combustibili petrolifere, in una raffineria di petrolio ed utilizzato con certezza come combustibile per il fabbisogno di energia della raffineria e di altre industrie, non costituisce rifiuto ai sensi» della normativa comunitaria (75).

«La conclusione sarebbe diversa solo se, accogliendo la richiesta dell'opinione pubblica, la direzione della raffineria rinunciassero all'utilizzo del coke da petrolio o vi fosse obbligata da un provvedimento legale» (76). Resta in piedi la questione dei flussi generati dall'utilizzo come combustibile del coke da petrolio. Occorre trovare il modo di abatterli.

---

(73) Corte di giustizia, sez.III, ord., 15 gennaio 2004, causa 235/02, punto 45, cit., 161.

(74) Corte di giustizia, sez.III, ord., 15 gennaio 2004, causa 235/02, punto 46, cit., 161.

(75) Corte di giustizia, sez.III, ord., 15 gennaio 2004, causa C-235/02, punto 47, cit., 162.

(76) Corte di giustizia, sez.III, ord., 15 gennaio 2004, causa C-235/02, punto 46, cit., 161.

## 11. LA TRADUZIONE MATEMATICA DEL «TEOREMA» FEDERICI SUI RIFIUTI.

Questa ricostruzione (che ho osato chiamare «*Teorema Federici sui rifiuti*» — e di questo ardire mi scuso —) è talmente logica che può essere tradotta anche in termini matematici. Questo lavoro di traduzione è stato compiuto dal collega di matematica Prof. Raimondo Manca tra il giugno e l'ottobre 2003 ed è stato presentato per la prima volta al pubblico nel corso del IV Convegno di Diritto Minerario e delle Risorse Naturali nel novembre dello stesso anno ma non ancora pubblicato. Lo si riporta nell'Allegato.

ALLEGATO

### TRADUZIONE MATEMATICA DEL TEOREMA FEDERICI SUI RIFIUTI(\*)

Ai sensi dell'articolo 810 del codice civile: «*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*», come ad esempio il diritto (privato o pubblico) di proprietà. Queste cose che sono anche beni, ovviamente, sono quelle alle quali si attribuisce un valore economicamente valutabile. La riprova di quanto detto: se così non fosse, nessuno sarebbe disposto a comprarle e a difenderle come proprie.

La casa, l'autovettura, il fondo agricolo, il telefonino, sono beni proprio perché essi sono considerati di valore. Questo valore rende indispensabile che il loro acquisto sia tutelato dall'ordinamento giuridico così come deve essere tutelato il diritto di proprietà su gli stessi.

Questa casa, infatti, è di Caio, quell'edificio è tuo e di tua moglie, la tal autovettura è di Sempronio, il fondo agricolo laggiù è di Tizio, questo telefonino è mio.

Sono beni appartenenti ai pubblici poteri, invece, le sorgenti, i fiumi, le vie, le piazze, il lido del mare, i porti, ecc.

I rifiuti, invece, sono sostanze e/o oggetti, e cioè cose di cui il detentore si disfa, intende disfarsi, o ha l'obbligo di disfarsi.

Il rifiuto, al contrario del bene, non è appetibile. Ciò evidentemente perché esso non è considerato utile. Anzi, diventa costoso o dannoso conservarlo. I rifiuti, dunque, non sono cose che formano oggetto di diritti perché i loro titolari:

- hanno l'obbligo di rinunciarvi (e quindi sono obbligati a disfarsene);
- intendono rinunciarvi (e quindi vogliono disfarsene);
- vi rinunciano di fatto (e quindi se ne disfano).

COSA		
BENE	RIFIUTO	COSA SEMPLICE

(\*) La traduzione matematica è stata curata dal prof. RAIMONDO MANCA.



La cosa che non è oggetto di diritti né di obblighi è la cosa semplice. Essa non è considerata rilevante in questo teorema. Per cosa semplice si pensi, ad esempio al sottosuolo.

E dunque:

COSA	
BENE	RIFIUTO

Ipotesi: i rifiuti non sono beni.

Tesi: l'obbligo caratterizza il rifiuto come il diritto caratterizza il bene.

$$\text{Legenda: } \left\{ \begin{array}{ll} \text{bene} & \rightarrow \text{B} \\ \text{cosa} & \rightarrow \text{C} \\ \text{diritto} & \rightarrow \text{D} \\ \text{obbligo} & \rightarrow \text{O} \\ \text{rifiuto} & \rightarrow \text{R} \\ (\text{diritto} \vee \text{diritto ed obbligo}) & \rightarrow \text{D} \end{array} \right.$$

$$\text{C} \wedge \text{D} = \text{B}$$

*La cosa insieme al diritto è uguale al bene*

$$\text{C} \wedge \text{O} = \text{R}$$

*La cosa insieme all'obbligo è uguale al rifiuto*

$$\text{B} \Leftrightarrow \text{D}$$

*Il bene sta al diritto*

*come*

$$\text{R} \Leftrightarrow \text{O}$$

*il rifiuto sta all'obbligo*

$$\bar{\text{B}} = \text{R}$$

$$\bar{\text{R}} = \text{B}$$

*Il bene è il contrario  
del rifiuto*

*come*

$$\bar{\text{D}} = \text{O}$$

$$\bar{\text{O}} = \text{D}$$

*il diritto è il contrario  
dell'obbligo*

Da cui consegue naturalmente che:

*L'obbligo caratterizza il rifiuto come il diritto caratterizza il bene*

### Nota bibliografica.

Questa nota è limitata a pochi autori e a pochissimi scritti.

AMENDOLA G. è autore di un numero impressionante di lavori di grande pregio, dovendo sintetizzare cito: AMENDOLA G., *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Milano, 2003; ID., *Rifiuti, prodotti, residui e sottoprodotti: il coke di Gela*, in *Foro it.*, 2004, IV, 151 e ss.; ID., *Il rifiuto secondo L'UE. Una sentenza che fa chiarezza*, in *Ambiente sicurezza sul lavoro*, 2003; Il punto di vista di questo autore lo fa propendere per la classificazione molto ampia dei rifiuti. Lo stesso ha avuto un ruolo fondamentale nel far crescere negli imprenditori e nella dottrina la coscienza ambientale.

BELTRAME S., *La gestione dei rifiuti e il sistema sanzionatorio*, Padova, 2000.

Tra i grandi, i fratelli GIAMPIETRO (Pasquale e Franco) sono quelli che hanno dimostrato nei loro scritti un atteggiamento che non estremizza le concettualizzazioni. Vedi ad esempio di GIAMPIETRO P., *La Corte di giustizia amplia la nozione di rifiuto limitando il riutilizzo del tal quale*, in *Ambiente*, 2003, 64 ss.; ID., *Rifiuto e non rifiuto: ancora e sempre dilemma?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2003.

Si segnala la rivista specializzata sulle questioni ambientali: *Rivista giuridica dell'Ambiente* (diretta da CUTRERA A., NESTOR S.). Tra i saggi ivi inclusi si veda a titolo di esempio NOVARESE F., *La «nuova» disciplina emergenziale dei rifiuti*, 2003, 443 ss.; DE CESARIS A.L., *Nozione di rifiuto: l'Italia perde il pelo ma non il vizio*, 2005, 274 ss.; POMINI E., *«Pet-coke» e nozione di rifiuto: la Corte di giustizia in linea con la scelta di esclusione già operata dal legislatore italiano*, 2004, 423 ss.; BUTTI L., *Diritto europeo e normativa italiana di fronte al problema della «definizione di rifiuto»*, 2003, 996 ss.; PRATI L., *Prime pronunce della Corte di Cassazione sulla nozione di rifiuto*, 2003, 798 ss.; MILOCCO P., *Terre da scavo e nozione comunitaria di rifiuto*, 2003, 800 ss.; GRATANI A., *La Corte di giustizia vaglia nuovamente i criteri che presiedono ad una corretta qualificazione della «merce» come «rifiuto»*, 2003, 90 ss.

Tra gli scritti recenti sulla nozione di rifiuto in altre riviste, si veda BORZI A., *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (dis)applicazione interna*, in questa *Rivista*, 2004, 759 ss.; MURATORI A., *Coke da petrolio: rifiuto o combustibile?* in *Ambiente*, 2002, 405 ss.; CAROLEO GRIMALDI F., MAIO A., *La nozione di rifiuto fra normativa comunitaria e normativa interna*, in *Dir. giuris. agraria e ambiente*, 2004, 217 ss.; ID., *Ancora sulla nozione di rifiuto tra normativa comunitaria e normativa interna*, in *Diritto giuris. agr. e amb.*, 2005; CIMELLARO A.-SARACENI R., *Terre o rocce da scavo. Un dilemma amletico: rifiuto o non rifiuto? Considerazioni dopo la L. 21 dicembre 2001, n. 443 e l'intervento dell'Unione Europea*, in *Dir. giuris. agraria e amb.*, 2004, 140 ss.; LAGEARD G.-GEBBIA M., *Verso un punto di equilibrio sulla nuova definizione di rifiuto*, in *Ambiente e sviluppo*, 2003; MAGLIA S., TAINA M., *Scarti animali: rifiuti o sottoprodotto?* in *Rivista ambiente*, 2004; PERNICE M.-PROSPERONI M.A., *Definizione giuridica di rifiuto e sua applicazione pratica tra esigenze economiche e ambientali*, in *Dir. giuris. agr. e amb.*, 2003; BENNOZZO M., *La nozione di rifiuto nel diritto comunitario*, in *Dir. giuris. agr. e amb.*, 2004, 745 ss.; ID., *L'interpretazione autentica della nozione di rifiuto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, 1118 ss.; NICOLUCCI S., *L'interpretazione autentica della nozione di rifiuto e le condizioni per il suo riutilizzo penalmente lecito*, in *Dir. giuris. agr. e amb.*, 2005, 253 ss.; e ai miei scritti già citati nel corso di questa voce.



MICAELA LOTTINI

## LA RETE SOLVIT: UNO STRUMENTO DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRANSFRONTALIERE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Tipologia di casi trattati e rapporto con la tutela giurisdizionale. — 3. Centro di coordinamento competente, procedimento e soluzione del caso. — 4. SOLVIT e l'effettività della tutela: profili di garanzia individuale e profili sistematici di creazione di un unico mercato europeo. — 5. SOLVIT come strumento di uniformazione della prassi amministrativa degli Stati membri. — 6. SOLVIT e la modifica delle normative nazionali di regolazione delle attività economiche: il ruolo di controllo della Commissione Europea. — 7. SOLVIT PLUS: un intervento diretto di liberalizzazione. — 8. Conclusioni.

### 1. *Premessa.*

Nell'ambito della Comunicazione *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno* («SOLVIT») (1), del 27 novembre 2001, la Commissione europea ha previsto l'istituzione di una rete di centri di coordinamento nazionali, legati da un sistema telematico, deputati a tentare una soluzione informale (e non vincolante) di controversie riguardanti l'applicazione di una norma del mercato interno. La controversia deve intercorrere fra un cittadino o un'impresa comunitaria (richiedente) e una pubblica amministrazione dello Stato membro, diverso da quello del richiedente e nel quale lo stesso desidera svolgere un'attività economica o, comunque, esercitare una delle libertà consentite dal Trattato.

In altre parole, la rete SOLVIT (*Internal Market Problem Solving Network*) costituisce uno strumento di risoluzione informale (e non vincolante) delle controversie tra cittadini (o imprese) comunitari e la pubblica amministrazione, ma in una dimensione transfrontaliera.

---

(1) COM(2001) 702 def.

L'applicazione del meccanismo è ancora ad una fase embrionale; ad ogni modo, è già possibile proporre alcune riflessioni, sia sui problemi di ordine pratico che sembrano emergere in relazione alla garanzia di una effettiva tutela del richiedente, sia soprattutto, sul significato più profondo della novità introdotta nel 2001.

SOLVIT è uno strumento che, nel pieno rispetto dell'autonomia dei singoli Stati membri in materia processuale<sup>(2)</sup>, fornisce un evidente contributo alla realizzazione del progetto europeo.

*In primis*, seppure con i limiti che andremo ad evidenziare, consente di rendere maggiormente effettiva la tutela del cittadino (operatore economico) nei confronti della pubblica amministrazione.

Secondariamente, in chiave sistematica, contribuisce alla creazione di un unico mercato comunitario, garantendo la corretta operatività delle relative regole costitutive (ed, in particolare, del principio del mutuo riconoscimento); il *quid novi* è rappresentato dal fatto che, attraverso SOLVIT, si fornisce all'operatore economico un meccanismo di tutela «comunitario»; non un insieme di meccanismi di tutela nazionali, seppure non-discriminatori. L'unitarietà è garantita dal collegamento telematico dei vari centri di coordinamento statali.

Allo stesso tempo, però, SOLVIT contribuisce alla costituzione di un unico mercato europeo attraverso altre modalità.

Da una parte, concorre ad uniformare la prassi amministrativa dei singoli Stati membri.

Dall'altra, concorre al concreto adattamento della normativa nazionale di regolazione delle attività economiche al diritto comunitario. Questo avviene in due modi. In primo luogo, attraverso l'azione della Commissione europea, la quale ha il compito di svolgere una funzione di controllo sull'intero sistema. Nell'ambito

---

(2) Su cui, cfr., M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme giurisdizionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 499; P. GIRERD, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membre?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2002, 38 76. In senso contrario, al riconoscimento di questo principio, cfr., Kakouris, secondo cui (...) *the case law of the court does not recognize an « autonomy » reserved to the member States (...) in the point of facts, the Court has tended to regard national procedural law merely as an ancillary body of law the function of which is to ensure the effective application of substantive Community law*: C.N. KAKOURIS, *Do the member States possess judicial procedural « autonomy »?*, in *Common Market Law Review* 34, 1997, 1389.

di quest'attività di controllo, ove la stessa ravvisi un contrasto tra la disciplina nazionale e il diritto comunitario, può aprire una procedura d'infrazione *ex art. 226CE*. Il controllo della Commissione e l'apertura della procedura d'infrazione possono avvenire anche su iniziativa di parte, ossia del richiedente insoddisfatto della decisione (non decisione) del centro di coordinamento.

In secondo luogo, il contributo di SOLVIT alla costituzione del mercato europeo può intervenire direttamente, attraverso un'azione del centro di coordinamento; in realtà, questo intervento non è normativamente previsto. Ad ogni modo, nella prassi è accaduto, ormai svariate volte, che un centro di coordinamento, investito di una determinata controversia, nella misura in cui abbia ritenuto che la legislazione dello Stato membro interessato contrastasse con il diritto europeo, si sia rivolto alle autorità nazionali competenti, chiedendo (e in linea di massima ottenendo) una modifica in senso comunitario della normativa interna (SOLVIT PLUS).

## 2. *Tipologia di casi trattati e rapporto con la tutela giurisdizionale.*

SOLVIT è un network telematico di centri nazionali, deputati a fornire una tutela paragiurisdizionale (non vincolante) di controversie, riguardanti l'applicazione delle norme del mercato interno.

Con riguardo alla tipologia di controversie che possono essere sottoposte ai centri di coordinamento, abbiamo già rilevato, che la questione deve avere natura *transfrontaliera*; in altre parole, deve essere una controversia intercorrente tra singoli (o imprese) di uno Stato membro, e un'autorità pubblica di altro Stato membro, con riguardo all'applicazione, da parte di quest'ultima, delle norme sul mercato interno.

Ad ogni modo, il carattere transfrontaliero non implica, necessariamente, che il richiedente si trovi in uno Stato membro e il problema si verifichi in un altro (3). Può accadere, infatti, che il singolo o l'impresa avente legami amministrativi (ad esempio, nazionalità, sede di attività, ecc.) con uno Stato membro, tenti di

---

(3) Comunicazione *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno* («SOLVIT»), *cit.*, 13.

esercitare una delle libertà garantite dal mercato interno, nell'ambito di un secondo Stato membro, ove lo stesso già risieda. È questo il caso, ad esempio, di una donna tedesca che, vivendo in Portogallo, decida di riprendere l'esercizio della professione di architetto ed incontri difficoltà nell'ottenere il riconoscimento della propria qualifica professionale tedesca da parte delle autorità portoghesi (4).

Non rientrano, almeno in linea teorica, nella competenza della rete SOLVIT i casi a valenza puramente « nazionale ».

La questione deve, naturalmente, riguardare l'*applicazione di una norma del mercato interno*.

Facciamo qualche esempio.

Un cittadino italiano ottiene in Spagna un diploma universitario triennale. Parte della formazione universitaria è avvenuta, però, in un Paese extracomunitario (Croazia). Per questo motivo, incontra difficoltà nel riconoscimento del titolo di studio in Italia. La questione viene sottoposta, dal centro di coordinamento italiano, alle competenti autorità nazionali. Le stesse, chiamate ad applicare la normativa interna e comunitaria in materia di riconoscimento dei titoli di studio, accolgono la richiesta, sulla base del fatto che il diploma è stato conseguito in un Paese europeo (Spagna) (5).

Altro caso. Le autorità francesi impediscono la commercializzazione di un formaggio legittimamente venduto in Austria, poiché contenente un particolare amido vietato dalla normativa nazionale. SOLVIT riesce a convincere le autorità interessate a riconoscere al prodotto pieno accesso al mercato, in applicazione del principio del mutuo riconoscimento (6).

Un terzo presupposto perché la questione possa essere sottoposta al centro di coordinamento, è che la stessa non sia oggetto di procedimenti giurisdizionali a livello comunitario o nazionale.

Il richiedente resta libero, in ogni momento, di adire le vie legali. Se nel corso del procedimento SOLVIT viene avviata un'azione legale, il centro di coordinamento deve chiudere l'istruttoria. Si tratta di una possibilità concreta perché l'accesso al centro

---

(4) *Ibid.*

(5) Caso 7301/047IT, in [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm).

(6) In [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm).

di coordinamento non interrompe i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

3. *Centro di coordinamento competente, procedimento e soluzione del caso.*

Competente alla risoluzione del problema prospettato dal richiedente è il centro di coordinamento dello Stato membro in cui si verifica il problema (centro di coordinamento «capofila»), ossia il centro dello Stato membro cui appartiene la pubblica amministrazione, alla quale viene contestata la scorretta applicazione della normativa comunitaria (7).

Il richiedente può, però, rivolgersi al centro di coordinamento del proprio Paese d'origine (centro di coordinamento «di partenza»), perché questo trasmetta l'istanza al centro capofila.

Il centro di coordinamento «di partenza» deve, *in primis*, verificare l'ammissibilità del caso; inoltre, deve valutare se non sia più opportuno promuovere un'azione giurisdizionale formale.

Una volta che il centro di coordinamento «di partenza» abbia verificato l'ammissibilità della domanda, ed abbia constatato che la rete SOLVIT offre le maggiori probabilità di giungere ad un risultato positivo, deve proporre la questione al centro «capofila», fornirgli tutte le informazioni necessarie e inserire il caso nella banca dati SOLVIT.

Il centro «capofila» deve confermare l'ammissibilità della questione ed entro una settimana, ove la ritenga fondata, rivolgersi al servizio competente della propria amministrazione, affinché vengano presi i provvedimenti necessari.

Qualora il centro di coordinamento decidesse di non ammettere la richiesta o la ritenesse infondata, deve darne comunicazione al centro di coordinamento d'appartenenza, perché informi il richiedente, il quale potrà insistere nella difesa delle proprie ragioni attraverso procedimenti formali.

Il termine per la decisione, da parte dei Centri di coordinamento, è di dieci settimane, termine che può essere prorogato una sola volta (di quattro settimane).

---

(7) Raccomandazione della Commissione *relativa ai principi per l'utilizzo di «SOLVIT» — la rete per la soluzione dei problemi del mercato interno* (2001/893/CE) G.U.C.E. L-331/79 del 15 dicembre 2001.



I richiedenti non devono necessariamente accettare le soluzioni proposte. La decisione del centro SOLVIT ha natura *non vincolante*.

Poiché SOLVIT costituisce un sistema volto alla soluzione informale dei problemi, esso non prevede strumenti di impugnazione delle soluzioni proposte. Tuttavia, come vedremo, la Commissione europea, in un documento successivo rispetto alla Comunicazione e alla Raccomandazione (8) istitutive di SOLVIT, ha previsto che il richiedente insoddisfatto possa rivolgersi alla Direzione Generale Mercato Interno, ove ritenga che la normativa dello Stato membro interessato sia in contrasto con diritto europeo.

La natura non vincolante della decisione del centro di coordinamento comporta che nemmeno l'amministrazione sia tenuta a conformarvisi.

#### 4. *SOLVIT e l'effettività della tutela: profili di garanzia individuale e profili sistematici di creazione di un « unico mercato europeo ».*

La costituzione del mercato comune europeo non passa solo attraverso la fissazione di norme e principi che garantiscono il libero esercizio delle attività economiche transfrontaliere, ma necessita anche di meccanismi che possano rendere effettiva (9) l'applicazione di siffatte regole e principi.

Questa affermazione necessita di un chiarimento.

Il concetto di effettività della tutela, applicato nel contesto della costruzione europea, ha una valenza più complessa rispetto al medesimo concetto applicato in ambito puramente nazionale (10). Di esso possono essere evidenziate una dimensione individualistica e una dimensione sistematica.

(8) Raccomandazione della Commissione *relativa ai principi per l'utilizzo di « SOLVIT » — la rete per la soluzione dei problemi del mercato interno* (2001/893/CE) G.U.C.E. L-331/79 del 15 dicembre 2001.

(9) M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme giurisdizionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 3, 499.

(10) In argomento cfr., M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazione nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 507; ID., *L'effettività dell'intervento del giudice amministrativo, Relazione di sintesi al Convegno Il giudice e l'urbanistica nei paesi dell'Europa dell'ovest*, Roma, 26 e 27 settembre 2003; ID., *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parlamentare*, 2003, 128; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 1; P. PIOVANI, voce *Effettività (princi-*

Da una parte, garantire una tutela effettiva, in senso comunitario, significa garantire che le norme processuali nazionali *non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile* (11) *la tutela delle situazioni conferite dal diritto europeo* (12). In questo caso, l'effettività della tutela rappresenta la soddisfazione di un generale diritto individuale *ad un ricorso effettivo ed ad un giudice imparziale* (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) (13) ed anche un complemento della libertà individuale d'impresa (14). In altre parole, il concetto di effettività della tutela costituisce un attributo necessario dello «status» di «cittadino europeo» (15) ed, allo stesso tempo, uno strumento di garanzia del libero esercizio dell'attività economica transfrontaliera.

---

*pio di*), in *Enc. dir.*, XIV, 420; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giurisdizionale secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, 39; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 334; S. CASSARINO, *Il sistema di giustizia amministrativa in Italia e i suoi attuali problemi*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 58; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2780; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523; E.M. BARBIERI, *L'effettività della giustizia amministrativa fra giudizio di ottemperanza e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 261.

(11) Questo tema è stato oggetto di una recente sentenza della Corte di giustizia *Boiron*, 7 settembre 2006, C-526/04.

(12) R. CARANTA, *Nuove questioni sul diritto comunitario, e forme di tutela giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 1993, III, 657.

(13) *Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare (...).*

(14) Ci sia consentito rinviare, in argomento, a M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2, 541.

(15) Sulla cittadinanza europea, senza pretesa di completezza, M. CARTABIA, voce *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1995, 1; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in questa *Rivista*, 1996, 869; S. GOZI, *Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro dell'Unione*, in questa *Rivista*, 1997, 917; A. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Un. Europ.*, 2-3, 1998, 267; V. SOTTILI, *Cittadinanza europea e libertà economiche*, in *Contratto e impresa*, II, 1999, 710 ss.; F. ALCARO e G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: «verso un diritto privato comunitario»?*, in questa *Rivista*, 2002, 2-3, 445; L. MOCCHIA, *La «cittadinanza europea» come «cittadinanza differenziata» a base di un sistema «multilivello» di diritto private*, *Relazione al Convegno internazionale Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Macerata, 30 settembre - 1 ottobre 2005; A. CELOTTO, *La cittadinanza europea*, Contributo al Convegno CESIFIN, Firenze 18 gennaio 2005; J. WEILER, *To be a European Citizen - Eros and Civilization*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, 495; C. CLOSA, *The concept of citizenship in the Treaty on the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1992, 1137.

In ambito comunitario, la tutela della libertà individuale di impresa ha anche una valenza di tipo sistematico. Favorire lo svolgimento transfrontaliero delle attività economiche consente, infatti, di promuovere la costituzione del mercato unico (oltre che, naturalmente, dal punto di vista economico, l'ottimale allocazione delle risorse e, quindi, il buon funzionamento del mercato).

Partendo da queste premesse, è evidente che, il concetto di effettività della tutela, nel diritto comunitario, assolve, oltre che una funzione di garanzia individuale, anche (16) ad una funzione di tipo sistematico. Ossia rappresenta uno strumento atto a garantire la costituzione del mercato comune, attraverso l'applicazione effettiva delle sue regole costitutive.

In questa chiave, la Corte di giustizia ha, costantemente (17), ritenuto che, per tutela (effettiva) debba intendersi una tutela *non-discriminatoria*, ed una tutela *equivalente* (l'equivalenza deve sussistere tra la tutela nazionale e quella apprestata in relazione a simili situazioni europee) (18).

A fronte della necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva (in senso individuale), equivalente e non-discriminatoria (19), nel pieno rispetto dell'autonomia processuale (20) dei singoli Stati membri, i giudici di Lussemburgo hanno elaborato una serie di principi (21) ormai entrati a far parte del diritto processuale nazionale (22); inoltre, sono stati adottati da parte del

---

(16) Sul punto cfr., M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme giurisdizionali e influenza del diritto comunitario*, cit.; T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, in *Common Market Law Review*, 2004, 41, 1199.

(17) Da ultimo, Corte di giustizia *Boiron*, 7 settembre 2006, C-526/04.

(18) Sentenze: *Palmisani*, 10 luglio 1997, C-161/95; *Edis*, 15 settembre 1998, C-231/96; *Dilexpost*, 9 febbraio 1999, C-343/96.

(19) A. ADINOLFI, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 1, 45.

(20) L.P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Foro it.* 1994, V, 155; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 13; G. DE BURCA, *National procedural rules and remedies, the changing approach of the Court of justice*, in J. LOMBAY e A. BIONDI (edited by), *Remedies for breach of EC law*, Chichester, 1997, 37.

(21) Cfr., D.U. GALETTA, *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, in questa *Rivista*, 1999, 5, 1003; A. BIONDI, *The European Court of justice and certain national procedural limitations: not such a tough relationship*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, 1271.

(22) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tu-*

Consiglio, degli interventi specifici come nel caso dei beni culturali (23) e degli appalti pubblici (24).

Al fine però di creare un «unico mercato», l'effettività della tutela, così intesa potrebbe non essere sufficiente.

Come è noto, principio fondante del mercato comune europeo è quello secondo cui uno Stato membro non può vietare, sul proprio territorio, lo svolgimento di un'attività economica (prestazione di un servizio, vendita di una merce, ecc), liberamente e legittimamente svolta nell'ambito di un altro Stato membro: (principio del mutuo riconoscimento) (25).

Il principio suddetto, considerato come *la pietra angolare della costruzione del mercato unico* (26), consente di superare il profilo del divieto di non-discriminazione (per quanto indiretta) imposto agli Stati membri (artt. 23 e ss. CE). Infatti, allo Stato di destinazione (*host State*) si impone, non solo di non discriminare un'attività o un prodotto proveniente dall'estero, ma anche di riconoscere, nell'ambito dell'esercizio della sua funzione di re-

---

*tela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000; G. MARI, *Forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in questa *Rivista*, 2004, 3-4, 1007.

(23) M.P. CHITI, *Beni culturali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, parte. spec., I, 349; A. BIONDI, *Remedies, the internal market and works of art*, in J. LOMBAY e A. BIONDI (edited by), *Remedies for breach of EC law*, cit., 165.

(24) Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 che *coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle applicazioni delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazioni degli appalti pubblici di forniture e lavori*, in G.U.C.E. L. 395/33 del 30 dicembre 1989, e Direttiva 92/13/CEE, 25 febbraio 1992, che *coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*, in G.U.C.E. L. 76/14 del 23 marzo 1992. Per un commento alle Direttive ricorsi G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in questa *Rivista*, 1991, 829; Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che *modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*, COM(2006) 195 definitivo 2006; cfr. ancora M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in questa *Rivista*, 2005, 167; ID., *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice De Lise*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

(25) F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa*, Bologna, 1997, 49 e ss; L. TORCHIA, *Il Governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, 55 e ss.; In argomento cfr. ancora S. WEATHERRILL, *Pre-emption, harmonisation, and the distribution of competence to regulate the internal market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (edited by), *The law of the single European market*, Oxford, 2002, 41.

(26) A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, Torino, 1990, 259.

golazione del mercato, i risultati della stessa funzione esercitata dallo Stato di provenienza (*home State*). Questo consente che si crei, effettivamente, un unico mercato (non uno scambio tra vari mercati caratterizzati ciascuno da proprie specifiche regolamentazioni) (27).

Per promuovere la costituzione del mercato comunitario, un ruolo determinante non può che essere giocato dalla garanzia dell'effettiva operatività del principio del mutuo riconoscimento, anche dal punto di vista della tutela.

Gli interventi della Corte in chiave di non discriminazione ed equivalenza, pur rappresentando un decisivo passo in avanti, potrebbero non essere una risposta sufficiente.

Proprio in questa chiave deve essere letto il recente impegno della Commissione europea all'istituzione della rete SOLVIT.

SOLVIT è pensato al fine di ovviare alle lentezze che caratterizzano il ricorso al giudice, nonché al fine di evitare le spese legali che a tale ricorso si accompagnano. Peraltro, lentezza, difficoltà e costi tendono ad aumentare nei casi in oggetto, caratterizzati dalla natura transfrontaliera. Per questo motivo, la rete è strutturata in modo tale che il richiedente possa rivolgersi al proprio centro di coordinamento nazionale, il quale si occuperà di trasferire la questione al centro di coordinamento del Paese di destinazione, centro che è chiamato ad interloquire con l'amministrazione e a fornire il parere richiesto.

Accanto a questa funzione di tutela individuale, SOLVIT assolve ad una funzione di tipo sistematico, ben più significativa. In effetti, per la prima volta viene creato un sistema di risoluzione delle controversie *comune* per gli operatori economici dei singoli Stati membri. Siamo, quindi, al di là del semplice obbligo di non-discriminazione e dell'elaborazione di principi generali che uniformano diversi meccanismi di tutela. In questo caso, si fornisce uno strumento *unitario* di risoluzione delle controversie, che

---

(27) *As a regulatory process norm, mutual recognition, goes beyond the simple requirement on host state regulators not to discriminate on grounds of nationality. It requires in addition that national regulators be other regarding in the sense that they must, within their own domestic processes, recognise and give meaning to information about the regulatory history of a product, service, worker, even if that information is sourced outside of the host State (...). It extends the principle of non-discrimination by requiring host State regulators to look beyond the national form of the regulatory controls and to consider the potent equivalente of their function.* K. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, in *The law of the single European market*, C. BARNARD e J. SCOTT (edited by), Oxford, 2002, 231.

consente di rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento.

Si noti, che già prima del 2001, nell'ambito del *Piano d'azione per il mercato unico* (1997) (28), era stata prevista l'istituzione di centri nazionali di risoluzione informale delle controversie. Istituzione che, peraltro, aveva avuto già luogo in diversi Paesi europei (29). Il vero punto di svolta del meccanismo è rappresentato dalla creazione di un sistema telematico, una banca dati nella quale ciascun centro di coordinamento nazionale è tenuto ad inserire le questioni sottoposte alla sua attenzione e le relative soluzioni. Questo consente di uniformare le decisioni prese a livello locale e favorisce la nascita di un *corpus* unitario di principi e decisioni, relative ad un «unico mercato» europeo.

#### 5. *SOLVIT come strumento di uniformazione della prassi amministrativa degli Stati membri.*

Il ruolo che SOLVIT svolge come strumento di costituzione di un mercato «veramente comune», libero e concorrenziale, va molto al di là della promozione della effettiva tutela dell'operatore economico comunitario (nel senso sopradescritto).

Innanzitutto, SOLVIT rappresenta un efficace strumento di *uniformazione della prassi amministrativa*, a livello dei singoli Stati membri. A questo proposito, si ricorda che la Commissione, nel Libro Bianco *sulla Governance europea* (30), ha sottolineato come la corretta applicazione del diritto comunitario, a livello nazionale, costituisca un elemento determinante per migliorare il funzionamento del sistema europeo.

Sempre la Commissione, nella già citata Comunicazione *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno* (31), sottolinea che SOLVIT potrebbe contribuire ad ovviare alle difficoltà delle amministrazioni nazionali relative alla corretta applicazione della normativa comunitaria, soprattutto tenendo presente i problemi

---

(28) CSE(97) 1 def. del 4 giugno 1997.

(29) Sul punto, la Comunicazione *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno* («SOLVIT»), cit.

(30) COM(2001) 428 definitivo/2, 5. agosto 2001, 27.

(31) Cit., 16-17.

che, in questo senso, potranno incontrare i Paesi dell'allargamento (32).

L'impatto che SOLVIT è suscettibile di esercitare sull'attività amministrativa è ancora più significativo di quanto era stato prospettato nei documenti istitutivi.

In svariati casi, l'intervento di SOLVIT ha assunto, un ruolo di tutela del cittadino simile a quello di un difensore civico, avverso casi di *maladministration*, in cui, addirittura, la natura transfrontaliera della questione rimane sullo sfondo.

Il comune di Niscemi si rifiuta di autenticare una fotocopia del documento d'identità del richiedente, sulla base del fatto che la legislazione italiana consente la possibilità di autocertificare la suddetta fotocopia. Questo avviene, nonostante il richiedente faccia presente che tale autentica è indispensabile, perché richiesta dal suo futuro datore di lavoro in Germania, Paese nel quale l'autocertificazione non ha valore legale. La questione viene sottoposta ad un centro di coordinamento SOLVIT che si rivolge all'amministrazione, facendo constatare che l'autocertificazione rappresenta una misura di semplificazione non obbligatoria, la quale deve andare a vantaggio del cittadino e non a suo detrimento. In conclusione, il Comune di Niscemi riconosce che la richiesta del cittadino è stata respinta illegittimamente, a causa dell'errore di un dipendente. Il responsabile del servizio assicura l'accoglimento della richiesta e provvede ad avvisare il richiedente della soluzione individuata (33).

Sempre su questa linea, si colloca il caso riguardante una cittadina italiana che, ricoverata in un ospedale tedesco, deve essere sottoposta ad un urgente e costoso intervento chirurgico. I familiari, in Italia, dopo aver richiesto in vano, alle competenti autorità, alcuni documenti necessari per il rimborso, si rivolgono al centro di coordinamento (italiano). Quest'ultimo, appurata la necessità di uno solo dei documenti richiesti, ne ottiene il rilascio. Inoltre, mette in contatto i due soggetti gestori dei regimi previdenziali (italiano e tedesco), propiziando una soluzione positiva della vicenda (34).

---

(32) P. NICOLAIDES, *Phedon, Enlargement of the EU and Effective Implementation of Community Rules: An Integration-Based Approach*. EIPA (1999), Working Paper 99/W/04, in [www.eipa.nl/index.asp](http://www.eipa.nl/index.asp).

(33) Caso 22082/06/IT, in [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm)

(34) Caso 23082/06/IT, in [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm)

6. *SOLVIT e la modifica delle normative nazionali di regolazione delle attività economiche: il ruolo di controllo della Commissione Europea.*

SOLVIT può svolgere un ruolo ancora più incisivo come strumento di costituzione del mercato comune, concorrendo a modificare le normative nazionali di regolazione delle attività economiche, non conformi alle regole e ai principi comunitari.

In particolare, questo è possibile, in via indiretta, attraverso l'intervento della Commissione europea, che come è noto, può aprire una procedura di infrazione *contro uno Stato membro quando reputi che lo stesso abbia mancato ad uno degli obblighi a lui incombenti* sulla base del Trattato (art. 226 CE).

La Commissione gestisce tecnicamente il sistema informatico su cui si basa l'intero *network* SOLVIT, e ciò le consente un continuo monitoraggio del meccanismo. Peraltro, una funzione di controllo le è, espressamente, attribuita dal considerando n. 12 della Raccomandazione istitutiva (*relativa ai principi per l'utilizzo di « SOLVIT »*)(35): la Commissione ha il compito di controllare che le soluzioni proposte dai centri di coordinamento *siano pienamente conformi al diritto comunitario*.

I principi a cui ispirarsi e le modalità da seguire, nell'espletamento di questa funzione, sono stati individuati nell'ambito del *Commission staff working document, setting out the approach for assessing the conformity of solutions proposed by the SOLVIT network with Community law* (2004)(36).

La lettera c) del punto 6 prevede che la Direzione Generale «Mercato Interno» *will organise periodic evaluations of the performance of SOLVIT network including the range of solutions implemented in particular to check for any evident problems. This includes identifying patterns of misapplication of Community law which may, for example, be caused by incorrect implementation of an EU Directive. The Commission reserves the right to take appropriate action against Member States.*

Se in sede di controllo sul funzionamento del sistema SOLVIT, rileva che la normativa dello Stato membro interessato non

---

(35) *Cit.*

(36) SEC(2004) 1159 del 17 settembre 2004.



è conforme al diritto europeo (per tale difformità è sorto il problema sottoposto al centro di coordinamento), la Commissione può aprire una procedura di infrazione. L'intervento della Commissione può avvenire anche ad istanza del richiedente. Infatti, nonostante sia la Comunicazione che la Raccomandazione istitutive escludano la possibilità di appello avverso le decisioni dei centri di coordinamento, il *Commission working document*, si esprime in termini diversi.

Il cittadino o l'impresa europea, ove ritenga che decisione (o la non decisione) sia in contrasto con il diritto comunitario, può rivolgersi alla Commissione (DG Mercato Interno).

Non è chiaro se la Commissione possa intervenire direttamente sulla decisione del SOLVIT, ma in ogni caso, ove ravvisi che il problema nasca da un contrasto tra la normativa nazionale e il diritto europeo, può aprire una procedura di infrazione contro lo Stato membro interessato. *The parties to the proposed solution retain all their legal rights including the possibility of complaining to the Commission that they are not satisfied with the proposed solution or lack of solution. The Commission retains to take action against a Member State if from the information and its disposal in the SOLVIT data base it considers that a solution is not in conformity with Community law (punto 5, lett.re b) e c).*

#### 7. *SOLVIT PLUS: un intervento diretto di liberalizzazione.*

L'intervento che SOLVIT (*rectius* il centro di coordinamento interessato) può svolgere per l'adeguamento della normativa nazionale alle regole e ai principi comunitari, può essere anche di tipo diretto.

Nella pratica, è accaduto, infatti, che il centro, investito di una determinata controversia, ravvisato un contrasto della normativa nazionale con il diritto comunitario, si sia rivolto direttamente alle autorità dei singoli Stati membri, chiedendo (e, in linea di massima, ottenendo) la modifica della normativa in questione.

È questo il meccanismo denominato (SOLVIT PLUS).

Un cittadino finlandese, temporaneamente residente in Lituania, si sottopone ad analisi mediche presso un ospedale locale. L'ospedale interessato, secondo quanto prescritto dalla normativa nazionale, richiede per le prestazioni mediche effettuate, un emo-

lumento che è maggiore del 30%, rispetto a quello richiesto ad un cittadino lituano. Il centro di coordinamento lituano investito della controversia, ravvisa un palese caso di discriminazione basata sulla cittadinanza. Conseguentemente, il centro SOLVIT si rivolge alle autorità lituane competenti (Ministro della salute), chiedendo ed ottenendo, *in primis*, la disapplicazione della normativa interessata per risolvere il caso concreto; nonché, in secondo luogo, una modifica della stessa normativa interna tale da equiparare, ai fini dell'assistenza medica, gli altri cittadini europei ai cittadini lituani (37).

Abbiamo già constatato che alcuni interventi del SOLVIT hanno avuto ad oggetto delle situazioni la cui dimensione inter-statale era puramente sullo sfondo.

Questa prospettiva è presente anche nell'ambito del SOLVIT PLUS. Infatti, si registrano casi in cui la controversia, relativa all'applicazione di una norma del mercato europeo, intercorre tra l'amministrazione e un cittadino del medesimo Stato membro e si fonda sulla non conformità della normativa nazionale al diritto comunitario.

Un venditore lituano di generi alimentari solleva, innanzi al proprio SOLVIT nazionale, una questione relativa al mancato adeguamento di una normativa (sempre lituana) in materia di vendita di generi alimentari, alla corrispondente disciplina comunitaria (38). La disciplina legislativa lituana richiede che, per la vendita di determinati generi alimentari, sia necessario indicare sull'etichetta, non solo il nome e indirizzo del venditore, ma anche quello del produttore originario e del distributore. Questa disciplina contrasta con quella comunitaria (Direttiva) che ritiene sufficiente l'indicazione del venditore. Il richiedente lituano, il quale appone sulle etichette solamente il proprio nome e indirizzo, incontra difficoltà nello smercio dei propri prodotti e si rivolge, quindi, al centro SOLVIT (lituano). Il SOLVIT si muove in due direzioni. In prima istanza, persuade il Ministro competente a riconoscere alla direttiva effetto diretto, con la conseguenza che il richiedente è libero, immediatamente, di vendere le merci interessate. Successivamente, si assicura che la disciplina interna sia emendata nel rispetto della direttiva comunitaria.

---

(37) Caso 13161/05, in [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm)

(38) Caso 18801/05/LV, in [http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm)

8. *Conclusioni.*

SOLVIT è un sistema che garantisce una maggiore tutela del cittadino-operatore economico comunitario e, allo stesso tempo, contribuisce alla crescita del progetto europeo nel suo complesso.

Il meccanismo presenta svariati punti deboli.

In particolare, *la decisione presa non è vincolante.*

Inoltre, *i tempi di istruzione della causa* (che possono raggiungere i tre mesi) *non garantiscono la possibilità di un successivo ricorso giurisdizionale* (almeno nell'ambito del nostro ordinamento).

Ancora. Dal punto di vista strutturale, i centri di coordinamento, lamentano scarso interesse da parte dei Governi nazionali, mancanza di personale e di risorse (39).

Ad ogni modo, l'utilità di SOLVIT è innegabile, sia con riguardo alla dimensione individuale che sistemica.

Con riferimento al primo aspetto, si deve ricordare che il meccanismo, in realtà, non è volto a sostituirsi all'intervento del giudice, né a costituire un tentativo di conciliazione preventivo.

La natura non vincolante della decisione e i tempi (non brevi) di istruzione della causa renderebbero il ricorso al centro di coordinamento particolarmente rischioso e, in ultima analisi, non efficace.

SOLVIT, al contrario, vuole offrire protezione a coloro che, in linea generale, alla tutela giurisdizionale non accedrebbero. Si tratta di singoli cittadini e di piccole imprese che solo con difficoltà potrebbero rivolgersi ad un giudice, considerate le problematiche e i costi di una controversia da iniziare di fronte ad una giurisdizione straniera. Si noti, in questo senso, che il meccanismo SOLVIT è strutturato in modo tale che il richiedente possa rivolgersi al centro di coordinamento avente sede nel proprio Stato di residenza e si noti inoltre che l'istruzione della causa è completamente gratuita.

SOLVIT è, invece, meno rilevante per le grandi imprese che con più facilità accedono alla tutela ordinaria attraverso studi le-

---

(39) Cfr., in argomento il *Commission staff working document, SOLVIT 2005 Report, Development and performance of the SOLVIT network in 2005*, SEC(2006) 592, 4 maggio 2006.

gali aventi sede in altri Stati membri o, comunque, specializzati a gestire controversie transfrontaliere (40).

In effetti, la Commissione sottolinea come le questioni sottoposte a SOLVIT hanno avuto un incremento continuo dal 2002 ad oggi. Inoltre, nonostante la natura non vincolante della decisione la percentuale di casi risolti (ossia nei quali le amministrazioni si sono effettivamente conformate) è intorno al 77% di quelli presentati (41).

Anche come strumento di costituzione del mercato comune il meccanismo SOLVIT ha prodotto evidenti risultati. Sulla base dei casi esaminati in precedenza, abbiamo avuto modo di notare gli effetti concreti che lo stesso ha prodotto sulla prassi amministrativa (peraltro, anche in ipotesi in cui la dimensione transfrontaliera aveva una rilevanza puramente indiretta).

Grazie al SOLVIT PLUS le normative dei singoli Stati membri sono state modificate in senso conforme alla disciplina comunitaria ed ai principi in tema di liberalizzazione delle attività economiche.

Possiamo concludere con una considerazione. L'art. 21 della legge 287 del 1990 attribuisce al Garante della Concorrenza e del Mercato un potere di segnalazione al Parlamento ed al Governo: *Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive.* SOLVIT potrebbe cooperare al miglioramento del quadro normativo, indicando all'Autorità casi sottoposti al suo esame, nei quali gli ostacoli posti dalle

---

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*

amministrazioni di settore all'imprenditore straniero (ma anche nazionale) dipendono da norme di legge vigenti, distorsive della concorrenza.

Peraltro, questa funzione sarebbe perfettamente in linea con quanto previsto dall'art. 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio (42), *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato* (43): le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri e le giurisdizioni nazionali, quando applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza, devono applicare contestualmente gli articoli 81 e 82 del Trattato se l'intesa restrittiva ovvero l'abuso di posizione dominante interessati possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. In altre parole, l'articolo sancisce una «responsabilità condivisa» tra la Commissione europea e le Autorità nazionali, nella garanzia del corretto funzionamento (svolgimento) degli scambi intracomunitari e quindi della creazione di un unico mercato europeo.

---

(42) 16 dicembre 2002, GU L 1 del 4 gennaio 2003.

(43) C. GAUER, D. DALHEIMER, L. KJOLBYE e E. DE SMIJTER, *Regulation 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, in *Competition policy Newsletter*, 2003, 1, 3; H. NYSSSENS e N. PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Dir. Un. Europ.* 2003, 2-3, 357; J.S. VENIT, *Brave new world: The modernization and decentralization of enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 40, 545; P.J. W. WOUTER, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, in *World Competition*, 2006, 29, 3; S. BRAMMER, *Concurrent jurisdiction under Regulation 1/2003 and the issue of case allocation*, in *Common Market Law Review*, 2005, 42, 1383.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, GRANDE SEZIONE, sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A., in liquidazione c. Repubblica italiana*.

**Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario - Violazione imputabile a errore giudiziario del giudice nazionale di ultima istanza - Sussistenza - Condizioni.**

*La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, quando la violazione sia imputabile ad un errore giudiziario commesso da un giudice nazionale di ultima istanza, non può essere limitata ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, qualora detta limitazione implichi l'esclusione della responsabilità dello Stato anche per ipotesi di violazioni manifeste del diritto vigente(1).*

(*Omissis*). — 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sul principio e sulle condizioni per la sussistenza della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per i danni arrecati ai singoli da una violazione del diritto comunitario, allorché tale violazione è imputabile a un organo giurisdizionale nazionale.

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una causa intentata contro la Repubblica italiana dalla *Traghetti del Mediterraneo SpA*, impresa di trasporti marittimi, attualmente in liquidazione (in prosieguo: la «TDM»), al fine di ottenere il risarcimento del danno che essa avrebbe subito a causa di un'erronea interpretazione, da parte della Corte suprema di Cassazione, delle norme comunitarie relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato e, in particolare, per il rifiuto opposto da quest'ultima alla sua richiesta di sottoporre alla Corte le pertinenti questioni di interpretazione del diritto comunitario.

#### CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE

3. Ai sensi dell'art. 1, n. 1, della legge 13 aprile 1988, n. 117 [sul] risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e [sulla] responsabilità civile dei magistrati (GURI n. 88 del 15 aprile 1988, pag. 3; in prosieguo: la «legge n. 117/88»), detta legge si applica «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

4. L'art. 2 della legge n. 117/88 prevede:

«1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali

e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.

2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.

3. Costituiscono colpa grave:

- a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
- b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

5. Ai sensi dell'art. 3, n. 1, prima frase, della legge n. 117/88, costituisce peraltro un diniego di giustizia «il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria».

6. Gli articoli seguenti della legge n. 117/88 precisano le condizioni e le modalità per proporre un'azione di risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2 o 3 di detta legge, così come le azioni che possono essere intraprese, a posteriori, nei confronti del magistrato che si sia reso colpevole di dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, se non addirittura di un diniego di giustizia.

#### I FATTI ALL'ORIGINE DELLA CONTROVERSIA NELLA CAUSA PRINCIPALE E LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

7. La TDM e la Tirrenia di Navigazione (in prosieguo: la «Tirrenia») sono due imprese di trasporti marittimi che, negli anni '70, effettuavano regolari collegamenti marittimi tra l'Italia continentale e le isole della Sardegna e della Sicilia. Nel 1981, mentre era stata sottoposta alla procedura di concordato, la TDM citava la Tirrenia in giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli al fine di ottenere il risarcimento del pregiudizio che essa avrebbe subito, negli anni precedenti, a causa della politica di prezzi bassi praticata da quest'ultima.

8. La TDM invocava, a tal riguardo, tanto la violazione, da parte della sua concorrente, dell'art. 2598, n. 3, del codice civile italiano, relativo agli atti di concorrenza sleale, quanto la violazione degli artt. 85, 86, 90 e 92 del Trattato CEE (divenuti, rispettivamente, artt. 85, 86, 90 e 92 del Trattato CE, a loro volta diventati artt. 81 CE, 82 CE, 86 CE, e, in seguito a modifica, 87 CE) per il fatto che, a suo parere, la Tirrenia aveva violato le norme fondamentali di tale Trattato, e in particolare aveva abusato della propria posizione dominante sul mercato in questione, praticando tariffe notevolmente inferiori al prezzo di costo grazie al conseguimento di sovvenzioni pubbliche la cui legittimità sarebbe stata dubbia alla luce del diritto comunitario.

9. Con sentenza del Tribunale di Napoli 26 maggio 1993, confermata in appello dalla sentenza 13 dicembre 1996 della Corte d'appello di Napoli, tale domanda di risarcimento veniva tuttavia respinta dai giudici italiani, poiché le

sovvenzioni concesse dalle autorità di tale Stato erano legittime in quanto perseguivano obiettivi di interesse generale connessi, in particolare, allo sviluppo del Mezzogiorno ed in quanto, in ogni caso, non recavano pregiudizio all'esercizio di attività di trasporto marittimo diverse e concorrenti rispetto a quelle censurate dalla TDM. Pertanto, nessun atto di concorrenza sleale poteva essere imputato alla Tirrenia.

10. Ritenendo, da parte sua, che queste due sentenze fossero viziata da errori di diritto, in quanto fondate, in particolare, su un'interpretazione errone delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, il curatore fallimentare della TDM proponeva contro la sentenza della Corte d'appello di Napoli un ricorso in Cassazione, nell'ambito del quale invitava la Corte suprema di Cassazione a sottoporre alla Corte, ai sensi dell'art. 177, terzo comma, del Trattato CE (divenuto articolo 234, terzo comma, CE), le pertinenti questioni d'interpretazione del diritto comunitario.

11. Con sentenza 19 aprile 2000, n. 5087 (in prosieguo: la «sentenza 19 aprile 2000»), la Corte suprema di Cassazione tuttavia rifiutava di accogliere tale istanza poiché la soluzione adottata dai giudici di merito rispettava la lettera delle pertinenti disposizioni del Trattato ed era, per di più, perfettamente conforme alla giurisprudenza della Corte, in particolare alla sentenza 22 maggio 1985, causa 13/83, Parlamento/Consiglio (Racc. pag. 1513).

12. Per giungere a tale conclusione, la Corte suprema di Cassazione rilevava, da un lato, riguardo alla presunta violazione degli artt. 90 e 92 del Trattato, che tali articoli permettono di derogare, a certe condizioni, al divieto generale degli aiuti di Stato al fine di favorire lo sviluppo economico di regioni svantaggiate o di soddisfare domande di beni e servizi che il gioco della libera concorrenza non permette di soddisfare pienamente. Orbene, secondo tale giudice, tali condizioni ricorrerebbero appunto nella fattispecie in quanto, nel corso del periodo contestato (cioè tra il 1976 e il 1980), i trasporti di massa tra l'Italia continentale e le sue isole maggiori potevano essere assicurati, attesi i loro costi, solo per via marittima, cosicché sarebbe stato necessario soddisfare la domanda, sempre più pressante, per tale tipo di servizi affidando la gestione di tali trasporti ad un concessionario pubblico che praticava una tariffa imposta.

13. Secondo lo stesso giudice, la distorsione della concorrenza che deriverebbe dall'esistenza di tale concessione non comporterebbe, tuttavia, l'illegittimità automatica dell'aiuto accordato. In effetti, l'attribuzione di una tale concessione di servizio pubblico comporterebbe sempre, implicitamente, un effetto distorsivo della concorrenza e la TDM non sarebbe riuscita a dimostrare che la Tirrenia avesse tratto vantaggio dall'aiuto accordato dallo Stato per realizzare utili connessi ad attività diverse da quelle per cui le sovvenzioni erano state effettivamente concesse.

14. Dall'altro lato, quanto al motivo relativo alla violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, la Corte suprema di Cassazione lo ha respinto in quanto infondato poiché, all'epoca dei fatti della controversia, l'attività di cabotaggio marittimo non era ancora stata liberalizzata e poiché la natura ed il contesto territoriale limitati di tale attività non consentivano di individuare chiaramente il mercato rilevante ai sensi dell'art. 86 del Trattato. In siffatto contesto, tale giudice ha, tuttavia, rilevato che, se era difficile identificare detto mercato, una concorrenza reale poteva nondimeno esercitarsi nel settore interessato dal mo-



mento che l'aiuto concesso nella fattispecie riguardava solamente una delle attività tra quelle, numerose, tradizionalmente svolte da un'impresa di trasporto marittimo e che era per di più limitata ad un solo Stato membro.

15. In tali circostanze, la Corte suprema di Cassazione ha, di conseguenza, respinto il ricorso per cui era stata adita, dopo aver rigettato anche le censure sollevate dalla TDM riguardo alla violazione delle disposizioni nazionali relative agli atti di concorrenza sleale e all'omissione da parte della Corte d'appello di Napoli di statuire sulla domanda della TDM diretta a sottoporre alla Corte le pertinenti questioni d'interpretazione. Precisamente tale decisione di rigetto è all'origine del procedimento pendente dinanzi al giudice del rinvio.

16. Infatti, ritenendo che la sentenza 19 aprile 2000 fosse fondata su un'errata interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e sulla premessa erronea dell'esistenza di una giurisprudenza costante della Corte in materia, il curatore fallimentare della TDM, società nel frattempo messa in liquidazione, citava la Repubblica italiana dinanzi al Tribunale di Genova per ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno che tale impresa avrebbe subito a causa degli errori di interpretazione commessi dalla Corte suprema di Cassazione e a causa della violazione dell'obbligo di rinvio che graverebbe a carico di quest'ultimo organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

17. A tal riguardo, fondandosi, segnatamente, sulla decisione della Commissione 21 giugno 2001, 2001/851/CE, relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alla compagnia marittima Tirrenia di Navigazione (GU L 318, pag. 9) — decisione riguardante, sì, sovvenzioni concesse successivamente al periodo controverso nella causa principale, ma adottata al termine di un procedimento avviato dalla Commissione delle Comunità europee prima dell'udienza dibattimentale della Corte suprema di Cassazione nella causa conclusasi con sentenza 19 aprile 2000 — la TDM sostiene che, se quest'ultimo giudice si fosse rivolto alla Corte, l'esito del ricorso in cassazione sarebbe stato completamente diverso. Al pari della Commissione, nella summenzionata decisione, la Corte avrebbe, infatti, rilevato la dimensione comunitaria delle attività di cabotaggio marittimo così come le difficoltà inerenti alla valutazione della compatibilità di sovvenzioni pubbliche con le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, il che avrebbe portato la Corte di Cassazione a dichiarare illegittimi gli aiuti concessi alla Tirrenia.

18. La Repubblica italiana contesta la ricevibilità stessa di tale azione di risarcimento, basandosi sul tenore della legge n. 117/88, ed in particolare sul suo art. 2, n. 2, ai sensi del quale l'interpretazione di norme giuridiche effettuata nell'ambito dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali non potrebbe comportare la responsabilità dello Stato. Tuttavia, nel caso in cui la ricevibilità di tale ricorso dovesse essere ammessa dal giudice del rinvio, essa sostiene, in subordine, che il ricorso deve in ogni caso essere respinto poiché non ricorrerebbero i presupposti per un rinvio pregiudiziale e la sentenza 19 aprile 2000, passata in giudicato, non potrebbe più essere rimessa in discussione.

19. In risposta a tali argomentazioni, la TDM si interroga sulla compatibilità della legge n. 117/88 con le prescrizioni del diritto comunitario. Essa sostiene, in particolare, che le condizioni di ricevibilità delle azioni previste da tale legge e la prassi seguita in materia dagli organi giurisdizionali nazionali (tra cui

la stessa Corte suprema di Cassazione) sono talmente restrittive che rendono eccessivamente difficile, se non addirittura impossibile, il conseguimento di un risarcimento da parte dello Stato dei danni causati da provvedimenti giurisdizionali. Di conseguenza, una tale normativa sarebbe in contrasto con i principi sanciti dalla Corte, in particolare, nelle sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357), e 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur et Factortame (Racc. pag. I-1029).

20. Pertanto, nutrendo dubbi quanto alla soluzione da dare alla controversia dinanzi ad esso pendente nonché quanto alla possibilità di estendere al potere giudiziario i principi sanciti dalla Corte, nelle sentenze citate al punto precedente, relative alle violazioni del diritto comunitario commesse nell'esercizio di un'attività legislativa, il Tribunale di Genova ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se uno Stato [membro] risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dei singoli cittadini degli errori dei propri giudici nell'applicazione del diritto comunitario o della mancata applicazione dello stesso e in particolare del mancato assolvimento da parte di un giudice di ultima istanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234, comma 3, del Trattato.

2) Nel caso in cui debba ritenersi che uno Stato membro risponda degli errori dei propri giudici nell'applicazione del diritto comunitario e in particolare dell'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte di un giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 234, comma 3, del Trattato, se osti all'affermazione di tale responsabilità — e sia quindi incompatibile con i principi del diritto comunitario — una normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici che:

— esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria,

— limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice».

21. A seguito della pronuncia della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler (Racc. pag. I-10239), il cancelliere della Corte ha inviato copia di tale sentenza al giudice del rinvio chiedendogli se, alla luce del contenuto della sentenza, ritenesse utile mantenere la sua domanda pregiudiziale.

22. Con lettera 13 gennaio 2004, pervenuta alla cancelleria della Corte il 29 gennaio seguente, il Tribunale di Genova, sentite le parti della causa principale, ha ritenuto che la summenzionata sentenza Köbler fornisce una risposta esauriente alla prima delle due questioni da esso proposte, di modo che non è più necessario che la Corte si pronunci su di essa.

23. Esso ha, invece, ritenuto utile mantenere la sua seconda questione affinché la Corte si pronunci, «anche alla luce dei principi affermati (...) nella sentenza Köbler», sulla questione se «osti all'affermazione della responsabilità dello Stato per violazioni imputabili a un organo giurisdizionale nazionale una normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori del giudice che, come quella italiana, esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese

nell'ambito dell'attività giudiziaria e limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice».

#### SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

24. In via preliminare, occorre rilevare che la causa pendente dinanzi al giudice del rinvio ha per oggetto un'azione diretta a far sorgere la responsabilità dello Stato per una decisione, non impugnabile, emessa da un organo giurisdizionale supremo. La questione proposta dal giudice del rinvio deve quindi essere intesa come vertente, in sostanza, sulla questione se il diritto comunitario e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte nella summenzionata sentenza Köbler, ostino ad una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che, da un lato, esclude ogni responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado allorquando tale violazione risulta da un'interpretazione delle norme di diritto o da una valutazione dei fatti e delle prove ad opera di tale organo giurisdizionale e che, dall'altro lato, limita, peraltro, tale responsabilità ai soli casi del dolo e della colpa grave del giudice.

25. Per la TDM, come per la Commissione, tale questione richiede chiaramente una risposta affermativa. Infatti, dal momento che la valutazione dei fatti e delle prove nonché l'interpretazione delle norme di diritto sarebbero inerenti all'attività giurisdizionale, l'esclusione, in tali casi, della responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito dell'esercizio di tale attività equivarrebbe, in pratica, ad esonerare quest'ultimo da ogni responsabilità per violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario.

26. Per quanto riguarda, peraltro, la limitazione di detta responsabilità ai soli casi del dolo o della colpa grave del giudice, anch'essa sarebbe di natura tale da condurre ad un'esenzione di fatto da ogni responsabilità dello Stato, poiché, da un lato, la nozione stessa di «colpa grave» non sarebbe lasciata alla libera valutazione del giudice chiamato a statuire su un'eventuale domanda di risarcimento dei danni causati da una decisione giurisdizionale, ma sarebbe rigorosamente delimitata dal legislatore nazionale, che enumererebbe preliminarmente — ed in modo tassativo — le ipotesi di colpa grave.

27. Secondo la TDM si desumerebbe, dall'altro lato, dall'esperienza acquisita in Italia nell'attuazione della legge n. 117/88 che gli organi giurisdizionali di detto Stato, in particolare, la Corte suprema di Cassazione, darebbero una lettura estremamente restrittiva di tale legge, così come delle nozioni di «colpa grave» e di «negligenza inescusabile». Queste nozioni sarebbero interpretate da tale ultimo organo giurisdizionale come una «violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma» o contenente una lettura di essa «in termini contrastanti con ogni criterio logico», il che condurrebbe, in pratica, al rigetto quasi sistematico delle denunce presentate contro lo Stato italiano.

28. Al contrario, secondo il governo italiano, sostenuto, su tale punto, dall'Irlanda e dal governo del Regno Unito, una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale sarebbe perfettamente conforme ai principi stessi del diritto comunitario dal momento che essa realizzerebbe un giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto, da un lato, e la concessione di una tutela giu-

risdizionale effettiva ai singoli nei casi più evidenti di violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario, dall'altro lato.

29. In tale ottica, ove dovesse essere riconosciuta, la responsabilità degli Stati membri per i danni risultanti da tali violazioni dovrebbe dunque essere limitata ai soli casi in cui si possa identificare una violazione sufficientemente grave del diritto comunitario. Tuttavia, essa non potrebbe sussistere qualora un organo giurisdizionale nazionale abbia deciso una controversia sulla base di un'interpretazione degli articoli del Trattato che si rispecchi adeguatamente nella motivazione fornita da tale organo giurisdizionale.

30. A tal riguardo, occorre ricordare che, nella summenzionata sentenza Köbler, pronunciata successivamente alla data in cui il giudice del rinvio s'è rivolto alla Corte, quest'ultima ha ricordato che il principio per il quale uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli per violazioni del diritto comunitario che gli sono imputabili ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo di tale Stato la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione (v. punto 31 di detta sentenza).

31. Al riguardo, fondandosi in particolare sul ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che derivano ai singoli dalle norme comunitarie, nonché sulla circostanza che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce, per definizione, l'ultima istanza dinanzi alla quale essi possono far valere i diritti che il diritto comunitario conferisce loro, la Corte ne ha dedotto che la tutela di tali diritti sarebbe indebolita — e la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti sarebbe rimessa in questione — se fosse escluso che i singoli potessero ottenere, a talune condizioni, il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado (v. sentenza Köbler, cit., punti 33-36).

32. È vero che, considerate la specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto, la responsabilità dello Stato, in un caso del genere, non è illimitata. Come la Corte ha affermato, tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve, a tal riguardo, tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE (sentenza Köbler, cit., punti 53-55).

33. Considerazioni analoghe, connesse alla necessità di garantire ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro, ostano, allo stesso modo, a che la responsabilità dello Stato non possa sorgere per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto effettuata da tale organo giurisdizionale.

34. Da un lato, infatti, l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti — nazionali e/o comunitarie — al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta.

35. Dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa, se, per esempio, il giudice dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erronea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia (v., a questo riguardo, la summenzionata sentenza Köbler, punto 56), o se interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in pratica, alla violazione del diritto comunitario vigente.

36. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato a causa del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un'operazione di interpretazione delle norme giuridiche effettuata da un organo giurisdizionale equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza Köbler. Tale constatazione vale, a maggior ragione, per gli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche.

37. Si deve giungere ad analoga conclusione nel caso di una legislazione che escluda, in maniera generale, la sussistenza di una qualunque responsabilità dello Stato allorché la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove.

38. Da un lato, infatti, una simile valutazione costituisce, così come l'attività di interpretazione delle norme giuridiche, un altro aspetto essenziale dell'attività giurisdizionale poiché, indipendentemente dall'interpretazione effettuata dal giudice nazionale investito di una determinata causa, l'applicazione di dette norme al caso di specie spesso dipenderà dalla valutazione che egli avrà compiuto sui fatti del caso di specie così come sul valore e sulla pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine dalle parti in causa.

39. Dall'altro lato, una tale valutazione — che richiede a volte analisi complesse — può condurre ugualmente, in certi casi, ad una manifesta violazione del diritto vigente, sia essa effettuata nell'ambito dell'applicazione di specifiche norme relative all'onere della prova, al valore di tali prove o all'ammissibilità dei mezzi di prova, ovvero nell'ambito dell'applicazione di norme che richiedono una qualificazione giuridica dei fatti.

40. Escludere, in tali casi, ogni possibilità di sussistenza della responsabilità dello Stato poiché la violazione contestata al giudice nazionale riguarda la valutazione effettuata da quest'ultimo su fatti o prove equivarrebbe altresì a privare di effetto utile il principio sancito nella summenzionata sentenza Köbler, per quanto riguarda le manifeste violazioni del diritto comunitario che sarebbero imputabili agli organi giurisdizionali nazionali di ultimo grado.

41. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 87-89 delle sue conclusioni, ciò avviene, in particolare, in materia di aiuti di Stato. Escludere, in tale settore, qualunque responsabilità dello Stato poiché la violazione del diritto comunitario commessa da un organo giurisdizionale nazionale risulterebbe da

una valutazione dei fatti rischia di condurre a un indebolimento delle garanzie procedurali offerte ai singoli in quanto la salvaguardia dei diritti che essi traggono dalle pertinenti disposizioni del Trattato dipende, in larga misura, da successive operazioni di qualificazione giuridica dei fatti. Orbene, nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito delle valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, tali singoli non beneficerebbero di alcuna protezione giurisdizionale ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nel controllo delle summenzionate operazioni di qualificazione giuridica dei fatti.

42. Riguardo, infine, alla limitazione della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o di colpa grave del giudice, occorre ricordare, come rilevato al punto 32 della presente sentenza, che la Corte, nella summenzionata sentenza Köbler, ha dichiarato che la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado poteva sorgere nel caso eccezionale in cui tale organo giurisdizionale avesse violato in modo manifesto il diritto vigente.

43. Tale violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia (sentenza Köbler, cit., punti 53-56).

44. Pertanto, se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della summenzionata sentenza Köbler.

45. Il diritto al risarcimento sorgerà, dunque, se tale ultima condizione è soddisfatta, non appena sarà stato stabilito che la norma di diritto violata ha per oggetto il conferimento di diritti ai singoli e che esiste un nesso di causalità diretto tra la violazione manifesta invocata e il danno subito dall'interessato (v., segnatamente, a tale riguardo, le summenzionate sentenze Francovich e a., punto 40; Brasserie du pêcheur e Factortame, punto 51, nonché Köbler, punto 51). Come risulta, in particolare, dal punto 57 della citata sentenza Köbler, tali tre condizioni sono, in effetti, necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive in base al diritto nazionale.

46. Alla luce di quanto sopra considerato, si deve quindi risolvere la questione proposta dal giudice del rinvio, come riformulata con la sua lettera 13 gennaio 2004, nel senso che il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da

una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della citata sentenza Köbler. (*Omissis*).

### **(1) La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?**

SOMMARIO: 1. Il caso Traghetti del Mediterraneo — 2. Lo svolgimento del giudizio — 3. La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa.

#### *1. Il caso Traghetti del Mediterraneo.*

Con la sentenza, 13 giugno 2006, in causa C-234/04, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana*, la Corte di giustizia delle Comunità europee si è pronunciata su una domanda pregiudiziale proposta nell'ambito di un giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni presentata dal curatore fallimentare della società Traghetti del Mediterraneo (di seguito TDM) ai sensi della legge n. 117 del 1988.

La TDM era stata infatti parte attrice di un giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli, nel quale aveva convenuto la Tirrenia di Navigazione al fine di ottenere il risarcimento del pregiudizio che essa avrebbe subito, negli anni precedenti, a causa della politica di prezzi bassi praticata da quest'ultima.

Ad avviso della TDM un tale comportamento della concorrente doveva essere qualificato come atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, del codice civile italiano; si invocava inoltre la violazione degli artt. 85, 86, 90 e 92 T.C.E. (oggi artt. 81, 82, 86, e 87 T.C.E.), sostenendo che la Tirrenia aveva abusato della propria posizione dominante sul mercato in questione, praticando tariffe notevolmente inferiori al prezzo di costo grazie al conseguimento di sovvenzioni pubbliche, di dubbia legittimità alla luce del diritto comunitario.

Tale domanda di risarcimento era stata respinta dal Tribunale di Napoli con la sentenza del 26 maggio 1993, poi confermata in appello dalla sentenza del 13 dicembre 1996, sul presupposto che le sovvenzioni concesse dalle autorità statali fossero legittime in quanto perseguivano obiettivi di interesse generale connessi, in particolare, allo sviluppo del Mezzogiorno ed in quanto, in ogni caso, non recavano pregiudizio all'e-

sercizio di attività di trasporto marittimo diverse e concorrenti rispetto a quelle censurate dalla TDM.

Contro la sentenza della Corte d'appello di Napoli il curatore fallimentare della TDM aveva proposto ricorso in Cassazione, nell'ambito del quale invitava la Suprema Corte a sottoporre alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 177, 3° comma, T.C.E. (ora art. 234, 3° comma, T.C.E.), le pertinenti questioni d'interpretazione del diritto comunitario.

Con sentenza n. 5087 del 19 aprile 2000, la Corte aveva però rifiutato di accogliere tale istanza, ritenendo che la soluzione adottata dai giudici di merito rispettasse la lettera delle disposizioni del Trattato ed fosse, per di più, perfettamente conforme alla giurisprudenza della Corte, in particolare alla sentenza del 22 maggio 1985, pronunciata nella causa C-13/83, *Parlamento/Consiglio*.

Con riferimento all'asserita violazione delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, aveva invece affermato che gli artt. 90 e 92 T.C.E. consentivano di sottrarsi in taluni casi, come in quello in questione, al generale divieto di aiuti di Stato, al fine di favorire lo sviluppo economico di regioni svantaggiate o di rispondere a domande di beni e servizi che non possano essere pienamente soddisfatte in un regime di libera concorrenza. Aveva poi giudicato infondato il motivo di ricorso relativo all'asserita violazione degli artt. 85 e 86 T.C.E., in quanto, all'epoca dei fatti della controversia, l'attività di cabotaggio marittimo non era ancora stata liberalizzata e in quanto la natura limitata e il modesto contesto geografico di tale attività non consentivano di individuare chiaramente il mercato rilevante.

Ritenendo che tale pronuncia fosse fondata su un'errata interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e sulla premessa erronea dell'esistenza di una giurisprudenza costante della Corte in materia, il curatore fallimentare della TDM, citava la Repubblica italiana dinanzi al Tribunale di Genova per ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno subito a causa degli errori di interpretazione commessi dalla Corte di Cassazione, nonché in ragione della violazione dell'obbligo di rinvio che graverebbe a carico di organo giurisdizionale di ultimo grado ai sensi dell'art. 234, 3° comma, T.C.E.

Il Tribunale di Genova, chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni *ex art. 5* della legge n. 117 del 1988, ha dunque ritenuto pregiudiziale stabilire se uno Stato membro risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dei cittadini per i danni da questi subiti derivanti da violazioni del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, in particolare in ragione del mancato assolvimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e, in caso di risposta affermativa, se sia compatibile con il



diritto comunitario una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale ovvero che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice.

Con lettera 13 gennaio 2004, il Tribunale di Genova, ha poi riconosciuto che la sentenza *Köbler* (1) avesse nel frattempo fornito una risposta esauriente alla prima delle due questioni da esso proposte, risultando utile mantenere solo la seconda questione.

Il problema della compatibilità con il diritto comunitario della legge italiana sulla responsabilità dei magistrati è infatti divenuto più vivo nel dibattito dottrinario proprio a seguito di tale decisione della Corte di giustizia (2), tanto che l'art. 2 della legge n. 117 è stato anche oggetto di una pronuncia di disapplicazione per contrasto con il principio comunitario della responsabilità dello Stato per le violazioni commesse dagli organi giurisdizionali.

Si tratta di un decreto (3) con il quale il Tribunale di Roma ha dichiarato ammissibile la domanda risarcitoria presentata da uno studente per i danni subiti a seguito di una sentenza, con la quale il Consiglio di Stato aveva rigettato l'impugnazione del provvedimento di diniego del servizio di leva per motivi di studio, sulla base dei seguenti rilievi: «già il Tribunale di Genova ha dubitato della compatibilità con la normativa

---

(1) Corte di giustizia delle Comunità Europee, 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4, con nota di SCODITTI. Per un'analisi di questa decisione si vedano inoltre ALPA, *La responsabilità dello stato per «atti giudiziari»*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 1 e segg.; CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 26 e segg.; BOTELLA, *La responsabilità du juge national*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2004, 283 e segg.

(2) Si vedano i molteplici interventi in questo senso nel *Convegno «Profili evolutivi dell'obbligo di corretta interpretazione ed applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali e delle pubbliche amministrazioni»*, Roma, 25 febbraio 2005, in [www.sspa.it](http://www.sspa.it); nonché CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 35-36 secondo cui «laddove la violazione (...) sia stata il frutto di una errata interpretazione della norma comunitaria e/o della giurisprudenza della Corte di giustizia, questa non possa *ex se* sottrarsi ad un giudizio di danosità che dovrebbe quindi condurre, nella ricorrenza dei già ricordati presupposti che caratterizzano la responsabilità per violazione del diritto comunitario, alla responsabilità dello Stato. Sicché dal complesso sistema di tutela che viene a crearsi combinando le regole della responsabilità scolpite dalla Corte di giustizia con il sistema interno, il principio dell'irresponsabilità per erronea interpretazione di norme di diritto dovrebbe essere interpretato in modo conforme ai principi fondamentali del diritto comunitario fra questi vi sarebbe appunto quello di evitare ingiuste limitazioni alle azioni fondate sull'inosservanza del diritto comunitario».

(3) Trib. Roma, decreto 29 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, 80.

comunitaria delle limitazioni che la legge 117/88 pone all'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dei cittadini. Il Tribunale di Genova ha con puntualità richiamato la sentenza della Corte di giustizia Ce del 5 marzo 1996 nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* (...). La Corte, pur prendendo esplicitamente atto che «il rispetto dell'autorità della cosa definitivamente giudicata o dell'indipendenza di giudici hanno potuto ispirare ai sistemi di diritto nazionale restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per i danni causati da decisioni giurisdizionali erronee», ha escluso che la preoccupazione di salvaguardare detti valori possa sfociare nell'esclusione in radice di ogni responsabilità dello Stato e, conseguentemente, nella violazione del principio «secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili», neppure nel caso in cui «la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado (...). Infatti, il ricorrente in un'azione di responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione la statuizione della sentenza di ultimo grado che ha cagionato il danno. Orbene evidente è l'interferenza tra il principio di diritto enunciato nelle sentenze sopra citate e l'articolo 2, comma 2, della legge 117/88, la quale, se applicata, costituirebbe una limitazione all'attuazione del principio comunitario».

## 2. *Lo svolgimento del giudizio.*

Nel giudizio dinanzi alla Corte la TDM ha sostenuto la tesi della non conformità al diritto comunitario della disposizione sull'esclusione della responsabilità, argomentando che la valutazione dei fatti e delle prove nonché l'interpretazione delle norme di diritto sono inerenti all'attività giurisdizionale sicché l'esclusione, in tali casi, della responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito dell'esercizio di tale attività equivarrebbe, in pratica, ad esonerare quest'ultimo da ogni responsabilità per violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario.

Tali considerazioni varrebbero inoltre per la limitazione della responsabilità ai soli casi del dolo o della colpa grave del giudice, a fronte della lettura estremamente restrittiva del *numerus clausus* delle ipotesi di responsabilità elencate dall'art. 2, così come delle nozioni di «colpa grave» e di «negligenza inescusabile», adottata dalla Corte di Cassazione, che condurrebbe, in pratica, al rigetto quasi sistematico delle domande risarcitorie.

Anche la Commissione ha rilevato la non compatibilità con il diritto comunitario della legge n. 117, nei limiti in cui il presupposto del

dolo o colpa grave del giudice sottoponga la responsabilità dello Stato italiano a condizioni più rigorose di quelle connesse ad una grave violazione del diritto comunitario. La stessa ha ritenuto inaccettabile la regola dell'esclusione della responsabilità per errori connessi all'attività interpretativa in quanto, nei casi dubbi, il Trattato impone ai giudici di ultima istanza una scelta procedurale precisa, ossia il rinvio pregiudiziale, in modo da garantire l'intervento decisivo della Corte di giustizia.

Al contrario, il governo italiano, sostenuto, su tale punto, dai governi greco, olandese, irlandese e del Regno Unito (4), si è espresso nel senso della conformità al diritto comunitario della normativa nazionale, in quanto essa realizzerebbe un giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto, da un lato, e la concessione di una tutela giurisdizionale effettiva ai singoli nei casi più evidenti di violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario, dall'altro lato (5).

In sede di intervento orale il governo italiano ha inoltre prospettato la possibilità di interpretare la normativa in senso conforme ai principi enunciati nella sentenza *Köbler*: ha così evidenziato che l'art. 2, 3° comma, lett. a), della legge n. 117/88 dispone che costituisca colpa grave (fonte di responsabilità dello Stato) «la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile» e che una simile formulazione venga di fatto a coincidere con il concetto di «violazione grave e manifesta del diritto comunitario» che la Corte ritiene necessario per configurare una responsabilità dello Stato per danni, con la conseguenza che lo Stato sarà responsabile anche nel caso in cui un giudice abbia interpretato una norma di diritto comunitario, allorché tale interpretazione costituisca «grave violazione di legge determinata da negligenza inescu-

---

(4) In particolare i governi irlandese e del Regno Unito hanno sostenuto la posizione, ancora più radicale, secondo cui gli Stati membri non possano essere ritenuti responsabili delle eventuali violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario: ciò in ragione del principio della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario nonché della necessità di garantire il rispetto della cosa giudicata. Il governo del Regno Unito ha inoltre fatto riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed nella causa C-129/00 per sostenere che il ricorso per inadempimento costituisce la via più appropriata per sanzionare una violazione del diritto comunitario imputabile a un giudice nazionale di quella del ricorso per il risarcimento dei danni contro gli Stati membri, e ciò tanto a causa della scelta del giudice chiamato a pronunciarsi su tale ricorso per inadempimento, ossia la Corte di giustizia e non i giudici nazionali, quanto con riferimento alla procedura applicata, che ben si presta ad un esatto accertamento dei fatti.

(5) Secondo il Tribunale di Genova il timore che l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario potrebbero essere compromessi da un regime di responsabilità dello Stato che si estendesse al merito delle scelte interpretative operate dal giudice dovrebbe essere mitigato dal fatto che nella fattispecie si discute della responsabilità dello Stato non di un determinato magistrato.

sabile», corrispondente alla «violazione grave e manifesta» elaborata dalla Corte di giustizia.

Tale impostazione non è stata però condivisa dall'avvocato generale Léger, il quale ha sottolineato che «è vero che, di primo acchito, ci si può chiedere in che misura i casi di violazione della legge contemplati dall'art. 2, n. 3, lett. a), della normativa nazionale controversa possano non essere collegati all'attività di interpretazione delle norme di diritto che rientra nell'ipotesi del n. 2 dello stesso articolo, cosicché il detto n. 3 non introdurrebbe alcuna deroga alla regola dettata con tale n. 2. È solo se così fosse che tale normativa procederebbe, nel contempo, ad un'esclusione della sussistenza alla responsabilità dello Stato in certi settori dell'attività giurisdizionale (che rientrano nell'ambito del detto n. 2) e ad una limitazione di tale responsabilità in altri settori dell'attività giudiziaria (che rientrerebbero nel detto n. 3). In effetti, nell'ipotesi in cui i settori di attività rientranti in ciascuno dei detti numeri non fossero del tutto distinti, ma coincidessero completamente tra loro, potremmo effettivamente intendere la normativa nazionale controversa solo in termini di limitazione della sussistenza della responsabilità dello Stato e non anche in termini di esclusione di tale responsabilità. Ciò posto, risulta dalla giurisprudenza costante che nell'ambito della ripartizione delle funzioni tra la Corte e i giudici nazionali, che regola il procedimento di rinvio pregiudiziale, spetta unicamente ai giudici nazionali e non alla Corte di interpretare il diritto nazionale. Conformemente all'interpretazione dell'art. 2, n. 2, della normativa nazionale controversa che è stata prospettata dal giudice del rinvio, suppongo che, ai sensi del detto articolo, la sussistenza della responsabilità dello Stato derivante dall'attività giurisdizionale sia esclusa quando il comportamento addebitato ad un organo giurisdizionale è connesso ad un'operazione di interpretazione delle norme di diritto, anche laddove tale operazione abbia condotto a commettere una violazione grave della legge risultante da una negligenza inescusabile. In altri termini, suppongo che l'art. 2, n. 3, lett. a), della normativa nazionale controversa sia destinato ad essere applicato ad ipotesi di violazione della legge diverse da quelle previste al n. 2 dello stesso articolo» (6).

A ben vedere però l'interpretazione della disposizione prospettata dallo Stato italiano, che l'avvocato generale ha ritenuto non coincidente con quella proposta dal giudice di rinvio, era conforme all'orientamento della Corte di Cassazione.

La Suprema Corte aveva infatti avuto modo di affermare che «il legislatore del 1988, nel tracciare i limiti della responsabilità del magi-

---

(6) Conclusioni dell'avvocato generale Léger, 11 ottobre 2005, in causa C-173/03, punti 44-46.

strato, si è ispirato, almeno in via tendenziale, al principio di tassatività, prevedendo alcuni comportamenti tipici integranti la colpa grave, pur con il temperamento della ipotesi aperta della «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile», la cui formulazione per clausole generali rende certamente più complesso definire i confini della condotta considerata. È, peraltro, evidente che ogni altra ipotesi di colpa non riconducibile ad una delle fattispecie espressamente previste non determina quella imputazione allo Stato che integra il titolo di responsabilità, e successivamente legittima la rivalsa (...). Peraltro, la già richiamata *interazione* tra la clausola di salvaguardia contenuta nel comma 2 dell'art. 2 — diretta a tutelare, come già osservato, il principio del libero convincimento del giudice — con le diverse ipotesi di colpa grave previste nel comma 3 dello stesso art. 2 impone di far salva l'attività ermeneutica e quella valutativa. Ciò vale a dire, in relazione alla fattispecie indicata *sub a*), che il giudice non risponde degli errori di diritto determinati da un'erronea opzione ermeneutica: *la «grave violazione di legge», posta in termini di contrapposizione con l'attività tutelata di «interpretazione», viene così a sostanziarsi nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero — secondo una tipologia elaborata dalla dottrina — nella interpretazione del suo significato in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero, mentre resta nell'area di esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell'opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione (v. in tal senso anche i lavori preparatori). Sulla base di tali principi è possibile quindi, ravvisare il discrimine tra attività interpretativa tutelata e colpa grave ritenendo fonte di responsabilità quei comportamenti, atti e provvedimenti che non possono considerarsi manifestazioni di discrezionalità interpretativa esplicita all'interno della dialettica processuale, ma appaiono determinati da una inescusabile e macroscopica negligenza del magistrato nella lettura del complesso normativo» (7) (corsivo nostro).*

---

(7) Così Cass., Sez. I, 20 settembre 2001, nn. 11859 e 11880, in *Foro it.*, 2004, I, 3356 con nota di SCARSELLI, *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*. Il giudice di legittimità ha inoltre avuto modo di precisare che la negligenza inescusabile si sostanzia solo nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, mentre resta nell'area dell'esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell'opzione interpretativa si dia conto in motivazione (in questo senso Cass. 26 luglio 1994, n. 6950, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Astensione, ricusazione*, n. 74; Id., 30 luglio 1999, n. 8260, *ivi*, Rep. 1999, voce *Astensione, ricusazione*, n. 128; Id., 12 marzo 1999, n. 2201, *ibidem*, n. 124).

L'avvocato generale ha del pari respinto gli argomenti fondati sulla necessità che siano rispettati i principi di indipendenza dei giudici e di autorità della cosa definitivamente giudicata, ricordando che «se la specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto sono state prese in considerazione dalla Corte e l'hanno così portata a limitare la responsabilità dello Stato al «caso eccezionale in cui il giudice [vale a dire un organo giurisdizionale supremo] ha violato in maniera manifesta il diritto vigente», resta pur sempre il fatto che essa ha considerato che né il principio dell'indipendenza dei giudici né quello dell'autorità della cosa definitivamente giudicata possono giustificare l'esclusione generale di qualsiasi responsabilità dello Stato in caso di violazione del diritto comunitario imputabile a siffatto organo giurisdizionale», con la conseguenza che «tali principi, anche quando rivestono valenza costituzionale, non possono neppure giustificare l'esclusione della responsabilità di uno Stato nell'ipotesi specifica in cui la violazione del diritto comunitario ad opera di un organo giurisdizionale supremo sia connessa all'interpretazione di norme di diritto. Ammettere il contrario equivarrebbe a privare di sostanza o di effetto utile il principio della responsabilità dello Stato per fatto degli organi giurisdizionali supremi che è stato sancito dalla Corte nella citata Köbler» (8).

### 3. *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa.*

Con la sentenza in commento la Corte si esprime nel senso della non conformità con il diritto comunitario di una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale, precisando altresì che una limitazione di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice non deve essere tale da escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente.

A sostegno della propria decisione il giudice comunitario richiama i principi enunciati nella sentenza *Köbler*, che, come si è detto, è stata pronunciata successivamente alla data del rinvio pregiudiziale nella causa TDM.

---

(8) Conclusioni dell'avvocato generale Léger, 11 ottobre 2005, in causa C-173/03, punti 50-52.

Nell'ambito di quel giudizio la Corte aveva ribadito che il principio per il quale uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli per violazioni del diritto comunitario che gli sono imputabili ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo di tale Stato la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione (9).

In particolare, la considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che derivano ai singoli dalle norme comunitarie, nonché la circostanza che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisca, per definizione, l'ultima istanza dinanzi alla quale essi possono far valere i diritti che il diritto comunitario conferisce loro, avevano indotto la Corte ad affermare che la tutela di tali diritti sarebbe indebolita e, conseguentemente, la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti sarebbe messa in discussione, se si escludesse che i singoli possano ottenere, a talune condizioni, il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado (10).

Tale responsabilità, in considerazione della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto, può sussistere però solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente avuto riguardo al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, alla posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché alla mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, 3° comma, T.C.E. (11).

La Corte aderisce così alla tesi sostenuta dall'avvocato generale secondo cui l'esclusione della responsabilità dello Stato nell'ipotesi in cui la violazione del diritto comunitario sia conseguente all'attività interpretativa priverebbe di «effetto utile» i principi affermati nella sentenza *Köbler* (12).

---

(9) Corte di giustizia delle Comunità Europee, 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, punto 32; Id., 1° giugno 1999, in causa C-302/97, *Konle*, punto 62; Id., 4 luglio 2000, in causa C-427/97, *Haim*, punto 27.

(10) Sentenza *Köbler*, cit., punti 33-36.

(11) Sentenza *Köbler*, cit., punti 53-55.

(12) Rileva BIFULCO [*L'attività interpretativa del giudice non è esente da responsabilità (a proposito della sentenza della Corte di giustizia 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A.)*], in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) che la conclusione della Corte «risulta in fondo obbligata. In primo luogo, proprio il concreto comportamento dell'organo giurisdizionale che ha dato luogo al giudizio di responsabilità — vale a dire la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale — era stato assunto nella sentenza *Köbler* come un'ipotesi paradigmatica di violazione manife-

L'effetto diretto (13) della pronuncia sarà dunque quello dell'interpretazione conforme (14) con conseguente disapplicazione dell'art. 2, 3°

---

sta. In secondo luogo, non si può negare la fondatezza dell'argomentazione dell'avvocato Léger (p.89 delle conclusioni) secondo cui la vigilanza sugli aiuti di Stato, spettante anche al giudice nazionale, implica diverse operazioni di qualificazione giuridica dei fatti (nel caso di specie si trattava anche di valutare se il provvedimento controverso costuisse o meno un aiuto di Stato)».

(13) La sentenza emessa dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ha un'efficacia generale per quanto concerne il punto di diritto comunitario interpretato, in quanto vincola tutti i giudici nazionali: il principio di cooperazione degli Stati per la piena realizzazione degli obblighi comunitari di cui all'art. 10 del Trattato impone l'applicazione del diritto comunitario, secondo l'interpretazione fornita, in ogni altra fattispecie in cui la medesima questione venga in rilievo, salve ulteriori specificità che richiedano un ulteriore rinvio alla Corte (cfr. Corte di giustizia delle Comunità Europee, 11 giugno 1987, in causa C-14/86, *Pretore di Salò*). Il giudice comunitario ha inoltre precisato che le pronunce pregiudiziali non sono un mero parere ma hanno autorità di cosa giudicata, nel senso di decisione a carattere vincolante, ma non nel senso di accertamento della situazione sostanziale, né di pronuncia di natura definitiva ed irreformabile (in questo senso Corte di giustizia delle Comunità Europee, 3 febbraio 1987, in causa C-52/76, *Benediti c. Munari*). Sugli effetti delle sentenze della Corte di giustizia si è pronunciata anche la Corte costituzionale, la quale ha dichiarato che ogni sentenza, che applica o interpreta una norma comunitaria ha carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, dal momento che la Corte di giustizia rappresenta l'interprete qualificato di questo diritto e ne precisa con valore autoritativo il significato, con le proprie sentenze, determinandone così le possibilità applicative, con i relativi limiti di ampiezza. Pertanto, sostiene il giudice costituzionale, quando il giudizio svolto dinanzi alla Corte di Lussemburgo verte su una norma avente effetti diretti, l'integrazione di significato compiuta non può non avere la stessa immediata efficacia delle norme interpretate (Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1001 e segg. e Id., 11 luglio 1989, *ibidem*, 1757 e segg.). Con riferimento alla questione circa l'effetto di precedente o normativo delle sentenze interpretative del giudice comunitario si vedano CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004; MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249; GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 e segg.

(14) L'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario è stato esplicitamente affermato dal giudice comunitario a partire dalla sentenza, 10 aprile 1984, in causa C-14/83, *Von Colson*, e poi diffusamente nella sentenza 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing SA*, secondo cui «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo, loro imposto dall'art. 5 (ora 10) del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che di tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189 (ora 249), comma 3, del Trattato». Cfr. in proposito GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cura di PANUNZIO e SCISO, Milano, 2003.

L'importanza del rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici nazionali è stata inoltre recentemente ribadita nella sentenza 5 ottobre 2004, in cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*.

Ove una non sia possibile procedere ad un'interpretazione del diritto interno in conformità al diritto comunitario, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli,



comma, della legge n. 117. Come è stato fatto notare<sup>(15)</sup>, tali effetti saranno «limitati» alle ipotesi di responsabilità per errata interpretazione del diritto comunitario (non dunque del diritto interno) imputabile ad organi giurisdizionali di ultimo grado.

In conseguenza di ciò una domanda di risarcimento, in cui si assuma che la decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza è fondata sull'applicazione di una normativa interna in contrasto con il diritto comunitario o sull'errata interpretazione di una norma comunitaria direttamente applicabile ovvero, ancora, su una interpretazione del diritto nazionale in senso non conforme al diritto comunitario, dovrà essere dichiarata ammissibile, non potendo essere invocata la clausola di salvaguardia.

È però probabile che in quella sede possa essere sollevata una questione di legittimità costituzionale. Ciò in considerazione della *ratio* sottesa alla disposizione che esclude la responsabilità del giudice nell'attività interpretativa.

In proposito, nei lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge n. 117<sup>(16)</sup>, si sottolinea come l'essenzione della re-

---

eventualmente disapplicando la disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze del caso, condurrebbe ad un risultato contrario al diritto comunitario (si vedano in proposito Corte di giustizia delle Comunità Europee, 4 febbraio 1988, in causa C-157/86, *Murphy* e Id., 28 settembre 1994, in causa C-200/91, *Coloroll Pension Trustees*).

Il giudice comunitario ha inoltre precisato che «nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva inattuata dal legislatore nazionale non possa essere conseguito mediante l'interpretazione conforme del giudice nazionale il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire il danno da essi causati ai singoli in conseguenza della mancata attuazione della direttiva (così Corte giustizia delle Comunità Europee, 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*).

Si segnala infine che con la sentenza 9 dicembre 2003, (pronunciata poco dopo la citata sentenza *Köbler*), in causa C-129/00, *Commissione/Italia*, la Corte di giustizia ha dichiarato che la Repubblica italiana, con l'art. 29 della legge n. 428/1990, così come interpretato e applicato in sede amministrativa e giudiziaria, consente di applicare alla ripetizione dei tributi percepiti in violazione delle norme comunitarie, un regime probatorio che rende l'esercizio del diritto al rimborso di tali tributi praticamente impossibile o eccessivamente difficile per i contribuenti, venendo meno agli obblighi ad essa imposti dal Trattato: in particolare il giudice comunitario evidenzia la contrarietà dell'art. 29, nella sua interpretazione corrente, con il principio di effettività sancito dal diritto comunitario, ex art. 10 T.C.E. che impone la leale cooperazione tra Comunità e Stati membri per assicurare l'adempimento degli obblighi posti dalle norme comunitarie. Lo Stato italiano è stato dunque condannato per «inadempimento al diritto comunitario» causato da un'interpretazione dei giudici nazionali non conforme ai principi del diritto comunitario.

(15) Così BIONDI, *Un «brutto» colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

(16) Per un commento alla legge n. 117 del 1988 si veda CICALA, *La responsabilità civile del magistrato*, IPSOA, 1988 con in appendice gli atti parlamentari, nonché, in generale, tra i tanti CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988; CIRILLO, SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1989; CORSARO, POLITI, *La cosiddetta respon-*

sponsabilità sia frutto della necessità di bilanciare due contrapposte esigenze, ossia, da una parte il diritto del cittadino ad ottenere il risarcimento del danno subito, dall'altra la tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.

Anche la Corte costituzionale ha avuto in passato occasione di esprimersi nel senso che la garanzia costituzionale dell'indipendenza della magistratura è diretta a tutelare l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto, concludendo che tale attività non può dar luogo a responsabilità del giudice.

Nella sentenza n. 18 del 1989 (17), il giudice costituzionale, nel respingere le censure avanzate dall'autorità giudiziaria nei confronti di numerose disposizioni della legge n. 117, ha infatti affermato che «la disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 è caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria (...) il principio dell'indipendenza è volto a garantire

---

*sabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 366; PICARDI, VACCARELLA, *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Padova, 1990. Per un panorama del dibattito dottrinario sulla responsabilità della magistratura antecedente alla legge n. 117 si vedano ANNUNZIATA CASTIGLIONE, *Il «processo» al giudice*, in *Cons. Stato*, 1987, II, 1595 e segg.; CAVALLARI, *La responsabilità civile dei magistrati*, *ibidem*, 1597 e segg.; GIULIANI, PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987; ID., *Professionalità e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 249 e segg.; MARTINO, ROSSI, *Giurisdizione e responsabilità (cronaca di un convegno)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 960 e segg.; NICOLETTI, *Chi giudica il giudice?*, in *Cons. Stato*, 1987, II, 1599 e segg.; PALAZZOLO, *La responsabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 282 e segg.; PETTI, *Nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 1065 e segg.; VIGORITI, *La responsabilità del giudice: che fare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 317 e segg. Peraltro vi sono ordinamenti come quelli di *common law* dove vige il principio della *immunity from civil liability*, e quindi dell'assoluta irresponsabilità del giudice: per questo aspetto si vadano VARANO, *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. disc. civ.*, 1998, XVII, 112 e segg.; CAPPELLETTI, *Giudici*, cit.; GIULIANI, PICARDI, *Professionalità e responsabilità*, cit.

(17) Corte cost., sentenza 18 gennaio 1989, n. 18, in *Giur. cost.*, 1989, I, 62 e segg. con note di FAZZALARI, *Una legge «difficile»*, *ibidem*, 105 e segg. e di BEVERE, *Dal giudice-funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, *ibidem*, 106 e segg.; PIZZORUSSO, *Nota a Corte cost. 19 gennaio, 1989 n. 18*, in *Foro it.*, I, 305 e segg.; DEL CASTELLO, *Finalmente conclusa la querelle sulla responsabilità civile del giudice*, in *Giust. civ.*, 198, I, 786 e segg.; GIANNUZZI, *Responsabilità dei giudici e indipendenza della magistratura*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1431 e segg.; SORRENTINO, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cass. pen.*, 1989, 563 e segg. Si veda inoltre Corte cost., 3 febbraio 1987, n. 26, in *Giur. cost.*, 1987, I, 149 e segg. in cui, nel dichiarare ammissibile il referendum sugli artt. 56, 57 e 74 c.p.c., si afferma che la materia della responsabilità dei magistrati può essere per il legislatore oggetto di «scelte plurime, anche se non illimitate, in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la magistratura (art. 101-113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni».

l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla «libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza». Peraltro (sentenza 14 marzo 1968, n. 2), «l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dell'organizzazione statale». Il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è «soggetto alla legge»: alla Costituzione innanzi tutto, che sancisce, ad un tempo, il principio d'indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28), al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione. La Corte ha già rilevato (cfr. nn. 3 e 4) che l'art. 28 della Costituzione pone la regola — valida per i funzionari e i dipendenti pubblici (e, quindi, anche per i giudici) — della loro responsabilità diretta per «gli atti compiuti in violazione di diritti», secondo «le leggi penali, civili ed amministrative». La legge impugnata — facendo corretta applicazione dei principi affermati da questa Corte nelle citate sentenze 14 marzo 1968, n. 2 e 3 febbraio 1987, n. 26 — secondo i quali, in relazione alla peculiarità della funzione giudiziaria, la responsabilità *ex art. 28* della Costituzione va regolata con la previsione di condizioni e di limiti a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice — ha riferito la responsabilità diretta del giudice alla sola ipotesi di danni derivati da fatti costituenti reato. La responsabilità indiretta verso lo Stato con la quale si è inteso correggere tale ampia limitazione della responsabilità diretta del giudice, è, a sua volta, limitata a talune fattispecie rigidamente definite. La limitatezza e tassatività delle fattispecie in cui è ipotizzabile una colpa grave del giudice, rapportate a «negligenza inescusabile» in ordine a violazioni di legge o accertamenti di fatto, ovvero all'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà fuori dei casi consentiti dalla legge o senza motivazione; la specifica e circostanziata delimitazione della responsabilità per «diniego di giustizia», non consentono di ritenere che esse siano idonee a turbare la serenità e l'imparzialità del giudizio, come afferma l'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia. Il giudizio, per definizione è, infatti, diretto all'accertamento dei fatti ed all'applicazione delle norme, attraverso un'attività di valutazione ed interpretazione, nella

quale al giudice sono riservati ampi spazi. La garanzia costituzionale della sua indipendenza è diretta infatti a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. Tale attività non può dar luogo a responsabilità del giudice (art. 2, n. 2 l. n. 117 cit.) ed il legislatore ha ampliato la sfera d'irresponsabilità, fino al punto in cui l'esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in ignoranza inescusabile dei fatti di causa, la cui esistenza non è controversa».

Ciò detto, nell'eventualità in cui venisse rimessa la questione, il giudizio di legittimità potrà concludersi con una sentenza interpretativa, laddove la Corte aderisse all'interpretazione della disposizione in senso conforme al diritto comunitario (18), ritenendola non in contrasto con il dettato costituzionale, ovvero con una pronuncia di prevalenza del diritto interno sul diritto comunitario, in ragione della qualificazione del principio di indipendenza della magistratura come «controlimito» (19).

---

(18) La Corte costituzionale non infatti è aliena dal prospettare un'interpretazione delle disposizioni censurate conforme al diritto comunitario: in tal senso si veda Corte cost., 9 marzo 2004, n. 86, in *Giur. cost.*, 2004, I, 735 e segg. in cui, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale proposta, si afferma «la questione non è fondata, in quanto la norma impugnata deve essere intesa in senso diverso da quello ritenuto dal giudice *a quo*. Benché la formulazione letterale dell'art. 17, comma 1, terzo periodo, della legge n. 223 del 1990, là dove laconicamente esclude le società di altri Stati CE dai «divieti» previsti per le società estere, possa prestarsi ad attribuire ad esso il significato ritenuto dal Consiglio di Stato, un criterio sistematico, che tenga conto della *ratio* della disposizione, ed eviti di attribuirle un senso incongruo rispetto ad essa, e suscettibile di confliggere con i principi costituzionali e comunitari, deve indurre invece ad adottare una diversa interpretazione» (corsivo nostro).

(19) Per una dettagliata ricostruzione della problematica dei «controlimiti» all'immissione del diritto comunitario in Italia, CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 95 e segg. CELOTTO, *Fonti comunitarie e Corte costituzionale. Le norme comunitarie come «parametro» e come «oggetto» nei giudizi costituzionali*, Roma, 2000, 136 e segg. nonché recentemente RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come «controlimiti» alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario?*, nota a margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); CELOTTO, *I controlimiti «presi sul serio»*, nota a margine della sentenza del Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria?*, in *Giur. cost.*, 2005, IV, 3404 e segg. Per un esame delle posizioni nei diversi Stati membri si veda invece CELOTTO GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in questa *Rivista*, 2004. Occorre però rilevare che la Corte costituzionale ha mostrato un certo *self-restraint* nel concreto esercizio della competenza a sindacare la conformità ai «controlimiti»: infatti nell'unica occasione in cui è stata chiamato a giudicare un simile conflitto, il giudice costituzionale, dopo aver affermato che la disposizione di cui all'art. 177 (ora 234) T.C.E., nella parte in cui consente alla Corte di giustizia di limitare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce pregiudiziali, con l'esito paradossale che un'eventuale dichiarazione di invalidità di determinati atti non possa dispiegare i propri effetti sulla controversia da cui ha avuto origine la questione, ben costituisce una violazione dell'art. 24 Cost., in quanto «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che

Il giudice costituzionale potrà inoltre essere investito della questione per altra via, in ragione dell'irragionevole disparità di trattamento (20), ingenerata dall'applicazione dell'art. 2 in senso conforme alla sentenza della Corte di giustizia, tra interpretazione del diritto comunitario e interpretazione del diritto interno, rispetto alla quale potrà continuare ad essere invocata la clausola di esenzione da responsabilità: infatti, il giudice, nell'ambito del giudizio di ammissibilità, ovvero il cittadino, che si sia visto dichiarare inammissibile la propria domanda volta a far valere la responsabilità del magistrato in sede di impugnativa del decreto, potrebbero rilevare il possibile contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.

La Corte sarebbe dunque chiamata a valutare la sussistenza di una «discriminazione alla rovescia» tra gli stessi cittadini italiani (21): conseguentemente, nell'ipotesi in cui non ritenesse che l'interpretazione della disposizione in conformità al diritto comunitario comporti l'applicazione della dottrina dei «controlimiti», potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, estendendo così la

---

dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima», ha dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza (Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1001 e segg. con osservazione di CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*).

(20) Tale irragionevole disparità è rilevata da BIONDI, cit.

(21) Generalmente invece l'espressione «discriminazioni alla rovescia» è utilizzata per identificare quelle situazioni di disparità che si verificano come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento comunitario (si vedano sul tema GHERA, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; ID., *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giur. cost.*, 1999, 3267 e segg.; SALMONI, *La Corte costituzionale e la corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 491 e segg.; AMEDEO, DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1998, 1221 e segg.; CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e «discriminazioni a rovescio»*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 351 e segg.; DONATI, *Principio fondamentale di eguaglianza e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1995, 1838). In proposito la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che trattasi di «situazioni puramente interne» di esclusiva competenza del giudice nazionale (cfr. Corte di giustizia, sentenza 16 febbraio 1995, in cause C-29-35/94, *Aubertine*). Tale competenza è stata esercitata dalla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 4 luglio 1967, n. 580 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), nella parte in cui non prevedeva che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea (Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 443, in *Giur. cost.*, 1997, 280 e segg., con osservazione di VEDASCHI, *Incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario? nonchè di NINATTI, «La sola alternativa praticabile»: uguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentina 443/97 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 1998, 215 e segg.).

disciplina favorevole alla tutela del cittadino affermatasi in sede comunitaria (22).

In siffatta eventualità, come nella meno remota futura modifica della legge n. 117, al fine di «adempiere» alla sentenza della Corte di giustizia, il sacrificio dell'indipendenza del giudice sull'altare della *primauté* sarà compiuto.

Ciò si ripercuoterà sulla stessa essenza della funzione giurisdizionale.

La giustificazione più intima del principio di esclusione della responsabilità nell'attività interpretativa va infatti rintracciata nella tutela dell'attività creativa del giurista (23), sicché la sua assenza comporterà una conseguenza, non di poco conto in un paese di *civil law*, e cioè la sempre più stringente soggezione del giudice, anziché alla legge, al precedente (24).

CHIARA DI SERI

---

(22) Sottolinea l'importanza della sentenza della Corte di giustizia con riferimento alle maggiori garanzie del cittadino di fronte all'esercizio dei pubblici poteri SANDULLI M.A., *La Corte di Cassazione e la Corte di giustizia verso una tutela più effettiva del cittadino?* (note a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGCE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

(23) Non si può in questa sede non ricordare un famoso ammonimento: «*quod constare non potest ius nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci*» (D.1, 2, 2, 13 Pomp. *l.sing. ench.*), il diritto non può sussistere se non vi è giureconsulto che attraverso la sua attività contribuisca quotidianamente alla sua produzione ed evoluzione.

(24) Come è stato già fatto notare (SCARSELLI, *La responsabilità del giudice*, cit.), l'assenza di una clausola che escluda la responsabilità nell'attività interpretativa avrebbe come ulteriore conseguenza una trasformazione dei mezzi di impugnazione «in strumenti volti anche alla (implicita) sanzione del giudice che ha emanato il provvedimento da rivedere»: «è evidente, infatti che ogni riforma od ogni cassazione contiene la censura della lettura sull'esistenza o l'inesistenza di un diritto per come dichiarato o negato dalla sentenza riformata o cassata. Ma è altrettanto evidente che, ove la riforma o la cassazione di una decisione potessero costituire presupposti di responsabilità del giudice, li verrebbero meno tutti i nostri principi sull'amministrazione della giustizia, e ogni giudice perderebbe ogni libertà e ogni serenità nello svolgimento del compito che gli è affidato. In un quadro di quel genere i giudici di primo grado dovrebbero decidere sapendo che ogni loro sentenza, se riformata o cassata, potrebbe coinvolgerli in un giudizio di responsabilità professionale, e sarebbero così costretti, loro malgrado, ad uniformare la loro scienza e conoscenza a quella dei più, ad evitare ogni soggettivo percorso logico, ogni nuovo indirizzo, ogni possibile atto di coraggio (...). È viceversa interesse di tutti i cittadini, prima ancora della magistratura, sapere che una lettura non corretta della legge od una errata applicazione del diritto non comportano (normalmente) responsabilità del giudice, poiché il valore della libertà dell'esercizio della funzione giurisdizionale non sarebbe pieno (ed anzi non vi sarebbe affatto) ove si pensasse che ad ogni decisione ingiusta (perché riformata o cassata) vi debba essere un giudice che paga le conseguenze» (corsivo nostro).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, GRANDE SEZIONE, sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG c. Repubblica federale di Germania* (\*).

**Direttiva comunitaria 97/13 in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni - Diritto nazionale - Criteri di determinazione dei diritti e oneri per licenze individuali - Incompatibilità comunitaria.**

**Atti amministrativi nazionali illegittimi - Mancata contestazione nei termini - Definitività - Obbligo di riesame dell'amministrazione - Art. 48 l. tedesca sul procedimento amministrativo - Non sussiste - Eccezioni.**

**Obbligo di ritiro - Condizioni in cui sussiste per il diritto interno - Principio di equivalenza - Applicabilità per violazioni del diritto comunitario - Manifesta illegittimità dell'atto - Autonoma valutazione del giudice nazionale.**

*La direttiva del Consiglio 97/13 recante una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazioni è finalizzata a liberalizzare il settore dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni, favorendo l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. In ragione di ciò, i diritti e gli oneri, che le imprese destinatarie di licenze individuali devono corrispondere all'amministrazione di regolazione del settore, devono essere finalizzati esclusivamente a coprire le spese amministrative sostenute per la concessione di tali licenze (ai sensi dell'art. 11 comma I della direttiva) (1).*

*Alla luce di tali parametri, che mirano a non rendere eccessivamente oneroso l'ingresso di nuove imprese nel mercato, la disciplina tedesca stabilita nel regolamento di attuazione della legge sulle telecomunicazioni (TKLGebV), che calcola l'importo dei diritti in funzione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione computate su un periodo di trent'anni, appare sproporzionato e incompatibile con la disciplina comunitaria, introducendo possibili elementi di discriminazione (2).*

*Il diritto comunitario non obbliga l'amministrazione a riesaminare e annullare atti amministrativi definitivi (non impugnati dalle parti) che contrastino con il diritto comunitario, purché risultino rispettati il principio di equivalenza e di effettività (3).*

*È compito del giudice nazionale stabilire se l'atto nazionale chiaramente incompatibile con il diritto comunitario costituisca una manifesta illegittimità per il diritto interno tale da configurare un obbligo dell'amministrazione di ritirare l'atto (4).*

#### **(1-4) Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po'.**

1. Le società i-21 e Arcor, destinatarie di una licenza individuale nel settore delle telecomunicazioni, devono corrispondere la somma ri-

---

(\*) Il testo della sentenza è pubblicato integralmente in *questa Rivista*, 2006, pp. 895 e ss.

spettivamente di 5420000 euro e 67000 euro a titolo di diritti all'autorità di regolazione del settore. I criteri per il calcolo di detti diritti vengono stabiliti dal regolamento sulla tassazione delle licenze di telecomunicazione (*Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung*), emanato il 28 luglio 1997 in attuazione della legge sulle telecomunicazioni (*Telekommunikationsgesetz*) del 25 luglio 1996, di recepimento della direttiva del Parlamento e del Consiglio 10 aprile 1997, n. 97/13 recante una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi delle telecomunicazioni.

A seguito del ricevimento degli avvisi di liquidazione, le società procedevano al pagamento dei diritti, senza avanzare alcuna contestazione. Successivamente all'impugnazione di un avviso di liquidazione da parte di un terzo, il Tribunale amministrativo federale dichiarava il regolamento incompatibile con la legge tedesca sulle comunicazioni e con la Costituzione e confermava l'annullamento dell'avviso disposto dalla Corte amministrativa d'appello.

Alla luce di tale pronuncia, le società i-21 e Arcor decidevano di chiedere all'amministrazione il ritiro degli avvisi illegittimi e il rimborso delle somme indebitamente corrisposte. A seguito della decisione dell'amministrazione di non accogliere il loro reclamo, le società interessate ricorrevano al Tribunale amministrativo per ottenere la revisione di quest'ultima decisione. Il giudice però, rigettava il ricorso in ragione del carattere inoppugnabile dell'avviso di liquidazione negando altresì, alla luce dell'art. 48 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, la sussistenza in capo all'amministrazione di un obbligo di ritiro degli atti illegittimi.

Lamentando l'errata applicazione del diritto (nazionale e comunitario) da parte del tribunale adito, le società interessate presentavano di seguito istanza di revisione presso il Tribunale amministrativo federale.

In quella sede, il giudice federale osservava che la disciplina nazionale in materia di ritiro degli atti illegittimi, fissata nell'art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, riconosce *discrezionalità piena* all'amministrazione circa la decisione di ritirare o meno un atto amministrativo illegittimo divenuto definitivo e ricordava che le sole ipotesi in cui l'amministrazione ha viceversa un obbligo di ritiro sono quelle in cui il mantenimento dell'atto è «semplicemente insopportabile» per ragioni di ordine pubblico, di buona fede, di equità, di parità di trattamento o d'illegittimità manifesta.

Non ricorrendo alla luce del diritto nazionale alcuna di tale ipotesi, il Tribunale concludeva per il rigetto del ricorso, non senza interrogarsi però sulla compatibilità di tale norma con il diritto comunitario, e in particolare con la direttiva 97/13 (art. 11 comma I) e l'art. 10 del Trattato. Nello specifico, il Tribunale si chiedeva se «*il potere di mantenere gli avvisi di liquidazione non comporti una restrizione della concorrenza per le imprese interessate, le quali verrebbero in particolare svantaggiate rispetto alle imprese che hanno contestato entro i termini*



*impartiti gli avvisi di cui erano destinatarie ottenendone l'annullamento».*

In ragione di ciò, il giudice tedesco formulava alla Corte le seguenti questioni: 1) «Se l'art. 11, n. 1, della direttiva [97/13/CE] debba essere interpretato nel senso che osta alla riscossione di un diritto per licenze nel cui calcolo è stata operata una riscossione anticipata dei costi per spese amministrative generali di un'autorità nazionale di regolamentazione per un periodo di 30 anni». In caso di soluzione affermativa di tale questione: 2) «Se l'art. 10 CE e l'art. 11 della direttiva [97/13] debbano essere interpretati nel senso che obbligano ad annullare un avviso di liquidazione di un diritto come descritto *sub* 1) e che non è stato oggetto di impugnazione, pur permessa dalla normativa nazionale, qualora il diritto nazionale consenta l'annullamento, ma non lo imponga».

2. Sulla prima questione, la Corte ha innanzitutto rigettato l'argomento avanzato dal governo tedesco teso ad escludere l'applicabilità al caso di specie della direttiva in esame. Secondo il giudice comunitario, infatti, sebbene la direttiva 97/13 fosse stata abrogata dalla direttiva 2002/21, i rapporti sottesi alla lite, risalenti rispettivamente al giugno 2000 e al maggio 2001, resterebbero esclusi dall'applicazione della nuova disciplina, rimanendo regolati dalla direttiva 97/13.

Successivamente la Corte si è soffermata sulla compatibilità del sistema di calcolo dei diritti fissato nella regolamentazione tedesca rispetto all'art. 11, I comma della direttiva 97/13. Quest'ultima disposizione, il cui contenuto era stato precedentemente precisato dalla stessa Corte (cause riunite *Albacorn* e *Infostrada*, sentenza della Corte 18 settembre 2003), prevede che i diritti richiesti alle imprese titolari di licenze individuali dalle amministrazioni del settore siano «destinati esclusivamente a coprire le spese amministrative sostenute per la concessione di tali licenze». In particolare, secondo il giudice comunitario, *i diritti* devono corrispondere, come rilevato in *Albacorn* e *Infostrada*, a principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione dei regimi di licenze (punti 29 e 30 della sentenza).

Alla luce di tali parametri, la base di calcolo stabilita dal regolamento sulla tassazione delle licenze di telecomunicazioni tedesco (TKLGebV) è giudicata dalla Corte erranea, sproporzionata e incompatibile con gli obiettivi della direttiva: la regolamentazione tedesca, infatti, propone che la determinazione dei diritti sia fondata sulle spese amministrative *generali* dell'amministrazione di regolazione calcolate per un trentennio. All'interno delle spese amministrative verrebbero così ad includersi non solamente le spese necessarie per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione della licenza — espressamente considerate dalla direttiva a titolo di spese per la concessione delle licenze — ma quelle previste più in generale per il monitoraggio del settore e la repressione di eventuali abusi. Oltre a ciò — osserva la Corte — la considerazione di un periodo trentennale per il calcolo dei diritti aumenta il grado di

inaffidabilità della previsione relativa alle spese e porta con sé il rischio di misure sproporzionate rispetto al carico effettivo di lavoro dell'amministrazione, anche in considerazione del fatto che le imprese potrebbero operare nel settore per un periodo di tempo inferiore ai 30 anni, e in base a ciò venire discriminate.

Conclude dunque la Corte che il sistema di calcolo fissato nell'art. 11 comma 1 della direttiva, finalizzato a non rendere eccessivamente oneroso l'ingresso di nuove imprese nel mercato, osta all'applicazione dei parametri di calcolo previsti dal regolamento tedesco sulla tassazione delle licenze, che appaiono pertanto incompatibili con il diritto comunitario.

La seconda questione sollevata dal giudice federale tedesco riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 48 della legge tedesca sul procedimento amministrativo in un ipotesi in cui l'atto amministrativo (divenuto definitivo) di cui si chiede il ritiro sia contrastante con il diritto comunitario. In particolare, alla luce del quesito formulato dal giudice tedesco, la Corte è chiamata a verificare la compatibilità comunitaria della previsione di un potere discrezionale di ritiro, e dunque della mancata previsione di un obbligo di annullamento, a fronte dell'esigenza di garantire l'applicazione del diritto comunitario, essendo evidente che il mantenimento in vita dell'atto comporta di fatto la *disapplicazione* della disciplina contenuta nella direttiva.

Non è la prima volta che la Corte si confronta con il tema del potenziale conflitto tra applicazione del diritto comunitario e tutela del principio della certezza del diritto. Nel caso *Kuhne & Heitz* del 2004, cui sia le parti che la Corte fanno espresso riferimento, il giudice europeo aveva affermato, in una vicenda per certi versi simile, che il diritto comunitario non esigeva che la pubblica amministrazione ritirasse un proprio atto illegittimo divenuto definitivo a seguito dell'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, osservando che la sussistenza di un obbligo poteva eventualmente individuarsi solo nel momento in cui: 1) l'organo amministrativo avesse tale potere di riesame alla luce del diritto nazionale; 2) la decisione fosse definitiva a seguito di sentenza passata in giudicato di giudice di ultimo grado; 3) tale pronuncia fosse fondata su un'errata interpretazione del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale; 4) che il privato si fosse rivolto alla p.a. subito dopo aver saputo di tale giurisprudenza.

Nel caso di specie, esiste però, secondo la Corte, un elemento di rilevante distinzione rispetto alla vicenda *Kuhne & Heitz*: le imprese *i-21* e *Arcor*, infatti, non hanno subito un'errata applicazione della disciplina europea ad opera di un giudice cui si erano rivolte, ma semplicemente non si sono avvalse dei rimedi giurisdizionali previsti per la contestazione degli atti di cui erano destinatarie.

La definitività degli avvisi di liquidazione, dunque, è qui conseguenza non dell'accertamento della loro legittimità compiuto da una sentenza passata in giudicato (pure emanata sulla base di un'errata interpretazione del diritto comunitario), ma del carattere *inoppugnabile* che l'atto acquista quando i soggetti interessati non si attivano tempestivamente per la sua impugnazione.

È dunque alla luce di tale presupposto, tale da differenziare la vicenda *de qua* dal caso precedentemente deciso dalla Corte, che occorre chiedersi se rispetto a tali provvedimenti definitivi il giudice debba o possa affermare l'esistenza di un obbligo di ritiro. E la risposta, ancora una volta, deve essere data avendo riguardo al *principio di autonomia procedurale* degli Stati membri salva verifica del rispetto dei criteri di *equivalenza ed effettività*.

In relazione a ciò, posto che il criterio dell'effettività non appare violato (le parti interessate non hanno sollevato censure di irragionevolezza del rimedio previsto contro gli avvisi di liquidazione, nemmeno contestando il termine breve di trenta giorni stabilito per il ricorso) occorre verificare, secondo la Corte, se sia stato rispettato il criterio dell'equivalenza che impone che la disciplina dei ricorsi e dei termini si applichi indiscriminatamente a posizioni protette dal diritto interno così come a posizioni protette dal diritto comunitario.

3. Non vi è dubbio che la pronuncia in esame si pone in linea di continuità rispetto alla più recente giurisprudenza comunitaria che riconosce la rilevanza del principio di certezza del diritto (anche quando finisca per comportare di fatto una *disapplicazione* del diritto vigente, ivi compreso il diritto comunitario) (1) nel quadro del rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri (2).

La soluzione della seconda questione pregiudiziale, cui si presta qui specifica attenzione, ruota infatti intorno ai due poli costituiti dalla tutela della *legal certainty* e della riaffermazione della *procedural auto-*

---

(1) Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex S.p.A. c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>; Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 1997, in causa C-24/95, *Land RheinlandPfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, in *Raccolta*, 1997, I, 1591; Corte di giustizia sentenza 7 gennaio 2004, in causa C-201/02 *Delena Wells c. Secretary of State or Transport Local Government and the Region*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>; Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Raccolta*, 2004, I-837; Corte di giustizia, sentenza 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

(2) Giurisprudenza sull'autonomia procedurale degli Stati membri. In dottrina, cfr. recentemente F. GENTILI, *Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE*, in *Cons. Stato*, 2004, 233; M. ANTONUCCI, *Il primato del diritto comunitario*, in *Cons. Stato*, 2004, 225; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2005, 35.

*nomy of member States*, e costituisce lo svolgimento di un ragionamento le cui basi sono state poste nella precedente giurisprudenza.

Fin dalle prime sentenze della Corte di giustizia (sentenza 12 luglio 1957, *Algera e altri* in cause riunite 7/56, 3-7/57) (3) il giudice comunitario, richiamando i diritti nazionali, ha ritenuto che il potere di revoca da parte della amministrazione comunitaria (inteso qui in senso generico, come potere di ritiro retroattivo) di un atto amministrativo *favorevole* dovesse essere esercitato in un lasso di tempo ragionevole, riconoscendo, anche in ambito europeo, l'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto e la tutela dell'affidamento.

La Corte non ha di seguito negato che lo stesso valore della certezza fosse a sua volta cedevole (sentenza 22 marzo 1961, *SNUPAT v. High Authority*) (4) — esso infatti può retrocedere per ragioni di giustizia sostanziale e per salvaguardare i fondamenti stessi dell'ordinamento (5) — ma ciò è avvenuto ferma restando l'affermazione della sua valenza di principio indispensabile per il funzionamento del sistema (6). In conseguenza di ciò, il giudice comunitario ha dunque provveduto in più occasioni ad annullare atti di ritiro dell'amministrazione comunitaria aventi efficacia retroattiva proprio per la violazione del principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento (7).

Analoga prevalenza è stata riconosciuta dal giudice comunitario al valore della *legal certainty* quando questa appariva in un certo senso di ostacolo alla contestazione, fuori termine, di atti *comunitariamente* ille-

---

(3) In *Raccolta*, 1957, 81.

(4) In cause riunite 42/59 e 49/59, in *Raccolta*, 1961, 53.

(5) Secondo l'Avvocato Generale Ruiz-Iarabo Colomer, nell'ordinamento comunitario il principio di certezza del diritto potrebbe eccezionalmente non applicarsi qualora vi sia l'esigenza di salvaguardare le fondamenta stesse del sistema e la riconsiderazione della decisione ormai inoppugnabile lo permetterebbe (punto 81).

(6) Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 1999, *Commission v. AssiDoman Kraft Products and Others* in causa C-310/97, in *Raccolta*, 1999, I-5363; Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004 *Kuhne & Heitz*, in causa C-453/00, in *Raccolta*, 2004, <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=it>; Corte di giustizia, sentenza 15 luglio 2004, nella causa C-459/02, *Willy Gerekens e Association agricole pour la promotion de la commercialisation laitière provola contro Stato del Granducato di Lussemburgo*, in *Raccolta*, 2004, I-7315. In dottrina, sulla rilevanza del principio di certezza del diritto cfr. A. CASATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli in comparazione*, in *Diritto e Formazione*, 2004, 235 e giurisprudenza ivi riportata; D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, 36; P. MAFFEI, *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 1, 498; D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, nota a Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 723.

(7) Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1987, in causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, 1005; Corte di giustizia, sentenza 17 aprile 1997, in causa C-90/95, *P. Henry de Compte c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1997, I — 1999; Corte di giustizia, sentenza 24 gennaio 2002, in causa C-500/99, *Conserva Italia Soc. Coop c. Commissione della Comunità europea*, <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=it>.

gittimi: così nel caso *Santex*(8), la Corte ha ribadito il principio della rispondenza al criterio di effettività della previsione nazionale di un termine breve per l'impugnazione di un atto nazionale contrario al diritto europeo, anche se poi, nel caso di specie, ha ammesso una attenuazione di detta regola alla luce delle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice a quo, consentendo una contestazione in via di eccezione del bando di gara incompatibile con il diritto comunitario.

E ancora il principio di certezza del diritto quale limite *naturale* all'operare dei poteri di autotutela dell'amministrazione nazionale (aventi ad oggetto atti contrastanti con il diritto comunitario) è al centro della pronuncia *Kuhne & Heitz*, più volte ricordata, in cui la Corte, in un sottile esercizio di verifica dell'equilibrio tra il bisogno di affermare il primato del diritto comunitario e l'esigenza di rispettare le tradizioni giuridiche nazionali, giunge ad una soluzione che, affermando il valore della certezza del diritto, ne ammette tuttavia un possibile cedevolezza in presenza di condizioni peculiari(9).

Rispetto a tale ultima pronuncia, peraltro, la decisione che qui si esamina si riferisce ad una fattispecie assai meno complessa, perché mentre in *Kuhne & Heitz*, i soggetti colpiti dal provvedimento amministrativo nazionale avevano azionato i rimedi previsti dall'ordinamento interno, e si erano visti rigettare il ricorso con sentenza passata in giudicato, nel caso qui considerato ciò che più semplicemente è in discussione è se l'istituto dell'annullamento d'ufficio nei confronti di un atto sfavorevole divenuto definitivo (perché inoppugnabile) possa o debba operare in maniera diversificata rispetto a quanto previsto dal diritto interno in ragione dell'esigenza di assicurare l'applicazione del diritto comunitario, con conseguente disparità di considerazione del valore della certezza del diritto a seconda del carattere interno o comunitario della violazione.

È infatti evidente che affermare l'esistenza in capo alla p.a. di un obbligo di annullamento di un atto comunitariamente illegittimo non tempestivamente impugnato dalle parti — a fronte di una disciplina nazionale che lo negherebbe — significherebbe riconoscere alla certezza del diritto un *peso* ed una *condizione* diversi a seconda che la difformità

---

(8) Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex S.p.A. c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, cit.

(9) Sul punto cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 481, secondo cui in tale pronuncia è evidente «l'intento della Corte di non compromettere la certezza del diritto, che è anche uno dei principi generali riconosciuti nel diritto comunitario, e di non apportare altre significative limitazioni al principio di autonomia procedimentale degli Stati membri». Osserva peraltro l'autore come per effetto di tale sentenza di determinerebbe un effetto di «comunitarizzazione di un importante aspetto dell'autotutela amministrativa, dato che la fonte del nuovo obbligo di riesame deriva dal diritto comunitario».

dell'atto amministrativo sia riferita ad una norma interna o ad una comunitaria.

Di fronte a questa possibilità, il giudice comunitario, con il consueto rispetto per le tradizioni giuridiche degli Stati, indica ancora una volta la via dell'equivalenza «procedurale»(10). In un dialogo pienamente rispettoso delle giurisdizioni nazionali, il giudice comunitario sviluppa così la sola risposta possibile, quella della autonomia procedurale degli stati membri a condizione di equivalenza ed effettività, ed esaminando la portata dell'art. 48 della legge tedesca sul procedimento amministrativo alla luce del dato comunitario suggerisce al giudice di verificare se, posta la chiara incompatibilità del regolamento interno con la direttiva Ce, non si debbano ritenere sussistenti le condizioni per l'accertamento dell'obbligo di riesame esattamente negli stessi termini previsti dal diritto nazionale, cioè in ragione della eventuale manifesta illegittimità: manifesta illegittimità riferita, in questo caso, ovviamente al parametro normativo costituito dalla direttiva 97/13.

Ciò che la Corte vuole, dunque, non è una disciplina speciale del potere di annullamento in ragione della illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo, ma la verifica della tenuta della soluzione nazionale anche rispetto ad un sistema di fonti nazionale *integrato* dalle norme comunitarie di riferimento.

Costituisce questo, ad avviso della Corte, il passaggio mancante nella decisione del giudice tedesco e proprio in questa direzione va colto il suggerimento del giudice comunitario.

In particolare, il carattere «semplicemente insopportabile» del mantenimento in vita dell'atto, quale condizione posta dalla legge tedesca

---

(10) Come afferma l'avvocato generale Colomer nelle sue conclusioni, alla luce di una giurisprudenza costante sul punto, in assenza di misure di armonizzazione diretta delle procedure spetta agli Stati membri indicare organi e procedure per la tutela delle posizioni protette dal diritto comunitario, sebbene tale autonomia sia condizionata dal rispetto di due requisiti: tali regole e procedure non devono essere meno favorevoli di quelle previste per le analoghe situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto interno (principio di equivalenza); secondariamente tali procedure non devono essere tali da renderne impossibile o eccessivamente difficile la tutela (principio di effettività). In particolare, il principio di autonomia processuale è stato enunciato a proposito della fissazione di termini di ricorso, a pena di preclusione o decadenza, in particolare in materia di restituzione dell'indebitto (Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76 *Rewe*, in *Raccolta* 1976, 1989, punto 6); Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, in *Raccolta*, 1976, 2043; Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, in *Raccolta*, 1983, 3595, punto 14; Corte di giustizia, sentenza 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girare*, in *Raccolta*, 1988, 1099, punto 12; Corte di giustizia, sentenza 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, 1988, 1799, punto 7; Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 1988, cause riunite 123/87 e 330/87, *Jeunehomme e a.*, in *Raccolta*, 1988, 4517, punto 17; Corte di giustizia, sentenza 9 giugno 1992, causa C-96/91, *Commissione/Spagna* in *Raccolta*, 1992, I-3789, punto 12; Corte di giustizia, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck e a.*, in *Raccolta*, 1995, I-4599, punto 12.

per affermare la sussistenza di un obbligo di annullamento, va affermato o meno in conseguenza di una valutazione sulla *manifesta illegittimità* della misura da annullare condotta anche alla luce della direttiva 97/13 e degli obiettivi che essa pone, e non solo con riguardo alla normativa nazionale di recepimento della direttiva.

Muovendo dal carattere integrato del sistema normativo nazionale, infatti, la chiara incompatibilità del regolamento nazionale con la direttiva 97/13 potrebbe essere sufficiente ad integrare quella «manifesta illegittimità» cui si riconnette l'insostenibilità del mantenimento in vita dell'atto e l'obbligo della sua rimozione. La Corte, così, pur non giungendo a configurare il rapporto di chiara incompatibilità tra norme interne e norme europee come *sicuro generatore di manifesta illegittimità*, pare tuttavia invitare il giudice tedesco a considerarlo (11).

Del resto, nella misura in cui nessun pregiudizio deriva in tale vicenda ad eventuali terzi dal ritiro dell'atto, una soluzione interpretativa di questo tipo parrebbe a maggior ragione giustificarsi anche alla luce dei tradizionali limiti posti all'operare del potere di ritiro dal diritto comunitario e dai diritti nazionali (12). Se infatti un potere *discrezionale* di ritiro si giustifica e si rende necessario, in molti degli ordinamenti europei, in un'ottica soprattutto di bilanciamento dei diversi interessi in gioco e in vista della tutela dell'affidamento, in vicende del tipo di quella in esame tali interessi contrapposti sembrano non sussistere e nessuna tutela dell'affidamento pare dunque porsi come necessaria, con la conseguenza che appare ragionevole l'affermazione ad opera del giudice nazionale di un vero e proprio obbligo di annullamento dell'atto in capo all'amministrazione nazionale.

BARBARA MARCHETTI

---

(11) Non pare influente, rispetto a tale conclusione, l'ulteriore considerazione che il potere di annullamento che in tal modo verrebbe ad esercitarsi non andrebbe a colpire, nel suo esercizio, soggetti terzi potenzialmente interessati al suo mantenimento. Si legge infatti, nelle conclusioni dell'avvocato generale Colomer, come spetti ai giudici nazionali interpretare le norme interne in maniera tale da facilitare tale riesame senza pregiudizio per i diritti dei terzi.

(12) Per una comparazione tra i diversi modelli di annullamento d'ufficio cfr. ancora A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli in comparazione*, cit., 235 e ss.

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V, ordinanza 14 novembre 2006 n. 6677, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele c. Elilombarda*.

**Appalti pubblici - Partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese - Legittimazione della singola impresa raggruppata a contestare in giudizio gli esiti della gara sfavorevoli al raggruppamento - Opportunità di chiedere l'interpretazione preventiva della Corte di giustizia.**

*È opportuno chiedere alla Corte di giustizia di dichiarare preventivamente se il diritto comunitario osti a una normativa nazionale che consenta alla singola impresa, facente parte di un raggruppamento temporaneo che ha partecipato a una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, di contestare in giudizio, a titolo individuale, gli esiti della gara stessa sfavorevoli al raggruppamento(1).*

*(Omissis).*

A) *Ricostruzione della vicenda dedotta in contenzioso.*

Prima di soffermarsi sui profili giuridici della controversia in oggetto, il Collegio reputa opportuno ripercorrere le vicende in punto di fatto.

L'Azienda Ospedaliera Niguarda di Milano, con bando pubblicato in data 30 novembre 2004, ha indetto una gara d'appalto a procedura aperta per l'effettuazione del servizio di elisoccorso, mediante impiego di personale con idonea competenza ed esperienza di volo, e per la fornitura e mantenimento in efficienza di mezzo idoneo corredato di tutte le attrezzature tecniche e sanitarie, con allestimento di una elipiazzola, nonché per le altre prestazioni indicate all'art. 1 del capitolato speciale, con importo a base d'asta di euro 25.900.000.

Le offerte sono state presentate dalla Elilombarda s.r.l., quale capomandataria della costituenda A.T.I. con Helitalia s.p.a., e dal Consorzio San Raffaele, composto da Elilario Italia s.p.a. e da Air Viaggi San Raffaele s.r.l.

Nella seduta del 21 aprile 2005 il seggio di gara ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio San Raffaele. Con deliberazione n. 403 del 28/4/2005 il Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera ha disposto l'aggiudicazione definitiva.

Avverso i predetti atti è insorta la Elilombarda s.r.l.. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano. Si è altresì costituito in giudizio il Consorzio Elisoccorso San Raffaele, il quale ha chiesto la declaratoria di inammissibilità del gravame e, gradatamente, il rigetto dello stesso.

Nel giudizio di primo grado — che si è concluso con la sentenza gravata in questa sede — era stata eccepita l'inammissibilità del ricorso, per il rilievo che lo stesso era stato proposto da uno solo dei soggetti associati nel costituendo raggruppamento che ha partecipato alla gara, e non dal raggruppamento stesso, unico legittimato ad agire in giudizio — secondo la parte che ha proposto l'eccezione — per la tutela del proprio interesse all'aggiudicazione.



Il giudice di prime cure, tuttavia, ha ritenuto l'assunto privo di fondamento, invocando la giurisprudenza di questo Consesso.

B) *La questione della legittimazione attiva delle singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo nella giurisprudenza nazionale*

b 1) Merita di essere osservato, innanzitutto, che nella risalente decisione del Consiglio Stato sez. IV, 2 luglio 1985 n. 335, il raggruppamento d'impresе non è stato configurato come un soggetto giuridico, e nemmeno come un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici distinto ed autonomo rispetto alle imprese raggruppate.

b 2) In ordine alla rilevante questione della legittimazione attiva (intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela) nelle ipotesi di impugnazione di atti di una procedura di selezione del contraente, laddove alla stessa procedura partecipi un'associazione temporanea di imprese, la giurisprudenza dominante del Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente la legittimazione ad impugnare in via autonoma il risultato della gara in capo alle singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo, rilevando che l'impugnazione non fa venir meno il mandato conferito (Cons. Stato, IV Sez., n. 83 del 1.2.1994 secondo cui «le singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo sono da ritenere legittimate ad impugnare in via autonoma l'aggiudicazione della gara, cui abbiano preso parte nell'ambito di un raggruppamento temporaneo»; Cons. Stato n. 335 del 4.9.1985), e che è pacifico che ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione.

È stato altresì ribadito (Consiglio Stato sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397) che la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di un'A.T.I., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 30/8/2004, n. 5646; *idem*, 15/4/2004, n. 2148; *idem*, 18/3/2004, n. 1411; *idem*, 30/10/2003, n. 6769; Cons. Stato, VI, 29/11/2004, n. 7784; Cons. Stato, IV, 10/6/2004, n. 3719; *idem*, 23/1/2002, n. 397). Ciò perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11 d.lgs. n. 157/1995), di lavori (cfr. art. 11 e 13 legge n. 109/1994) e di forniture (cfr. art. 11 d.lgs. n. 358/1992).

Pertanto ciascuna delle imprese associate avrebbe un interesse legittimo proprio e distinto da quello delle consorelle, tutelabile anche in sede giudiziaria, a che il raggruppamento consegua l'aggiudicazione o comunque venga riammesso alla gara per coltivare una nuova possibilità di aggiudicazione (sostanzialmente in tal senso, *ex multis*: Cons. Stato, VI, 31 maggio 1999, n. 702; V, 3 febbraio 1999, n. 112; IV, 22 aprile 1996, n. 528; Cons. giust. amm. 23 aprile 2001, n. 192; 26 febbraio 2001, n. 111).

Merita, infine, di essere evocata la recente statuizione dell'Adunanza Plena del Consiglio di Stato n. 8 del 4 ottobre 2005, la quale — nel valorizzare la natura collettiva della partecipazione di tutte le imprese dell'ATI costituenda — ha stabilito che nel caso in cui concorra ad una procedura per l'aggiudicazione di un contratto una ATI non ancora costituita (c.d. «costituenda»), al cospetto della presentazione di una cauzione provvisoria il soggetto garantito non si individua né nell'ATI nel suo complesso (in quanto ancora non esiste come tale giuridicamente), né nell'impresa capogruppo designata; debbono piuttosto assumersi «garantite» tutte le imprese «associande» (e future partecipanti all'ATI «costituenda») che — durante la gara — operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara. Tra questi impegni (obblighi) garantiti vi è quello gravante sulle future mandanti, in caso di aggiudicazione, di conferire il mandato collettivo all'impresa designata capogruppo, che stipulerà per loro conto il contratto con la Pubblica Amministrazione.

C) *Il quadro normativo ed interpretativo comunitario e le considerazioni del Collegio.*

c 1) Esaminato il quadro normativo nazionale ed il relativo corredo giurisprudenziale, merita, a questo punto, di essere evocata la normativa comunitaria concernente la materia *de qua*.

c 2) L'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori dispone, tra l'altro, quanto segue:

«1) Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono;

[...];

3) Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone, tra l'altro, quanto segue:

«1) Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di: [...] b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di

gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione».

L'art. 21 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, stabilisce quanto segue:

«I raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare offerte. La trasformazione di tali raggruppamenti in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta, ma il raggruppamento prescelto può essere obbligato ad assicurare tale trasformazione quando l'appalto gli è stato aggiudicato».

c 3) La Corte di giustizia delle Comunità Europee, sez. II, con la sentenza 8 settembre 2005, relativa al procedimento C-129/04, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, proposta alla Corte dal *Conseil d'État* (Belgio) con decisione 25 febbraio 2004, nella causa tra *Espace Trianon SA*, *Société wallonne de location-financement SA* (Sofibail) e *Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi* (FOREM), ha stabilito che l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica — che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto — e non da uno solo dei membri della detta associazione a titolo individuale. Lo stesso vale per il caso in cui tutti i membri della detta associazione temporanea agiscano congiuntamente ma l'azione di uno di essi sia dichiarata irricevibile.

A parere del Collegio, da tale pronuncia discendono dei precipitati di notevole impatto sulla questione che ci occupa. In particolare, al punto 19 della citata sentenza il Giudice comunitario osserva «[...] che il detto art. 1, n. 3, riferendosi a chiunque abbia un interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, in una situazione quale quella della causa principale, riguarda la persona che, avendo presentato la propria offerta per l'appalto pubblico di cui trattasi, ha dimostrato il suo interesse ad ottenerne l'aggiudicazione»; e nel successivo punto 20 prosegue: «Orbene, in tale situazione, è l'associazione temporanea in quanto tale ad aver presentato l'offerta, e non i suoi membri a titolo individuale. Del pari sono i membri di tale associazione che, laddove si fossero visti aggiudicare l'appalto di cui trattasi, avrebbero avuto l'obbligo di sottoscrivere il contratto e di eseguire i lavori».

Inoltre, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Christine Stix-Hackl presentate il 15 marzo 2005 sono racchiuse delle considerazioni di rilevante interesse per la questione che ci occupa. In particolare, si legge al punto 46 che «In base al diritto comunitario, la legittimazione attiva spetta, dunque, a colui che è anche titolare dei diritti sostanziali. Senonché, nel caso dei raggrup-

pamenti di imprenditori, i diritti scaturenti dalle direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti spettano ai raggruppamenti stessi. Infatti, nei confronti dei terzi è il raggruppamento che partecipa alla procedura di aggiudicazione. Ed è ancora soltanto il raggruppamento che può essere, se del caso, il destinatario della decisione relativa all'aggiudicazione». Nei successivi punti 48 — 51 si osserva: «48. Per risolvere le questioni pregiudiziali nella prospettiva del diritto comunitario occorre, pertanto, basarsi sul principio secondo il quale la direttiva è volta a dare attuazione ai diritti derivanti dalle direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti. 49. Se si applica tale principio al procedimento principale, ne deriva che la direttiva garantisce la tutela giuridica soltanto degli offerenti, nella specie, quindi, soltanto del raggruppamento di imprenditori. Proprio il procedimento principale ci offre un esempio di quella che è la situazione tipica per i raggruppamenti di imprenditori, quella in cui, cioè, i singoli membri, a causa della loro specializzazione, non sarebbero affatto in grado di eseguire l'appalto nel suo complesso. E si noti che essi non avevano neanche l'intenzione di farlo. 50. Il principio del parallelismo depone, pertanto, piuttosto in senso contrario all'attribuzione, in base alla direttiva, della legittimazione attiva anche ai singoli membri del raggruppamento. 51. Dalla direttiva può, dunque, desumersi soltanto la legittimazione attiva del raggruppamento in quanto tale. Da ciò a sua volta deriva che ai singoli membri di un raggruppamento non spetta, in base al diritto comunitario, alcun diritto di ricorrere in nome proprio avverso la decisione di aggiudicazione».

D) *Ragioni della rilevanza e della serietà della questione pregiudiziale.*

Come già osservato, la giurisprudenza nazionale sopra evocata si basa sull'assunto secondo cui non sussiste — né nella normativa nazionale in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11 d.lgs. n. 157/1995), di lavori (cfr. art. 11 e 13 legge n. 109/1994) e di forniture (cfr. art. 11 d.lgs. n. 358/1992), né, soprattutto, in quella comunitaria — una preclusione o limitazione alla facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*.

Appare, dunque, necessario rimettere la questione, nei termini che saranno precisati, alla Corte di giustizia delle Comunità Europee.

Trattasi, invero, di questione rilevante ai fini del decidere; inoltre, la soluzione di essa non appare chiaramente desumibile dalla giurisprudenza comunitaria, né, infine, ad avviso del Collegio remittente, i dubbi prospettati risultano *prima facie* infondati o irragionevoli.

E) *Formulazione del quesito.*

Le difficoltà interpretative che, alla luce di quanto sopra dettagliatamente indicato, circondano l'individuazione dell'esatta portata applicativa delle disposizioni richiamate impongono al Collegio — ritenutane la rilevanza e la serietà ai fini della deliberazione della presente controversia — di rimettere a codesta Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 (già 177) del Trattato, la seguente questione; si chiede alla Corte, in particolare:

«Se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, debba essere interpretato nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto». (*Omissis*).

### **(1) Il diritto comunitario consente che l'impresa associata in A.T.I. impugni singolarmente il risultato di una aggiudicazione?**

SOMMARIO: 1. Fatto. — 2. Stato della giurisprudenza. — 3. I dubbi del giudice nazionale. 4. La normativa comunitaria. — 5. Infondatezza del dubbio sulla compatibilità con il diritto comunitario della legittimazione a ricorrere del singolo associato. — 6. Considerazioni sulla rilevanza comunitaria dell'interesse a ricorrere del singolo associato.

1. *Fatto*. — Essendo stata indetta da un ente pubblico una gara di appalto a procedura aperta di rilevanza comunitaria, una impresa ha presentato la propria offerta in veste di mandataria di una costituenda associazione temporanea, ma la gara veniva aggiudicata ad altro raggruppamento.

Contro gli atti di gara essa proponeva ricorso in proprio, e cioè come singola impresa, senza spendere il nome della costituenda associazione temporanea, ma il ricorso veniva respinto. Ne seguiva ricorso in appello, che l'impresa questa volta proponeva in proprio e quale mandataria della costituenda ATI.

Il Consiglio di Stato, nell'affrontare il problema della legittimazione a ricorrere (in primo grado) dell'impresa singola quando essa abbia partecipato alla gara in vista della costituzione di un raggruppamento temporaneo, problema i cui termini, ovviamente, non cambiano quando il raggruppamento fosse già stato costituito fin dal momento dell'offerta, ha ritenuto di dover sollecitare l'interpretazione della Corte di giustizia perché essa stabilisca se la normativa comunitaria (e più precisamente l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CE come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE) osti a che il diritto nazionale consenta che il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto sia proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di una costituita o costituenda associazione temporanea di imprese priva di personalità giuridica, la quale abbia partecipato

in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non riuscendo vincitrice della gara.

2. *Stato della giurisprudenza.* — Come ampiamente ed esaurientemente illustrato nell'ordinanza in esame, il problema della legittimazione attiva delle singole imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo costituito o costituendo ad impugnare provvedimenti assunti nei confronti del raggruppamento medesimo non è nuovo nella giurisprudenza nazionale ed è stato variamente risolto, prevalentemente nel senso di attribuire in via autonoma a ciascun singolo componente del raggruppamento il diritto di azione.

Della giurisprudenza comunitaria l'ordinanza in esame richiama la sentenza della Corte di giustizia, sez. II, in data 8 settembre 2005, C-129/04, secondo la quale la normativa comunitaria non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di una associazione temporanea priva di personalità giuridica — che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto — e non da uno solo dei membri a titolo individuale.

3. *I dubbi del giudice nazionale.* — Il Consiglio di Stato fonda le proprie perplessità sull'affermazione della citata sentenza della Corte di giustizia, laddove essa sottolinea che «è l'associazione temporanea in quanto tale ad avere presentato l'offerta, e non i suoi membri a titolo individuale» e che di conseguenza «sono i membri di tale associazione che, laddove si fossero visti aggiudicare l'appalto di cui trattasi, avrebbero avuto l'obbligo di sottoscrivere il contratto e di eseguire i lavori», donde il dubbio che la legittimazione attiva spetti solo a colui che è titolare dei diritti sostanziali e cioè al raggruppamento in quanto tale, unico destinatario della decisione relativa all'aggiudicazione.

4. *La normativa comunitaria.* — Le norme comunitarie già richiamate al paragrafo 1 non dettano una normativa specifica sulla questione in esame, ma si limitano ad imporre agli Stati membri di garantire che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile quando violino il diritto comunitario, precisando in particolare che le procedure di ricorso devono essere «accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata».

5. *Infondatezza del dubbio sulla compatibilità con il diritto comunitario della legittimazione a ricorrere del singolo associato.* — Il dubbio che ha indotto il Consiglio di Stato a sollevare la pregiudiziale interpretativa davanti alla Corte di giustizia a mio avviso non ha ragion d'essere.

Si poteva, infatti, dubitare che fosse corretto dal punto di vista comunitario che un legislatore nazionale giudicasse l'impegno di costituirsi in un futuro raggruppamento temporaneo di imprese tale da comportare già di per sé un così pregnante consolidarsi di interessi da esigere che in sede di contestazione giudiziaria il giudizio fosse proposto da tutti i componenti del raggruppamento costituendo ovvero, in alternativa solo formale, dalla capogruppo quale soggetto legittimato a rappresentare e difendere gli interessi di tutte le imprese mandanti. Questa scelta, infatti, ampliando il numero dei ricorrenti obbligati a proporre collegialmente il ricorso o restringendolo alla sola capogruppo finiva in concreto con il limitare l'accesso alla giustizia e quindi con il rendere più difficile la difesa delle regole comunitarie davanti ai giudici.

Una volta, però, che la Corte di giustizia aveva superato ogni perplessità su questo aspetto del problema, non ravvisando un ostacolo contrastante con l'ordinamento comunitario in norme nazionali che imponevano una iniziativa giudiziaria totalitaria dei membri del raggruppamento, non mi sembra che vi fosse ragione per dubitare della correttezza comunitaria di un sistema processuale nazionale come quello italiano, che consente, invece, quella stessa iniziativa giudiziaria anche al singolo componente del raggruppamento costituito o costituendo.

Non credo che, per avvalorare questa mia affermazione, sia necessario dare particolare rilievo alla lettera della normativa comunitaria laddove essa richiede che le procedure di ricorso siano accessibili «*per lo meno*» a chiunque abbia o abbia avuto interesse all'aggiudicazione, perché, se è vero che quel «*per lo meno*» può lasciare intendere una propensione favorevole ad una legittimazione a ricorrere estesa anche ai singoli componenti di una associazione temporanea di imprese, è pur vero che un argomento strettamente letterale è pur sempre poco persuasivo, specie quando l'interpretazione si riferisca alla lettera di norme comunitarie, la cui formulazione frequentemente non è linguisticamente felice.

Mi sembra preferibile sottolineare, invece, che la legittimazione individuale a ricorrere costituisce all'evidenza un ampliamento delle possibilità di accedere ad uno strumento di tutela dell'ordinamento comunitario e, quindi, per definizione non può assumere quel carattere di ostacolo alla effettività delle norme comunitarie che solo potrebbe configurare un motivo di incompatibilità con esse. Ritenuta comunitariamente legittima la previsione di una legittimazione a ricorrere necessariamente collettiva, credo che a maggior ragione debba ritenersi consentita una

legittimazione individuale dei singoli componenti dell'associazione temporanea di imprese, sia essa costituita o costituenda.

Queste considerazioni mi sembrano compatibili, d'altra parte, con i principi generali della stessa normativa comunitaria, la quale si preoccupa soltanto che i ricorsi in materia di appalti pubblici siano efficaci e rapidi e che essi, senza mai discriminare la tutela dei diritti comunitari rispetto a quella dei diritti nazionali e senza creare ostacoli che rendano praticamente impossibile o anche solo eccessivamente difficile il ricorso ai giudici, siano accessibili a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad una aggiudicazione.

Orbene, consentire al singolo raggruppato o raggruppando di impugnare individualmente il risultato di una gara non incide certo sulla rapidità e sull'efficacia di un giudizio e, lungi dall'aumentare le difficoltà rispetto ad un ricorso per il quale si imponga una legittimazione collettiva di tutti i componenti del raggruppamento, facilita la contestazione di presunte violazioni della normativa comunitaria. Le difficoltà (se tali le si volesse ritenere) conseguenti al riconoscimento di una legittimazione individuale a ricorrere si riflettono, semmai, sulla gara, la quale indubbiamente rimane esposta ad una più facile contestazione, ma ciò non solo costituisce un problema che non interessa l'ordinamento comunitario, ma anzi, agevolando la tutela di quest'ultimo, dovrebbe essere visto con favore da esso.

Ammettere una legittimazione individuale a ricorrere mi sembra, inoltre, in piena sintonia anche con la norma comunitaria in base alla quale il ricorso deve essere accessibile a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione. Nel definire questo interesse su cui si fonda la legittimazione a ricorrere, infatti, non mi sembrano corrette o, meglio, non mi sembra che debbano essere sopravvalutate e portate a conclusioni estreme le considerazioni della Corte di giustizia, ed ancor più quelle dell'avvocato generale, ricordate nell'ordinanza in esame, laddove si sottolinea che è l'associazione temporanea ad avere presentato l'offerta e non i suoi membri a titolo individuale, intendendo con questo richiamare l'attenzione sul fatto che i lavori, una volta aggiudicati, dovranno essere eseguiti da tutti i componenti dell'associazione, sicché non è stato ritenuto scorretto che, nel caso deciso con la citata sentenza, la legittimazione a ricorrere fosse stata attribuita solo al raggruppamento nel suo insieme. Questa considerazione non esclude, infatti, che l'interesse del raggruppamento sia pur sempre il risultato della somma di molteplici interessi individuali che non pretendono né potrebbero mai salvarsi individualmente, ma piuttosto attraverso la salvaguardia e la salvezza dell'interesse di tutto il raggruppamento. Ma allora non si può non dare rilievo al fatto che la vittoria eventuale di chi ricorre *uti singulus*, comportando l'annullamento dell'aggiudicazione,



salva contestualmente sia l'interesse del gruppo sia quello dei singoli componenti di esso, riaprendo a tutti la strada dell'aggiudicazione, sicché l'interesse individuale azionato ben merita di essere valorizzato e tutelato in quanto strumento utile alla tutela degli interessi di tutto il raggruppamento.

Consentire, insomma, il ricorso individuale potenzia la difesa dell'interesse dello stesso raggruppamento, per cui non si vede perché la concessione di una tale possibilità potrebbe mai contrastare con le garanzie rivendicate dall'ordinamento comunitario.

6. *Considerazioni sulla rilevanza comunitaria dell'interesse a ricorrere del singolo associato.* — Accantonati i dubbi prospettati in merito alla attribuzione della legittimazione a ricorrere anche alle singole imprese temporaneamente associate o associande individualmente considerate, non mi sembra inopportuno un sia pur breve cenno sulla eventuale rilevanza che si potesse o si volesse attribuire in sede comunitaria ad una supposta mancanza di interesse del singolo associato ad impugnare una aggiudicazione riguardante lavori che egli, comunque, non potrebbe eseguire *uti singulus*, ma solo unitamente a tutti i componenti dell'ATI di cui è o sarà parte. Questo perché nella citata sentenza della Corte di giustizia in data 8 settembre 2005 C-129/04 compaiono affermazioni che attengono sia alla legittimazione a ricorrere, sia anche — e forse più propriamente — all'interesse a ricorrere. A questo aspetto del problema possono essere ricondotte, infatti, a mio avviso, le già ricordate considerazioni svolte sia dall'avvocato generale che dalla Corte di giustizia quando sottolineano che alla esecuzione dei lavori appaltati poteva aspirare l'associazione di imprese e non la singola impresa associata o associanda, considerazioni dalle quali potrebbe implicitamente sorgere il dubbio che una sentenza di accoglimento del ricorso individualmente proposto non potrebbe comunque essere di alcuna utilità a chi singolarmente non potrebbe certo pretendere di eseguire né soltanto la quota di lavori a lui riservata, né tutti i lavori appaltati, donde la mancanza di interesse a ricorrere.

La Corte potrebbe allora essere indotta a chiedersi se l'interesse sostanziale, che sta alla base della legittimazione a ricorrere del singolo associato, sia o meno in qualche modo inciso od ostacolato in sede processuale dagli effetti propri del mandato collettivo irrevocabile gratuito conferito alla capogruppo e da quelli conseguenti all'impegno assunto dalle imprese di eseguire i lavori *pro quota* nelle misure concordate. In altre parole si potrebbe credere di doversi porre il problema se dalla sentenza favorevole derivi una qualche concreta utilità per il singolo ricorrente.

Ora, che il giudice comunitario si preoccupi che sia garantita a tutti gli interessati che si ritengono lesi dall'avvenuta aggiudicazione la possi-

bilità di agire in giudizio e quindi anche la legittimazione a ricorrere, benché anche questa sia una questione di natura processuale, si può capire e condividere, dal momento che si tratta di accertare che siano garantiti interessi sostanziali meritevoli di tutela e quindi, in buona sostanza, di controllare l'accesso alla giustizia a tutela di interessi e diritti discendenti dalla normativa comunitaria.

Verificato, però, che i diritti nazionali garantiscono un adeguato ed efficiente accesso alla giustizia, la valutazione concreta della sussistenza in ciascun singolo caso di un interesse a ricorrere che renda proficuo ed utile il ricorso al giudice è questione che, a mio avviso, deve ritenersi riservata al giudice nazionale. La verifica della sussistenza di un interesse a ricorrere attiene, infatti, a quella tutela concreta dell'interesse o del diritto azionato la cui valutazione è riservata al giudice del merito della lite e, quindi, ai giudici nazionali in quanto inerente non alla sussistenza di una possibilità di garanzia delle pretese, sulla quale ha titolo per interloquire l'ordinamento comunitario, ma alla utilità di quello specifico processo. La quale questione riguarda le procedure giurisdizionali nazionali, riservate alla piena sovranità degli Stati membri.

Senza dire che, come già sottolineato in precedenza, in ogni caso nel sistema italiano l'accoglimento del ricorso, anche se proposto da uno solo dei componenti dell'associazione temporanea di imprese, non può che comportare l'annullamento dell'aggiudicazione nella sua interezza e, quindi, giovare a tutti ed a ciascuno.

EZIO MARIA BARBIERI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LOMBARDIA, MILANO, SEZIONE III, ordinanza 21 luglio 2006 n. 117, *Frigerio Luigi c. Comune di Triuggio*.

**Appalto di servizi - Procedura di gara - Partecipazione di società di persone - Ammissibilità o meno - Contrasto giurisprudenziale - Opportunità di chiedere l'interpretazione preventiva della Corte di giustizia.**

*Stante il contrasto insorto nella giurisprudenza amministrativa italiana in ordine alla possibilità che una società di persone partecipi alla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, è necessario chiedere alla Corte di giustizia di dichiarare preventivamente se il diritto comunitario osti all'applicazione di una normativa nazionale che impedisca la suddetta partecipazione (1).*

(*Omissis*). — FATTO. — Il Consiglio Comunale di Triuggio con deliberazione del 29 novembre 2005, n. 53, pubblicata sull'albo pretorio dal 27.12.2005 al 10.01.2006, ha affidato (per la durata di cinque anni a partire dal 1° luglio 2006) all'Azienda Servizi Multisetoriali Lombarda-A.S.M.L. S.p.a. la gestione del servizio di igiene ambientale nel territorio comunale.

Con la medesima delibera è stato assunto l'impegno ad «... acquistare un pacchetto azionario che consenta all'amministrazione comunale di divenire socio a tutti gli effetti nonché ristrutturare e disciplinare, sia sotto il profilo organizzativo che funzionale, i rapporti con l'azienda in oggetto allo scopo di configurare in capo al Comune intimato un potere di indirizzo e controllo sull'azienda stessa analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 113, comma 25, lettera c), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

Avverso tale atto, ed ogni altro connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa l'interessata, chiedendone l'annullamento, previa sospensione della esecuzione, per i seguenti motivi: *violazione e falsa applicazione dell'articolo 113, commi 1 e 5, del decreto legislativo 1607/2000; violazione e falsa applicazione del combinato disposto dell'articolo 1, comma 1, dell'articolo 2, comma 6, e dell'articolo 15, comma 1, della legge regionale della Lombardia n. 26/2003; violazione e falsa applicazione dei principi comunitari in punto di divieto di discriminazione, libera prestazione di servizi, tutela della concorrenza, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità; eccesso di potere e sviamento della causa tipica-contraddittorietà-irragionevolezza-illogicità-ingiustizia manifesta.*

L'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, tra i quali rientrano quelli di igiene urbana, deve avvenire tramite l'espletamento di procedura ad evidenza pubblica, secondo quanto previsto dall'articolo 113, comma 5, del testo unico degli enti locali, pubblicato con d.lgs n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali T.u.e.l.).

L'affidamento diretto del servizio alla A.S.M.L. S.p.a. appare, pertanto, del tutto illegittimo, anche con riferimento alla disciplina comunitaria e all'orientamento della giurisprudenza amministrativa.

L'affidamento diretto, in deroga alle regole dell'evidenza pubblica, è consentito solo al ricorrere dei presupposti di cui alle lettere b) e c) dell'art. 113, comma 5, del T.u.e.l.

La delibera impugnata ha lo scopo di eludere le richiamate disposizioni normative. Dall'atto gravato emerge, infatti, che il Comune di Triuggio è attualmente soggetto terzo rispetto alla A.S.M.L. S.p.a., non facendo parte della su indicata società a capitale pubblico.

Da ciò discende l'impossibilità per la impresa controinteressata di essere destinataria dell'affidamento diretto dei servizi di igiene ambientale *de quibus*, non potendo considerarsi sussistenti i requisiti previsti dall'art. 113, comma 5, lett. c) del T.u.e.l.

Ad ogni modo, anche qualora il Comune dovesse acquisire prima del 1° luglio 2006 una quota rilevante del capitale sociale della controinteressata, il requisito del «controllo analogo» non potrebbe considerarsi comunque sussistente, non potendo questo conseguire automaticamente alla mera titolarità di una quota del pacchetto azionario.

Né potrebbe dimostrarsi la capacità dell'amministrazione di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi e le decisioni dell'ente concessionario.

Ciò risulta chiaramente dai rilevanti poteri attribuiti dall'articolo 27 dello statuto della società controinteressata, che attribuiscono al consiglio di amministrazione la gestione esclusiva della A.S.M.L. S.p.a., in modo da escludere la possibilità per il Comune di Triuggio di esercitare il «controllo analogo» richiesto dalla norma.

Il mero requisito del (futuro) possesso di una quota di partecipazione della società pubblica dei quali non è sufficiente a garantire al predetto Ente locale un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione della società, che secondo la normativa e la giurisprudenza in materia costituisce requisito imprescindibile dell'affidamento *in house*.

Il Comune e la controinteressata si sono costituiti in giudizio depositando memorie difensiva con le quali, puntualmente e diffusamente, replicano alle argomentazioni della ricorrente, concludendo per la reiezione del ricorso.

In via pregiudiziale sia l'amministrazione comunale che la controinteressata hanno sollevato eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sull'assunto che la ricorrente, rivestendo la forma giuridica di società di persone, non potrebbe comunque ottenere l'aggiudicazione del servizio poiché l'art. 113 del T.u.e.l. riserva la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica alle sole società di capitali.

Entrambe hanno eccepito, inoltre, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente, in quanto la deliberazione impugnata costituisce solo il primo atto di una fattispecie a formazione progressiva che risulterà pienamente integrata al verificarsi delle condizioni previste nella delibera consiliare impugnata, vale a dire con l'approvazione del contratto di servizio tra il comune e la A.S.M.L. S.p.a.

Con ordinanza n. 519 resa nella Camera di Consiglio del 28 febbraio 2006, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

All'udienza del 14 giugno 2006 il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio.

**DIRITTO.** — 1. In via preliminare, il Collegio deve occuparsi dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata sia dalla difesa del Comune di Triuggio, che da quella di A.M.S.L. S.p.a.

Assumono entrambe le parti intime che la natura giuridica di società di persone rivestita dalla ricorrente ne determinerebbe la carenza di legittimazione e di interesse all'impugnativa, in quanto non potrebbe in nessun caso assumere la gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, quale quello di igiene ambientale, in virtù di quanto disposto dall'articolo 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, che riserva l'assunzione di tali servizi esclusivamente alle società di capitali.

Alla medesima conclusione deve giungersi, secondo il Comune ed A.S.M.L. S.p.a., anche in relazione alla legge regionale della Lombardia n. 26 del 2003, che uniformandosi al suddetto principio, all'art. 2, comma 6, ha disposto che «l'erogazione dei servizi» sia «affidata a società di capitali scelte mediante procedura ad evidenza pubblica o procedure compatibili con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza».

A tale eccezione pregiudiziale ha replicato la ricorrente sostenendone l'infondatezza in relazione all'orientamento assunto sia dal legislatore nazionale che comunitario e alle direttive comunitarie in materia.

Sostiene, in particolare, la Frigerio Luigi & C. S.n.c. che l'art. 113, comma 5, lett. a), del d.lgs. 267/2000 è in contrasto con il principio comunitario della libertà di concorrenza, di cui agli artt. 39, 43, 48 e 81 del Trattato Ce o, in subordine, che la norma sarebbe, comunque, viziata da illegittimità costituzionale per disparità di trattamento e sproporzione.

Evidenzia, inoltre, che secondo un recente orientamento giurisprudenziale (TAR Lombardia, Brescia, 19.05.2005, n. 538), la natura di società di persone non impedirebbe l'affidamento di appalti per la gestione del servizio di raccolta rifiuti, dovendosi disporre la disapplicazione dell'art. 113, comma 5, lett. a), del d.lgs. 267/2000, laddove dispone che il gestore del servizio debba rivestire la natura di società di capitali.

Proprio sulla base di tale precedente la Frigerio S.n.c. ritiene che tale norma, come quelle della legge regionale n. 26 del 2003, non possono essere interpretate in senso difforme dal diritto comunitario sugli appalti di servizi, che non opera alcuna discriminazione tra i soggetti ammessi alle gare, poiché consente la partecipazione alle procedure di affidamento di tutti i soggetti, indipendentemente dalla loro veste giuridica (cfr. art. 4, parr. 1 e 2, della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/Cee c.d. direttiva «unica» relativa al «coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi», e l'art. 26, par. 2, della precedente direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee) facendo riferimento unicamente alla qualità di imprenditore, e vietando la discriminazione tra imprenditori.

2. L'impugnazione in esame pone, quindi, al Tribunale adito, quale problema logicamente preliminare, il contrasto tra la normativa nazionale costituita dall'art. 113, comma 5, lett. a), del d.lgs. 267/2000 che, in materia di erogazione dei servizi pubblici locali riserva alle società di capitali la possibilità di ottenere l'affidamento del servizio di rilevanza economica quale quello di gestione dei rifiuti urbani e le disposizioni comunitarie richiamate dalla ricorrente.

La stessa questione riguarda altre disposizioni dell'ordinamento italiano: l'art. 198, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (che ha sostituito, abrogandolo, l'intero corpo normativo del d.lgs. 22/1997) secondo il quale «...i comuni

continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267», vale a dire utilizzando il modello gestionale del servizio pubblico, per mezzo di società di capitali, delineato nel T.u.e.l.; ed, infine, la legge regionale della Lombardia n. 26/2003 la quale, conformandosi ai suddetti principi, all'art. 2, comma 6, nello specifico settore dei rifiuti (di cui all'art. 15, comma 1) ha disposto che «l'erogazione dei servizi» sia «affidata a società di capitali scelte mediante procedure di evidenza pubblica o procedure compatibili con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza».

La Sezione ritiene che la questione in esame meriti di essere sottoposta all'esame della Corte di giustizia delle Comunità europee, tramite rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo.

Al fine di poter chiarire le ragioni del rinvio è necessario una disamina della normativa di riferimento sia nazionale che comunitaria.

#### *Quadro normativo comunitario.*

La materia della raccolta e gestione dei rifiuti era disciplinata, in ambito comunitario, dalla Direttiva n. 75/442/Cee del 15 luglio 1975, (successivamente aggiornata dalla Direttiva n. 91/156/Cee del 18 marzo 1991).

Gli articoli 6 e 9 della direttiva rifiuti richiedevano per le operazioni di smaltimento dei rifiuti, soltanto la preventiva autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa nazionale (attualmente disciplinata dall'art. 208 e ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che ha sostituito l'art. 30 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e dal D.M. 28 aprile 1998, n. 406).

La Direttiva n. 75/442/Cee è stata abrogata, di recente, dall'art. 20 della Direttiva 05.04.2006 n. 06/12/Cee (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai rifiuti).

La nuova direttiva di unificazione è stata pubblicata nella G.U.C.E. 27.04.2006, n. 114 ed è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo a quello di pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale* dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 21 dello stesso provvedimento.

La questione relativa ai soggetti che possono svolgere attività di raccolta e gestione dei rifiuti, pertanto, è ora disciplinata dagli artt. 7, 8, 10 e 12 della direttiva n. 2006/12/Cee.

In particolare, l'art 7, paragrafo 2, della predetta direttiva dispone: «i piani di cui al paragrafo 1 (di gestione dei rifiuti) possono riguardare ad esempio: a) le persone fisiche o giuridiche abilitate a procedere alla gestione dei rifiuti».

L'art. 8 della menzionata Dir. 2006/12/Cee prevede che «gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti: a) li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B, oppure b) provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento, conformandosi alle disposizioni della presente direttiva».

Mentre in tema di autorizzazioni per la raccolta dei rifiuti, il successivo art. 10 stabilisce che «ai fini dell'applicazione dell'articolo 4, tutti gli stabilimenti o

imprese che effettuano le operazioni elencate nell'allegato II B debbono ottenere un'autorizzazione a tal fine».

Altre rilevanti disposizioni, ai fini della questione in esame, sono quelle contenute nella direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/Cee relativa al «coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi».

I primi due paragrafi dell'art. 4 della menzionata direttiva (riprendendo quanto già stabilito dall'art. 26, par. 2, della precedente direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/Cee) stabiliscono che

«1. I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

2. Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi e/o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione di cui trattasi».

Le disposizioni delle direttive c.d. «servizi», da ultimo richiamate in linea generale non consentono, quindi, discriminazioni fondate sulla natura di persona fisica o giuridica degli operatori economici coinvolti nell'affidamento degli appalti di servizi, tra i quali rientrano anche le procedure attinenti l'affidamento dell'attività di raccolta dei rifiuti.

#### *Quadro normativo nazionale.*

La Repubblica Italiana, che non ha ancora recepito la Dir. 2006/12/CE, si è da tempo adeguata alla Dir. 75/442/Cee ed alla Dir. 18 marzo 1991, n. 91/156/Cee, provvedimenti recanti la disciplina rilevante *ratione temporis*.

Il recepimento è avvenuto, rispettivamente, con il d.P.R. 10.09.1982, n. 915 (Attuazione delle direttive Cee n. 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotriphenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi) e con il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, pubblicato nel Supplemento ordinario della G.U.R.I., 15 febbraio, n. 38, nonché con l'ulteriore Decreto Ministeriale attuativo 28 aprile 1998, n. 406 (Regolamento recante norme di attuazione di direttive dell'Unione europea, avente ad oggetto la disciplina dell'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti).

L'art. 30 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in tema di autorizzazione delle imprese destinate ad occuparsi della raccolta rifiuti stabilisce che: «le imprese che svolgono attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi prodotti da terzi e le imprese che raccolgono e trasportano rifiuti pericolosi, esclusi i trasporti di rifiuti pericolosi che non eccedano la quantità di trenta chilogrammi al giorno o di trenta litri al giorno effettuati dal produttore degli stessi rifiuti, nonché le imprese che intendono effettuare attività di bonifica dei siti, di bonifica dei beni contenenti amianto, di commercio e intermediazione dei rifiuti, di gestione di impianti di smaltimento e di recupero di titolarità di terzi, e di ge-

stione di impianti mobili di smaltimento e di recupero di rifiuti, devono essere iscritte all'Albo...».

La disposizione, a ben vedere, non si sofferma sulla personalità giuridica delle imprese soggette ad autorizzazione, a differenza del D.M. 28 aprile 1998, n. 406 — regolamento di attuazione di direttive dell'Unione europea, avente ad oggetto la disciplina dell'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti — che all'art. 10 prevede la creazione di un albo suddiviso per categorie di attività, al quale possono essere iscritte anche «imprese individuali» e «società di persone».

Successivamente è intervenuta la nuova disciplina dettata dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (come sostituito dall'articolo 43 della legge n. 448 del 2001 e modificato dall'art. 14, comma 1, del D.L. 269/2003, convertito dall'art. 1 della legge n. 326/2003) secondo il quale

«l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

La disposizione da ultimo richiamata stabilisce quindi che, indipendentemente dalle modalità con le quali si proceda all'individuazione del soggetto [attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica — lett. a) — o a società a capitale misto pubblico privato... lett. b) — o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici ..esercitino un controllo analogo...-lett. c)], l'affidamento del servizio possa essere disposto esclusivamente a favore di «società di capitali».

Ancora, la legge regionale della Lombardia 12.12.2003, n. 26 pubblicata sul B.U.R. 16.12.2003, n. 51 (recante disciplina dei servizi locali di interesse economico generale, norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche), conformandosi ai suddetti principi, all'art. 2, comma 6, nello specifico settore dei rifiuti (disciplinato dall'art. 15, comma 1) ha disposto che «l'erogazione dei servizi è affidata a società di capitali scelte mediante procedure di evidenza pubblica o procedure compatibili con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza».

#### *Ragioni della rilevanza della questione pregiudiziale.*

1. Nel caso sottoposto all'esame del Collegio la ricorrente ha evidenziato come la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia affermato che sia la



normativa comunitaria che quella nazionale di riferimento deve essere interpretata nel senso di garantire la partecipazione alla procedura di evidenza a tutti gli operatori del settore, a prescindere dalla natura giuridica posseduta di società di persone o di capitali. Ciò in quanto il diritto comunitario non consente discriminazioni fondate sulla personalità fisica o giuridica degli imprenditori (art. 26 comma 2 della direttiva 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE; art. 4 comma 1 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE).

Tra le decisioni che in argomento assumono rilievo, figura la sentenza della Sezione V, 29 aprile 2004 in causa C-171/2002, in cui la Corte di giustizia, ai punti nn. 41 e 42, ha dichiarato che il requisito secondo il quale gli operatori di vigilanza privata devono avere la forma di una persona giuridica costituisce una restrizione ai sensi degli artt. 43 e 49 del Trattato, impedendo agli operatori economici che sono persone fisiche di creare uno stabilimento secondario in un paese dell'Unione Europea (nella fattispecie in Portogallo).

Nella circostanza la Corte europea ha richiamato le sentenze: 12 luglio 1984, causa 107/83-Klopp (punto 19) e 7 luglio 1988, causa 143/87-Stanton (punto 11).

La ricorrente fa, inoltre, riferimento ad un orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lombardia, Brescia, 19.05.2006, n. 538) secondo il quale gli artt. 6 e 9 della direttiva 75/442/Cee non prevedono la possibilità di differenziare l'affidamento della gestione dei rifiuti in base alle caratteristiche soggettive degli operatori economici. Alle autorità nazionali è, invece, affidato il compito di rilasciare un'autorizzazione preventiva, che garantisce sia la verifica dei requisiti tecnici sia l'idoneità della procedura di smaltimento adottata dal gestore. Tutti i soggetti in grado di superare lo sbarramento costituito dall'autorizzazione possono operare in questo settore.

2. Venendo all'esame della normativa interna, la disciplina vigente contenuta nell'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000 prevede che la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (tra i quali rientra la raccolta dei rifiuti urbani) possa essere affidata solamente a società di capitali, secondo le tassative modalità descritte nel comma 5 della norma.

Analogamente, l'articolo 2, comma 6, della legge regionale della Lombardia n. 26/2003 dispone che «l'erogazione dei servizi (sia) affidata a società di capitali scelte mediante procedure di evidenza pubblica o procedure compatibili con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza».

Ne consegue che ogni procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio in esame potrebbe essere rivolta, per l'appunto, solo a «società di capitali».

3. In tal senso ha avuto modo di pronunciarsi il TAR della Sardegna (cfr. sentenza 11.12.2003, n. 1683) che ha negato l'interesse e la legittimazione a ricorrere in capo ad una società in nome collettivo (come l'attuale ricorrente) che ha impugnato l'affidamento diretto di un servizio di trasporto pubblico locale ad una società a responsabilità limitata, a capitale pubblico.

Tale pronuncia è stata, peraltro, confermata in grado di appello dalla sentenza Consiglio di Stato, 20.10.2005, n. 5883.

Entrambe le decisioni rilevano che l'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, già nella formulazione dettata dall'art. 35 della legge 448/2001, si esprimeva chiaramente nel senso che la titolarità dei servizi venisse conferito a «società di

capitali», scelte mediante lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica, senza, però, dare atto del contrasto di tale disposizione con le norme comunitarie sopra richiamate e dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria contrario ad ogni discriminazione fondata sulla personalità degli operatori economici coinvolti nelle singole procedure.

4. Invero, gli artt. 6 e 9 della direttiva 75/442/CEE (come le successive disposizioni della direttiva n. 2006/12/Cee) non prevedono la possibilità di differenziare l'affidamento della gestione dei rifiuti in base alle caratteristiche soggettive degli operatori economici.

Alle autorità nazionali è, invece, affidato il compito di rilasciare un'autorizzazione preventiva, che garantisce sia la verifica dei requisiti tecnici sia l'idoneità della procedura di smaltimento adottata dal gestore. Tutti i soggetti in grado di superare lo sbarramento costituito dall'autorizzazione possono operare nel settore della raccolta e gestione dei rifiuti.

Da nessuna delle disposizioni comunitarie richiamate sembra emergere la possibilità per gli Stati membri di escludere a priori talune imprese, in ragione della loro forma sociale, della possibilità di svolgere le attività di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti, vigendo, *a contrariis*, il diverso principio della sola preventiva autorizzazione da parte della autorità competente (cfr. art. 8 e ss. della direttiva Cee 91/156).

5. Per quanto concerne la questione di legittimità costituzionale della disciplina contenuta nell'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000 sollevate dalla ricorrente, occorre considerare che la Corte Costituzionale è già intervenuta in proposito esprimendosi per la legittimità della norma in parola (cfr. Corte costituzionale, sentenza 27.07.2004, n. 272 e 01.02.2006, n. 29), avendo giudicato ragionevoli e, comunque, rientranti nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza», le disposizioni statali di principio contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, «...in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza residuale delle Regioni, disciplinano l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato».

In particolare, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 29/2006, dopo aver elencato i principi normativi posti a presidio della concorrenza ed aver richiamato il contenuto della precedente sentenza n. 272/2004, sostiene che l'individuazione dei modelli gestionali dei servizi pubblici locali — ai quali è connessa l'indicazione della sola società di capitali, quale tipo strumentale prescelto al riguardo — risponda ad una precisa scelta del legislatore volta a favorire la difesa e lo sviluppo della concorrenza.

Il giudice delle leggi ha osservato, tra l'altro, che, sotto il profilo della ragionevolezza e proporzionalità «non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate (tra le quali figura l'art. 113, comma 5, cit.)che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti — come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi — i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali.

*Osservazioni del Collegio.*

Alla luce delle considerazioni sopra svolte il Collegio non può esimersi dall'osservare come ogni sistema che preveda l'esclusione di imprese solo in ragione della loro forma giuridica (nella specie in virtù della natura di società di persone, invece, che di società di capitali) appaia incompatibile con il diritto comunitario che, almeno nella versione risultante dall'art. 26, paragrafo 2, della direttiva del Consiglio 92/50/Cee che rappresenta l'antecedente storico dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/Cee vieta agli Stati membri di emanare disposizioni imponenti l'esclusione d'ufficio di determinate offerte, in base all'applicazione di un criterio puramente formale quale quello che riguarda la personalità degli operatori economici (cfr. la succitata sentenza del 29 aprile 2004, in C-171/02).

Deve altresì soggiungersi che la sottoposizione delle discipline interne sugli appalti pubblici ai principi fondamentali del diritto comunitario costituisce un criterio oramai positivamente recepito dalla dir. 2004/18/CE che, al secondo «considerando», prevede che «(l)'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

Orbene, come si è già avuto modo di rilevare nell'esposizione del quadro normativo nazionale, la disciplina interna prevede la creazione di un albo suddiviso per categorie di attività, al quale possono essere iscritte anche imprese individuali e società di persone (art. 10 del D.M. 28 aprile 1998 n. 406).

Nel caso di specie, la ricorrente è iscritta all'albo per le categorie: 1 — raccolta e trasporto di rifiuti urbani e assimilati (classe C)-; 2 — raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi (classe C)-; 4 — raccolta e trasporto di rifiuti speciali non pericolosi prodotti da terzi (classe B)-; 5 — raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi (classe E) — ed appare, quindi, in possesso dei requisiti per svolgere l'attività oggetto della controversia che, peraltro, gestisce ancora in qualità di precedente affidataria del servizio.

A ben vedere la presenza dell'albo non sembra consentire l'introduzione di ulteriori limiti allo svolgimento delle attività di gestione dei rifiuti (quali quelli derivanti dalla necessaria assunzione di un certa forma giuridica), sia pure al solo fine di individuare i soggetti che possono partecipare alle gare indette dalle pubbliche amministrazioni.

Il servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti non richiede garanzie particolari rispetto agli appalti aggiudicati da soggetti privati.

I requisiti tecnici e finanziari, oltre che di onorabilità, previsti per l'iscrizione all'albo sono posti a tutela della correttezza delle operazioni di smaltimento e, dunque, nell'interesse non solo della controparte contrattuale, ma principalmente dell'ambiente e della salute pubblica.

Come rilevato dal T.A.R. Lombardia, Brescia (sentenza 19.05.2005, n. 538) la trasparenza organizzativa, anche se meglio garantita dalla struttura delle società di capitali, sembra possa essere parimenti assicurata dalle imprese individuali e dalle società di persone attraverso le informazioni fornite per l'iscrizione all'albo.

Il comitato preposto alla gestione dell'albo e le sezioni regionali vigilano sul rispetto delle procedure di smaltimento e sulla persistenza dei requisiti di iscrizione.

In tal senso, la struttura societaria non costituisce un elemento collegabile alla tutela della concorrenza.

In verità, come ogni requisito che limiti il numero dei soggetti ammessi alle gare, le norme sulle società di capitali rappresentano piuttosto un ostacolo all'apertura del mercato, e deve trovare una giustificazione in altri principi comunitari o in particolari interessi pubblici.

Come si vede, le fonti comunitarie in materia di servizi pubblici non richiedono, in capo ai soggetti aspiranti a partecipare alle gare per l'affidamento di servizi, la qualità di impresa (o imprenditore) commerciale, ciò che è un portato esclusivo del nostro ordinamento. La pragmaticità o flessibilità delle norme europee (che non si pongono, a quanto pare, scrupoli di corretta costruzione teorica degli istituti da esse regolati), del resto, è comprovata anche sotto altri profili: così accade che il prestatore di servizi non debba necessariamente, per dette fonti comunitarie, possedere un'organizzazione di impresa, requisito, invece, imprescindibile per il nostro codice civile (art. 1655 c.c.).

Le fonti comunitarie richiedono, come requisito necessario per stipulare un contratto di appalto di servizi, la qualità, dapprima, di imprenditore, e, con la direttiva più recente (cfr. art. 4 Dir 2004/18/Cee), di «operatore economico», nozione ancora più generica ed estesa del concetto di imprenditore, certamente inclusiva anche dei soggetti che operano, svolgendo attività economica, con la veste di società di persone.

Al fine di realizzare un mercato concorrenziale nel settore degli appalti pubblici di servizi, insomma, non si pongono veti o preclusioni (non richiedendosi la natura di imprenditore o «impresa commerciale» per stipulare i relativi appalti e, prima ancora, per partecipare alle gare ad evidenza pubblica).

Alla luce di quanto sopra osservato, la Sezione dubita dunque della conformità ai principi fondamentali della specifica regola che subordina la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica per la gestione di servizi pubblici locali alla sussistenza della veste giuridica di società di capitali delle imprese partecipanti»; conseguentemente, nutre consistenti perplessità in ordine alla conformità con il diritto comunitario delle disposizioni interne di cui all'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, nonché degli artt. 2, comma 6, e 15, comma 1, della legge regionale della Lombardia 12.12.2003, n. 26, nella parte in cui limitano l'affidamento dei servizi pubblici locali di raccolta dei rifiuti urbani esclusivamente in favore degli operatori che assumono la natura di «società di capitali».

Le disposizioni da ultimo richiamate potrebbero, infatti, risultare incompatibili con le norme del Trattato Ce (ed in particolare con gli artt. 39, 43, 48 ed 81), in quanto rischierebbero di pregiudicare il gioco della libera concorrenza e di violare il principio secondo cui occorre ricercare le imprese che hanno presentato la migliore offerta, principio che dovrebbe essere considerato fondamentale nell'ordinamento giuridico comunitario.

Né appaiono conformi all'art. 4, parr. 1 e 2, della direttiva unica 31.03.2004, n. 2004/18/Ce relativa alle «procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi».

Tale contrasto, peraltro, non sembra superato nemmeno dal recente «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE», approvato con d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il quale reca disposizioni tra di loro contrastanti giacché all'art. 34, nell'individuare i soggetti che possono partecipare alle gare di appalto, ripete l'espressione «società commerciali», mentre all'art. 3, comma 6, nel definire gli appalti pubblici, parla di «contratti a titolo oneroso, stipulati tra una stazione appaltante... e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori...».

Che le menzionate disposizioni interne siano interpretabili in senso «evolutivo» (in maniera da adeguare dette norme al contesto comunitario), sebbene possibile in astratto, sulla base di quanto disposto dall'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006, non sembra soluzione accettabile, dal momento che, sia le norme del codice civile, sia quelle dello stesso «codice dei contratti pubblici» (art. 34) — e, prima, ancora della legge n. 267/2000 (art. 113) e della legge regionale n. 26/2003 — rimangono tuttora ancorate alla nozione di impresa o società commerciale quale requisito imprescindibile per la partecipazione alle gare e la stipulazione di contratti di appalto.

Infine, la Sezione non può autonomamente stabilire, non disponendo del relativo potere giurisdizionale, se la regola comunitaria che impone il divieto di discriminazione basata sulla forma giuridica delle imprese abbia le caratteristiche di «principio derivato da quelli fondamentali del diritto comunitario», in grado di prevalere, ai sensi del secondo «considerando» della Dir. 2004/18/CE ed in virtù dell'immediata forza precettiva, sulle disposizioni nazionali ipoteticamente contrarie, fino al punto da comportarne la disapplicazione.

La questione, che si presenta rilevante ai fini del decidere, inoltre, non appare manifestamente identica ad altra (quella decisa con la sentenza della Sezione V, 29 aprile 2004 in causa C-171/2002, a cui si è già fatto cenno in precedenza) in quanto, pur investendo profili giuridici connessi con quelli sopra esposti, concerne in realtà l'affidamento dei servizi di «vigilanza privata», né la soluzione di essa appare chiaramente desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

#### *Formulazione dei quesiti.*

Per le ragioni esposte ed in virtù del contrasto giurisprudenziale interno sopra evidenziato (tra TAR Sardegna e Consiglio di Stato da una parte e TAR Lombardia, Brescia dall'altra), il Collegio ravvisa l'opportunità di rivolgere alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 (già 177) del Trattato, i seguenti quesiti

pregiudiziali al fine di poter ricevere tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla definizione della causa in epigrafe indicata:

— «se la disposizione dell'art. 4, par. 1, della dir. 2004/18/Cee, o quella analoga recata dal par. 2 dell'art. 26 della dir. 92/50/Cee (nel caso in cui quest'ultimo sia considerato il parametro normativo di riferimento), secondo cui, i candidati od offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a svolgere la prestazione del servizio di cui trattasi non possono venir respinti soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche, enunci, o no, un principio fondamentale del diritto comunitario, tale da trascendere il limite formale segnato dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, e dagli artt. 2, comma 6, e 15, comma 1, della legge regionale della Lombardia 12.12.2003, n. 26 e, quindi, in grado di dispiegare la propria efficacia conformativa in modo tale da consentire la partecipazione alle gare anche di soggetti che non rivestono la natura di società di capitali»;

— nel caso in cui la Corte non ritenga la disciplina sopra indicata espressione di un principio fondamentale del diritto comunitario, «se la disposizione dell'art. 4, par. 1, della dir. 2004/18/Cee, o quella analoga recata dal par. 2 dell'art. 26 della dir. 92/50/Cee (nel caso in cui quest'ultimo sia considerato il parametro normativo di riferimento), costituisca, piuttosto, un corollario implicito o un «principio derivato» del principio di concorrenza, considerato in coordinamento con quelli della trasparenza amministrativa e della non discriminazione in base alla nazionalità, e se, quindi, come tale, esso sia dotato d'immediata efficacia vincolante e di forza prevalente sulle normative interne eventualmente difformi, dettate dagli Stati membri per disciplinare gli appalti di lavori pubblici esulanti dal campo di diretta applicabilità del diritto comunitario»;

— «se le disposizioni di cui all'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000, e agli artt. 2, comma 6, e 15, comma 1, della legge regionale della Lombardia 12.12.2003 siano conformi ai principi comunitari individuato dagli artt. 39 (principio di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità), 43 (libertà di stabilimento), 48 e 81 (intese restrittive della concorrenza) del Trattato istitutivo della Comunità Europea» e se, quindi, in caso di ritenuta difformità le richiamate disposizioni nazionali debbano essere disapplicate, in quanto contrastanti con le norme comunitarie dotate d'immediata efficacia vincolante e di forza prevalente sulle normative interne;

— se le disposizioni di cui all'art. 113, comma 5, del d.lgs. 267/2000 e gli artt. 2, comma 6, e 15, comma 1, della legge regionale della Lombardia 12.12.2003 siano conformi alla disposizione dell'art. 9, par. 1, della direttiva 75/442/Cee o a quella analoga recata dal par. 2 dell'art. 7, della direttiva 05.04.2006 n. 06/12/Cee (nel caso in cui quest'ultimo sia considerato il parametro normativo di riferimento) le quali, dispongono, rispettivamente, che «...tutti gli stabilimenti o imprese che effettuano le operazioni elencate nell'allegato II A debbono ottenere l'autorizzazione dell'autorità competente di cui all'articolo 6» e che «i piani di cui al paragrafo 1 (di gestione dei rifiuti) possono riguardare ad esempio: a) le persone fisiche o giuridiche abilitate a procedere alla gestione dei rifiuti» (*Omissis*).

**(1) Sull'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica comunitaria a società di persone.**

1. Con l'ordinanza in esame il TAR per la Lombardia chiede alla Corte di giustizia delle Comunità europee se la disposizione dell'art. 4.1 della direttiva n. 18/2004 o quella dell'analogo art. 26.2 della direttiva n. 50/1992 (nel caso in cui quest'ultimo sia considerato il parametro normativo di riferimento), secondo le quali gli offerenti autorizzati a svolgere la prestazione di un servizio non possono essere esclusi da una gara pubblica di appalto solo per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche, costituisca o meno un principio fondamentale del diritto comunitario o se esso costituisca un corollario o un principio derivato dei principi di concorrenza, di trasparenza amministrativa e di non discriminazione in base alla nazionalità.

I giudici chiedono, inoltre, se l'art. 113 c. 5 del d.lgs. n. 267/2000 e gli art. 2 c. 6 e 15 c. 1 della legge regionale Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, ammettendo alle gare di appalto di servizi pubblici locali di rilevanza economica solo società di capitali, siano compatibili con i principi di libera circolazione delle persone, di libertà di stabilimento e di divieto di intese restrittive della concorrenza, nonché se essi siano compatibili con l'art. 9.1 della direttiva n. 442/1975 e con l'art. 7.2 della direttiva n. 12/2006 (nel caso in cui quest'ultimo sia considerato il parametro normativo di riferimento), i quali dispongono che tutti gli stabilimenti o imprese che effettuano le operazioni indicate nell'allegato II A debbono ottenere l'autorizzazione dell'autorità competente e che i piani di gestione dei rifiuti possono riguardare, ad esempio, le persone fisiche o giuridiche abilitate a procedere alla gestione dei rifiuti.

2. Non essendo ipotizzabile che il Tribunale abbia inteso demandare alla Corte di giustizia la individuazione del parametro normativo di riferimento utile ai fini del decidere, deve ritenersi, lasciata in disparte una lettura rigorosamente formalistica del testo dell'ordinanza, che il Tribunale abbia — come è ovvio — riservato a se stesso di decidere in sede di giudizio definitivo quale sia l'effettivo parametro normativo di riferimento cui rifarsi per la soluzione della controversia, se cioè si tratti di applicare, per la soluzione dei quesiti n. 1 e 2, la direttiva n. 18/2004 piuttosto che la direttiva n. 50/1992 ovvero, per la soluzione dei quesiti n. 3 e 4, la direttiva n. 442/1972 piuttosto che la direttiva n. 12/2006.

Nonostante la possibile esitazione che può derivare dalla letterale formulazione dell'ordinanza in esame, credo che, però, stante la sostanziale identità delle normative comunitarie succedute nel tempo

l'una all'altra, da essa non possano sorgere sul piano processuale problemi tali da comportare l'esigenza di una qualche precisazione preliminare da parte dei giudici rimettenti. Infatti la formulazione dell'art. 26.2 della direttiva n. 50/1992 è identica a quella dell'art. 4.1 della direttiva n. 18/2004 e del pari quella dell'art. 9.1 della direttiva n. 442/1975 è identica a quella dell'art. 7.2 della direttiva n. 12/2006. La prima coppia di disposizioni fa riferimento, con termini assolutamente identici in entrambi i casi, alla irrilevanza del fatto che i concorrenti o gli offerenti siano persone fisiche o persone giuridiche, così come l'altra coppia di disposizioni usa nell'una come nell'altra direttiva espressioni assolutamente identiche sia in ordine alla necessità di una autorizzazione statale allo svolgimento di attività di smaltimento, sia in merito ai piani di gestione dei rifiuti, relativamente ai quali entrambe precisano che essi possono indifferentemente riguardare persone fisiche o persone giuridiche.

La Corte di giustizia vive in forma così concreta la propria funzione che meraviglierebbe assai se essa ritenesse necessaria qualche ulteriore preliminare precisazione dei giudici rimettenti in merito alla specifica direttiva in relazione alla quale essi ritengono di avere bisogno di una interpretazione della Corte stessa.

3. Venendo ora al merito della questione, dirò subito che l'articolata distinzione prospettata dal TAR lombardo fra principi fondamentali del diritto comunitario e corollari o principi derivanti a loro volta da altri principi comunitari (nel caso: di concorrenza, di trasparenza amministrativa e di non discriminazione in base alla nazionalità) ai fini della collocazione fra i primi o fra i secondi della disposizione comunitaria che sancisce l'irrilevanza dell'appartenenza dei concorrenti ad una gara di pubblico appalto alla categoria delle persone fisiche ovvero a quella delle persone giuridiche mi sembra di difficile comprensione e, soprattutto, di scarsa utilità ai fini della decisione che il Tribunale era chiamato ad assumere.

Trattandosi di decidere se fosse corretto dal punto di vista comunitario che la legislazione nazionale italiana e quella regionale della Lombardia richiedessero, per partecipare ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi locali di rilevanza economica riguardante lo smaltimento di rifiuti, che i concorrenti fossero società di capitali, con conseguente esclusione della capacità di concorrere delle società di persone, mi sembra che sarebbe stato più semplice e lineare procedere ad una lettura più piana della normativa comunitaria, nella quale si tenessero presenti le finalità che ciascun gruppo di direttive si propone di perseguire. Con la conseguenza che, a mio avviso, non si sarebbe posta l'esigenza di una interpretazione pregiudiziale ad opera della Corte di giustizia.



L'appalto di un servizio pubblico locale di rilevanza economica quale lo smaltimento di rifiuti rientra pacificamente nella categoria generale degli appalti pubblici assoggettata, ai fini delle procedure da seguire per l'aggiudicazione, prima alla direttiva n. 50/1992 e poi alla direttiva n. 18/2004. E direi che nel caso di specie, trattandosi di una gara indetta nell'anno 2005, la sola direttiva che può acquistare rilievo ai fini del decidere è la seconda delle due ricordate e più particolarmente la disposizione dell'art. 4.1 di essa. Questa direttiva regola le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sia di servizi che di forniture e di lavori. Si tratta di una normativa di carattere generale, che quanto ai servizi trova applicazione relativamente all'aggiudicazione di tutti quegli appalti pubblici di servizi che rientrino fra quelli indicati nell'allegato II, fra i quali nella categoria 16 (eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi) devono dunque ricomprendersi quelli indetti ai fini dello smaltimento di rifiuti.

Questa direttiva, però, regola tutta l'area dei problemi posti dalle procedure di aggiudicazione dei contratti, in termini assolutamente indipendenti dalle modalità concrete di esecuzione delle prestazioni richieste. Il solo problema che questa direttiva affronta è quello delle procedure da seguire ai fini della scelta del contraente. E siccome l'art. 4.1 di essa dispone con assoluta chiarezza che gli offerenti o i concorrenti autorizzati a svolgere la prestazione di un servizio non possono venire respinti per il solo fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche mi sembra che si sarebbe potuto ritenere assolutamente fuori dubbio che la normativa nazionale italiana e quella regionale lombarda, laddove richiedono che il concorrente sia una società di capitali, pongono un requisito contrastante con la normativa comunitaria in quanto preclusivo della partecipazione di altri tipi di società, sicché dette normative avrebbero potuto e dovuto essere disapplicate, sembrando ogni dubbio interpretativo del tutto privo di fondamento.

Né alcun dubbio interpretativo avrebbe potuto trovare fondamento, a mio avviso, nella coppia di direttive comunitarie (la n. 442/1975 e la n. 12/2006) che regolamentano specificamente lo smaltimento dei rifiuti. Queste direttive, infatti, non affrontano minimamente problemi che abbiano a che fare con la scelta del contraente chiamato ad effettuare lo smaltimento dei rifiuti, ma curano invece gli obiettivi e le modalità da seguire nello svolgimento dell'attività di smaltimento al fine di garantire la salute dei cittadini e la salubrità dell'ambiente. E questo è tanto vero che significativamente i destinatari delle disposizioni di dette direttive sono sistematicamente individuati con la formula «stabilimenti ed imprese», così rendendo evidente la particolare concretezza delle preoccupazioni.

pazioni del legislatore comunitario, chiaramente indifferente alla forma giuridica assunta da chi è chiamato a svolgere l'attività di smaltimento ed interessato, invece, a regolamentare l'attività di smaltimento da chiunque effettuata. Non a caso, d'altra parte, nelle stesse direttive si afferma che i piani di gestione dei rifiuti possono riguardare sia persone fisiche che persone giuridiche, purché debitamente autorizzate a svolgere l'attività di smaltimento.

In conclusione, dunque, mi riesce difficile intendere quali possano essere state le ragioni che abbiano indotto i giudici a chiedere un preventivo intervento interpretativo della Corte di giustizia, stante — a mio avviso — l'inequivocabile chiarezza della normativa comunitaria.

4. Senza escludere una comprensibile timidezza ed una altrettanto comprensibile esitazione a disapplicare norme di legge a cui ancor oggi è ragionevole credere che i giudici siano tendenzialmente ma anche prudentemente restii, credo che possano avere influito sulla scelta fatta dal TAR lombardo i precedenti giurisprudenziali citati nell'ordinanza in esame, e cioè la sentenza del TAR per la Sardegna 11 dicembre 2003, n. 1683 e quella del Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5883, che avevano escluso la legittimazione a ricorrere di una società di persone in quanto ritenuta priva della capacità di concorrere alla assegnazione di un appalto pubblico di servizi, benché tale orientamento non sia poi stato seguito dalla sentenza del TAR per la Lombardia — sez. Brescia — in data 19 maggio 2006, n. 538. Mi sembra ragionevole, allora, pensare che si sia inteso, in questo modo, provocare una esplicita pronuncia della Corte di giustizia al fine di condizionare in forma decisiva la giurisprudenza nazionale, vincolandola all'applicazione di quella che sarà l'interpretazione comunitaria.

Va detto, però, che, leggendo la sentenza del Consiglio di Stato, ci si accorge di essere in presenza di una decisione che non si è nemmeno posta il problema della compatibilità del diritto nazionale con quello comunitario; essa, quindi, non poteva essere la causa giustificativa della scelta del TAR lombardo, sempre che si concordi, naturalmente, sulla chiarezza e sulla univocità del dettato legislativo comunitario. La decisione con la quale il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello contro la sentenza del TAR per la Sardegna, infatti, al pari della sentenza confermata, non affronta la questione della compatibilità o meno della normativa nazionale con quella comunitaria, essendosi i giudici limitati a prendere atto che l'art. 113 c. 5 del d.lgs. n. 267/2000 attribuisce solo alle società di capitali la capacità di concorrere a gare di affidamento di appalti di servizi pubblici locali di rilevanza economica, da ciò traendo la conseguenza che nel caso deciso, essendo la ricorrente una società di persone, essa non aveva interesse ad impugnare i risultati di una gara

del genere. Deve ritenersi, quindi, che il ricorrente non avesse proposto come motivo di ricorso il contrasto fra normativa nazionale e normativa comunitaria, perché altrimenti i giudici non avrebbero potuto sottrarsi all'esame del problema. Ancora una volta, dunque, mi sembra ragionevole credere che la probabile e non infrequente conoscenza della sola massima della decisione d'appello, disancorata da una corretta e completa ricostruzione del fatto e soprattutto scritta senza tener conto del concreto svolgersi del processo, possa avere tratto in inganno i giudici lombardi ed avere ingenerato in loro la convinzione che anche il Consiglio di Stato ritenesse che la attribuzione della capacità di concorrere riservata alle sole società di capitali fosse compatibile con il diritto comunitario. Il vero contenuto dei due precedenti giurisprudenziali, invece, non giustificava affatto il sospetto che fosse in atto un orientamento interpretativo non conforme al diritto comunitario ed avrebbe quindi potuto, a mio avviso, far considerare preferibile una decisione che aderisse all'orientamento della sezione bresciana del TAR per la Lombardia, che il TAR milanese aveva ben presente.

5. Il caso di specie che ha fornito l'occasione per queste considerazioni induce, invece, a riproporre un problema di diversa natura ed importanza.

La convivenza del diritto comunitario con il diritto interno ha comportato, dopo le iniziali incertezze ed il contrasto di opinioni fra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia, definitivamente superati con la ben nota sentenza della Corte italiana in data 8 giugno 1984, n. 170, l'attribuzione ai giudici (ma anche a tutti gli organi delle pubbliche amministrazioni) dell'obbligo di disapplicare le norme nazionali non conformi al diritto comunitario. Il problema ancora aperto che si pone per il giudice amministrativo è se questo suo obbligo di disapplicazione debba necessariamente passare attraverso il filtro di uno specifico motivo di ricorso o se, invece, la disapplicazione possa essere ricondotta all'interno della regola «*jura novit curia*» e trovare conseguentemente applicazione indipendentemente dall'essersi concretizzata in un motivo di ricorso.

È indubbiamente fastidioso oltre che ingiusto «*abbandonare all'autonomia delle parti la determinazione non soltanto dell'oggetto del giudizio, ma anche della norma applicabile*» (come dice BACCARINI in *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, 466), in quanto in questo modo può accadere che, omettendo, per disattenzione o anche per interesse (si veda, per una ipotesi del genere, TAR per il Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34) di proporre un possibile motivo di ricorso fondato sul diritto comunitario, si finisca con il porre l'autorità

giudiziaria di fronte all'inevitabile conclusione di dover avallare situazioni giuridiche sostanzialmente illegittime perché contrastanti con norme non invocate, come è avvenuto appunto nel caso della succitata decisione del Consiglio di Stato proprio a causa del fatto che il ricorrente non aveva eccepito il contrasto fra norma nazionale e norma comunitaria. Il fatto è che, comunque, per quanto ciò possa riuscire sgradevole, così vuole il sistema processuale amministrativo italiano, nel quale vige la regola che la lamentata illegittimità del provvedimento impugnato può essere valutata dal giudice amministrativo soltanto alla luce dei motivi di ricorso proposti.

Essendo ben noto quanto la Corte di giustizia si preoccupi della effettività del diritto comunitario, potrebbe essere giusto allora chiedersi se non sia forse giunto il momento di proporle in forma puntuale e definitiva il quesito se sia compatibile con il diritto comunitario un diritto processuale nazionale che non consenta al giudice di rilevare d'ufficio l'illegittimità comunitaria di un provvedimento anche quando tale illegittimità non sia stata prospettata con un apposito motivo di ricorso o sia stata prospettata in forme o in termini che non ne consentirebbero l'esame in base al diritto processuale nazionale.

È chiaro che, ove la Corte di giustizia accogliesse una interpretazione di questo tipo, il sistema di giustizia amministrativa italiano subirebbe una trasformazione veramente radicale, almeno per quanto riguarda l'atteggiamento che i giudici amministrativi sarebbero tenuti ad assumere nei confronti del diritto comunitario.

Così come è chiara la delicatezza del problema ove si consideri che in questo modo la Corte, nell'incidere sul diritto processuale degli Stati membri, si approprierebbe di una materia che, per i suoi stretti rapporti con la sovranità nazionale, viene concordemente ritenuta per ora sottratta alla competenza comunitaria. Mi sembra difficile negare, però, che quello che qui si prospetta costituisce un passaggio reso inevitabile dal fatto che la sensibilità dell'ordinamento comunitario e quindi anche dei giudici comunitari si è ormai estesa fino a farsi carico della preoccupazione per l'effettività delle norme comunitarie.

Credo che il problema sia di troppo grave momento per essere qui sbrigativamente trattato. Penso, però, che si possa dire che insistere sull'autonomia dei diritti processuali nazionali e sulla loro riserva alle competenze statuali potrebbe costituire ormai, probabilmente, una battaglia di retroguardia dopo i penetranti interventi effettuati dalla Corte di giustizia soprattutto in materia di tutela cautelare nei suoi vari aspetti (su questo argomento si veda, fra gli studi più recenti, anche per una completa ricostruzione dello sviluppo della giurisprudenza comunitaria, TARULLO, *Riflessioni sulla nuova tutela cautelare ante causam nelle controversie in materia di appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti* 2006,

541). D'altra parte è difficile negare che la questione sia ormai da tempo matura per essere affrontata e definitivamente risolta ove si consideri che affermazioni ampiamente favorevoli alla rilevabilità d'ufficio delle violazioni del diritto comunitario già sono comparse nella sentenza Peterbroeck della Corte di giustizia (Corte plenaria) in data 14 dicembre 1995, seppure circoscritte ad una più specifica fattispecie (la decisione è pubblicata in questa *Rivista*, 1996, 688) e sono ricomparse poi nella sentenza della Corte di giustizia (Corte plenaria) in data 24 ottobre 1996, seppure in forma ulteriormente circoscritta (decisione pubblicata in questa *Rivista*, 1997,130).

Pur nella consapevolezza della delicatezza dei rapporti fra potestà legislativa comunitaria e potestà legislative nazionali, dunque, credo sia giusto predisporre ad accettare che l'ordinamento comunitario, giustamente interessato alla propria effettività, finisca con l'invadere il terreno processuale attualmente riservato agli ordinamenti nazionali o, forse meglio, finisca con il cercare di dotarsi anche di un proprio più completo ordinamento processuale, in quanto è difficile ammettere che possano continuare ad esistere situazioni giuridiche soggettive che traggono la loro origine dall'ordinamento comunitario le quali non cerchino di avere regole processuali proprie che ne garantiscano la soddisfazione, senza essere condizionate da norme processuali poste dagli ordinamenti nazionali.

EZIO MARIA BARBIERI

# incontri - convegni - tavole rotonde

---

## RELAZIONI E INTERVENTI

THOMAS D. LYNCH and CYNTHIA E. LYNCH

### CORRUPTION, DEMOCRACY, AND VIRTUE ETHICS (\*)

#### *Introduction.*

In a press release dated 3 July 2003, Transparency International (TI) released the results from the first TI Global Corruption Barometer survey. The headline banner read «If citizens had a magic wand the world over, they would most like to eliminate corruption from political parties». Unlike their Corruption Perception Index that assesses levels of corruption across countries using expert opinions, the Global Corruption Barometer survey is concerned with the general public's attitudes with levels of corruption.

Given the recent TI reports (2005) corruption seems inescapable. However, corruption need not be the prevailing condition of a society. In some places in the world, corruption remains an institutionalized habit that is part of the social fabric, involving doing both the public and private business. In such conditions, everyone in the society expects that behavior. Some are genuinely puzzled when an outsider calls these behaviors corruption and considers them a problem, however more and more citizens are trying to send a message that governments «need to rebuild the trust of ordinary people». (TI, 2003).

Reformers, who argue for improved ethical practices through voluntary codes of practice and rules, unfortunately fail repeatedly in their reform efforts. Often the prevailing negative ethical situation must continue for decades and even generations until conditions become so bad that the whole system collapses or cannot effectively fend off outside challenges. At best, this situation politically and economically means uncertainty, loss of trust, and suppression of institutions and individuals. At worst, it means civil unrest, revolt, and bloody revolution.

Most societies and regimes have some form of corruption (TI 2004, 2005), and few are totally corrupt. Some societies, especially well developed Western countries, are quite clever at hiding corruption, allowing it to exist at a near legal or even legal status (Kobrak, 2002). The most successful elements in society win over their victims by convincing them that they are providing the society a valuable service such as valued mar-

---

(\*) Relazione al 3<sup>rd</sup> Regional International Conference, I.I.S.A., Monterrey (Mexico), 16-20 luglio 2006.

ket items (Rose-Ackerman, 1999). They succeed in corrupting the system by evading detection, influencing key public officials and the press, and sometimes by boldly claiming their actions are necessary and proper. They offer what amounts to bribes in various forms including political campaign contributions, lobbying efforts and they may resort to merciless acts to suppress any «traitors,» or whistleblowers to their corruption.

This paper will focus on the failure of rule based ethics to combat corruption and the need to apply virtue ethics in our civil society. The first section deals with the appeal of corruption. The second section addresses corruption and governance. The third section examines corruption, private gain, and lobbying. The fourth section examines Immanuel Kant's rule based approach to ethics. The fifth section discusses some of the limitations of his approach. The sixth section presents our suggested solution. The seventh section contrasts Kant and Aristotle. The eighth section explains the need for an institutional advocate for virtue ethics. The last section presents our conclusion.

### *The Appeal of Corruption.*

According to Webster's dictionary, (1998: 261) *Corruption* is the impairment of integrity, virtue, or moral principle. Commonly, bribery characterized it. Why is corruption so appealing? Certainly, it often does lead to desired riches, fame, and power for those who engage in corruption. For the hedonists in the world, corruption can and does lead to sought after pleasure. Their biggest problem is avoiding the pain of legal punishment. Using Abraham Maslow's Hierarchy of Needs (1970), corruption can satisfy the «deficit needs» and maybe even some of the «being needs».

Greed is indeed a great motivator, but sometimes the material and moral poverty in a society creates a strong incentive and even a fertile environment for corruption. Sometimes the prevailing social ethic rewards excesses and preaches self-advancement regardless of the cost to other individuals, and to the larger society and environment in which we live. In such a negative social condition, people easily rationalize, justify, and even legitimize corruption. They look at corruption and other negative moral conduct as merely examples of human behavior that have always existed and will always exist.

Another common reality is the lack of institutional enforcement of laws and rules. Lawrence Kohlberg (1976) tells us that moral development does occur within humans and that we cognitively grow in our moral development. For people at the early stages of moral development, the very real threat of pain is about the only thing that motivates them to behave morally. If the legal system essentially does not work, and there is no police force for Judicial system to apprehend the offender and inflict the pain of incarceration or fines, then immoral acts become common place. Typically, individual corruption is not the result of ignorance of laws and rules, but rather the result of a person that is lacking sufficient will, for-

titude, stamina, resolution, and persistence to confront the moral problem.

Corruption is a perennial challenge. It is persistently increasing in many places in the world and when it does the result damages the economic and social development at the local, national, regional, and even the world level. The taboo of never mentioning the subject of corruption no longer exists. Today, national and international organizations recognize that governments, including the United Nations, the World Bank, and nonprofit organizations must direct themselves toward developing healthy societal institutions including transparency in governance to avoid even the perception of wrong doing (Caiden, Dwivedi, and Jabbra, 2001).

### *Corruption and Governance.*

With power comes the temptation to use public office and its influence for personal gain or to attain some other advantage such as fame, power, or sexual favors. One can find many examples throughout history in the lives of contemporary American leaders, ancient Chinese rulers, Hebrew kings, and Roman Emperors. In fact, many political leaders sought and retained public office for reasons of personal gain, fame, or just plain power. Lord Acton captured this apparent reality with his famous saying: «Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely» (Payne, p. 179).

The good news is that society can reduce and contain corruption, but the bad news is that society is not likely to entirely eliminate it altogether as the fertile soil of corruption lies in the very nature and weakness of character in humankind. Over the centuries the ancient Code of Hammurabi, Mosaic laws, and Confucian principles are among the salient codes of conduct that define for society acceptable and unacceptable official behavior (Caiden, Dwivedi, and Jabbra, 2004).

Typically such wisdom statements say that only the best individuals in the society should hold public office. This means that that the leaders should be the most righteous, wisest, have the highest character and integrity, and be the most highly dependable. These wisdom statements say public leaders should set an example for others with their example of high standards of performance, the advancement of the public interest, the promotion of the general welfare, and kind dealings with their people. Leaders should be wise, compassionate, just and sensitive. They should protect and safeguard public property as a sacred trust and be accountable for their actions to the public. These schools of thought viewed public service as a noble honor to serve the public good and they respected highly the persons who chose to dedicate their lives to such social purposes (Caiden, Dwivedi, and Jabbra, 2004).

Unfortunately, our democratic political parties rarely use that wisdom as a basis for their selection of political leaders.



*Corruption, Private Gain, and Lobbying.*

Corruption is the behavioral affect of an intentional deviation from accepted ethical practices for personal gain. It can include bribery, nepotism, misappropriation, and other wrongs including granting favors to private interests over public concerns. People view corruption as not being beneficial to the public and it commonly lowers the creditability of public institutions and status of public officials. Often, corruption leads to a breakdown in shared concerns, an increase in factional interests, and an increase in the use of coercion rather than consensus in a society. Corruption is contagious and economic scarcity often encourages it.

In a democracy, the threat of corruption is always present at the highest levels. Elected officials are in positions of power and they can always sell their influence for a price regardless of the larger public interest, as private interests are willing to pay that price. To illustrate the problem, let us cite the United States, where the concept of the *public interest* has lost much of its meaning (Lynch and Lynch, 2004).

Each private group with economic means hires lawyers and others to pitch their private ego driven interests. Each of them attempts and normally succeeds in «buying» special legislation that provides them with laws and rules or exceptions to laws and rules that benefit their interests (Kobrak, 2002).

In this case, bribing of public officials is legal. It is called lobbying. It stimulates the creation of massive amounts of campaign funds that greatly assist incumbents getting re-elected. The lobbying activity also means that elected representatives provide special legislative favors for their particular supportive interest groups and their set of like-minded friends (Kobrak, 2002).

The United States has legalized political corruption. The richest 40% have an essential de facto monopoly on private interest group money that dictates public policy to American elected officials. They use their money and knowledge to corrupt legally but not ethically the American political society. The unequal political clout of the rich benefits them disproportionately and elected leaders frame policy for that elite instead of the society as a whole. From the perspective of utilitarian ethics, the result is an unfair distribution of public benefits and costs. Those benefits are NOT for the greatest good for the greatest number in American society (Kobrak, 2002).

A few examples illustrate this point. The tax system, over the past few years, has skewed tax collection to benefit the rich and particularly the very rich. The economic security for the lowest masses of society is getting worse. Health care costs are skyrocketing for the disadvantaged lower 60% of the population. Increasing the limited access to technical and higher education due to increasing costs are hurting the same lower 60%. In other words, present and future opportunities for the greatest number of people in America are getting worse (Kobrak, 2002).

How is this done? The rich finance interest groups that push their narrow ego driven agendas with great success in influencing the Congress and the President. Directly and indirectly, the rich contribute heavily to all political candidates regardless of party affiliation. Every political candidate needs millions of dollars for each election campaign in their continuing bids to gain and keep power. They contribute indirectly through interest groups to help their candidates and they contribute potentially unlimited funds to other interest groups to campaign negatively against their political opponents (Kobrak, 2002).

The need for campaign money drives the perspective of the political candidate. During every week of a U.S. Senator's six-year term, the average senator must raise more than \$10,000 for his or her reelection campaign expenses. Thus, the process of raising money is almost never ending (Kobrak, 2002).

«Rent seeking» is when political leaders use their political and institutional power to extract money from the government for the benefit of particular target groups. This is the primary tool that the rich use to legally but unethically get richer. Rents provide no or very little benefits to the society, but they do help the rich get much richer (Kobrak, 2002).

They transfer significant wealth from the public to the private rich person or corporation. For example, the nation's political leaders legally allow timber companies to cut timber from public lands at a price significantly below market rates. The public loses the timber assets and the private timber companies make significant profits from the timber they often sell to Asian customers (Kobrak, 2002).

To illustrate the practice of rent seeking, let us pursue the timber example. Members of Congress on the Interior Committee and the Ways and Means Committee are responsible for legislation that permits private companies to harvest public timber below market rates. These members squeeze money from timber special interest groups by granting them lobbying «access», which really means legislative favoritism for the timber interests.

These legal bribes are the milk of politics that add up to hundreds of millions of campaign dollars. They provide a continuous source of financial support for the ever more demanding and costly political election campaigns. Campaign laws and practices legalize this form of political bribery.

The point here is simple. Implicit in the democratic process is the opportunity that elected leaders will sell their vote to the highest bidder regardless of the larger public interest. A close reading of the Federalist Papers points out that the founders of the US were aware of this particular problem (Matthews, 1995). To address it, they created a complex system of checks and balances to at least make the buying of «rent» more difficult. Unfortunately, their fears have nevertheless been realized.

We do not wish to imply that *any* democracy will find private interests buying legislative favors. Some countries such as the Netherlands appear to have escaped this form of corruption. However, it is a real problem in many democracies. In the case of the United States, the likelihood

of fixing the problem is unlikely. The last attempt at reform passed by the smallest margin and it only made the situation worse. Why would elected officials pass legislation that would make it more difficult to get money for their reelection?

*Just Make It Illegal.*

In Western culture, Immanuel Kant (1724-1804) developed the approach to ethics that is most commonly applied. Essentially, what ethical reformers do is to legalize deontological principles and call them laws and administrative rules. In addition, they create government bureaus and offices to enforce those rules.

The result is an ever-increasing set of laws and rules that require interpretation and typically are remarkably detailed. Thus, society needs professionals, like lawyers and accountants, to keep track of and apply those laws and rules. The result is rarely clarity but rather an atmosphere of always attempting to somehow circumvent or be an exception to the law or the rule in question.

What occurs is a whole new organization or even a new industry. For example, in movies and records, violence and explicit sexual behavior or language is inappropriate for children. To deal with the problem, the movie industry created a rating scheme. In reaction, artists try to push the definition of what is considered acceptable.

In a movie, they sometimes even add sexual content to their work in order to get the more provocative and therefore more marketable movie rating. Artists start playing to or against the censor rather than focus on how to best present the message through the art. What started as a good idea becomes a focus that is dysfunctional to the art itself as people try to apply or get around deontological rules.

Legalizing ethics only establishes a floor for moral behavior. Legalizing ethics does not create an aspiration to be more ethical and it does not encourage people to be their best. Rather, it sets a base floor for minimal behavior that focuses on the least attributes of humankind and forces our minds into the least common denominators. As a floor, it is at best only partially successful but it also fosters more and more exceptions that make Swiss cheese out of the original principle. As a floor, it keeps us focusing downward so that lifting our heads to look up and outward becomes more and more difficult (Devettere, 1998).

*A Floor with Holes.*

To say that ethics are dead in Western civilization is simply not accurate. For example, laws and rules do provide essential order in society. Governments do arrest criminals and punish them because of the existence of the rule of law. Importers and exporters do trade around the world to the benefit of those seeking cheaper goods and essential materi-

als. Scientists do bring us new innovations because there is a framework of laws and rules that work.

Although deontological (rule based) thinking requires logic and sometimes complex reasoning, society created groups to assist us deal with these ever more complex rules. As mentioned earlier, lawyers and accountants help citizens and others live and operate with those laws and rules in spite of their complexity.

Because some people in society act ethically only because of the very real possibility of a jail sentence or other personal cost to them for not acting ethically, these complex laws and rules are essential. With very simple logic and the help of their lawyer and accountant, many are kept from stealing and society works more effectively because laws are in place and the prosecution of the law works reasonably well.

Rules oriented ethics provide an ethical floor in society that essentially defines a minimum level of ethical behavior for society. The unfortunate problem is there are smart people who are always looking for ways to avoid this floor and they are often successful. One way to avoid the floor is to look for and find holes in that floor. Of course, the counter is to pass new legislation and make new rules to cover the holes. Thus, there is a continuous process of finding and covering holes.

As already noted, there is also a built in bias in that process that benefits the rich. If the hole benefits the rich, they can and do give legal bribes, in the form of campaign contributions, to encourage the elected officials to not remedy the problem. In many cases, they legally bribe the legislators to create holes that benefit them. If left only to mandated laws and rules, more intelligent thinkers will eventually find ways to circumvent or rationalize ways to ignore the rules in order to accomplish their ego driven agenda. Certainly, the U.S. Internal Revenue Code, with its many holes, illustrates this fact (Koback, 2002).

### *Three Step Solution.*

In a democracy in Western civilization, is there a solution to ethical problems like corruption? If society is to become more ethical, then society needs another approach to normative ethics beyond only Kantian ethics. Such an ethical system needs to have (1) a rule based floor, (2) use, when practical, consequential ethical thinking to take advantages of market forces to channel human behavior in more ethical directions, and (3) also encourage each person to achieve inner ethical development for themselves and society. In addition, such a system must have a strong awareness of the contemporary understanding of the human personality such as Maslow's Hierarchy of Needs and Kohlberg's Stages of Moral Development.

Creating an ethical floor is only a first step, but it is a very good first step, especially for Kohlberg's stage one and two moral developed thinkers. As stated earlier, stage one thinkers only act morally out of fear of punishment through using legalized ethical rules that provide the stick

of enforcement (Kohlberg, 1976). Nevertheless, we must have an awareness of the limitations of that floor, as it is just not sufficient for modern society. One important limitation is the continuous need for the maintenance of that floor.

A second step involves using market logic (Jeremy Bentham's Utilitarianism) to create positive ethical behavior following the suggestions of consequential ethical reformers. This is a weak step but in limited situations it can be successful. For example, a common government corruption problem is the need to pay officials merely to do their job in a timely manner. Often a bribe is needed to get them to act within a reasonable amount of time. A simple solution to this type of corruption is to create a fast track application process with the former bribe amount being the fast track fee and that fee goes to the government instead of into the corrupt official's pocket (Rose-Ackerman, 1999).

A third step is to encourage people to develop their own inner self as much as possible. This was the solution of Aristotle and we are suggesting that his reform ideas from more than 2000 years ago can and should be adapted to our current global world circumstances.

#### *Kant versus Aristotle.*

Western civilization today is primarily the world of Kant and not Aristotle. For Kant, one can be both good and stupid. For Aristotle, stupidity of a certain kind precludes any possibility of goodness. He argued that genuine practical intelligence requires a fundamental knowledge of the human *telos*, which is the end purpose of being human. A human cannot have practical knowledge unless he or she is also good (Aristotle, 1980). This means that a person must be able to know or perceive their individual «raison d'être» or reason for being before they can begin to apply any wisdom to their practical life experiences.

Aristotle tells us that we must think critically about what virtues you wish to have and then exert self-control to acquire them. Aristotle's virtue ethics creates in each person a flexible self-enforcing accountability that adapts to the individual's situation. If we think ethically more like Aristotle, then we could better use critical thought to help us create a flexible self-enforcing moral accountability within ourselves that is based on aspiration (Aristotle, 1980).

In the Kant western world, friendship is a private matter. In contrast, Aristotle's virtue ethics considers friendship as even more important than justice. Friendship is an affection arising out of common allegiance to a common pursuit of the good. The interrelation of friends that defines friendship for Kant is of secondary importance to Aristotle. In the Kant world of today, friendship is simply an emotive state. In contrast, Aristotle considered friendship a social and political relationship based on affection, a common allegiance, and a shared common pursuit of the good (Sahakian and Sahakian, 1993).

In a modern Aristotelian world, friendship, with its social and political relationship, would be global in scope. Friendships would be based on affection and connectedness with everyone else in the world. If we thought ethically more like Aristotle, global relationships would go beyond a «we versus them» mind-set to a «we are all one» mind-set.

Moral judgment is not necessary for the Kant law-abiding person, but it is an essential quality for the Aristotelian virtuous person. For Aristotle, virtue is the golden mean between two vices. That mean varies with the situation. Thus, to a person who applies virtue ethics, a distinct criterion to judge goodness does not make sense. For Kant, there is a distinct rule to judge goodness and the intellectual challenge is to decide which rule applies. Seeking a golden mean is nonsense to the person who is applying Kantian logic. If we thought ethically more like Aristotle, we would exercise more situational moral judgment rather than think in terms of applying rules (Sahakian and Sahakian, 1993).

For Kant, the social context is essential in deciding if a rule is viable. For Aristotle, the social context is essential in defining the *telos* — the end purpose — for virtue ethics. In Aristotle's time, that social context was the polis with its bond of a shared community. With the virtue ethics of our time, the social context is global with its bond created by an increasingly interrelated worldwide community (Devettere, 1998).

This worldwide agreement on *telos* for a global virtue ethics is possible because there is a common overlapping wisdom literature (e.g., Proverbs) found in all of the world's religious traditions. This common message embodies a shared recognition of and pursuit of an essential and primary good (Lynch and Lynch, 1998). This good can serve as humankind's fundamental agreement.

*Wanted: Advocates for Virtue Ethics.*

Some new groups need to pick-up the mantle of ethical leadership in the Western world, which is currently carried by lawyers, accountants, and economists. Certainly, the concepts of Kant and Bentham, as advocated and used by those groups, are useful in our society. We believe that virtue ethics is also useful and even important. However, global virtue ethics needs advocates. Clearly, one ideal group to carry the banner into the society is the art community. Other groups include religious institutions and school systems.

Although there are three ways to define virtue, the virtue ethics that I am talking about is the one advocated by Aristotle, Jesus, Mohammed, Buddha, and others. In comparison, Homer defined virtue as a quality, which enables an individual to discharge his or her social role in society. In this version, virtue is a means for exhibiting excellence in some well-marked area of social practice. For Homer, Achilles exhibited virtue in his excellence at war and Penelope exhibited excellence in her ability to sustain the household in the most difficult of circumstances (MacIntyre, 1997).

Benjamin Franklin defined virtue as a means-end relationship with virtue being the means and the relationship being external to the person. To him the *telos* of the virtue ethics is happiness as defined by Bentham. As Franklin's life demonstrated, being virtuous does create external rewards for virtuous people. To Aristotle, such rewards are not sought and are not expected. To Franklin, they are the very reason for being virtuous (MacIntyre, 1997).

The virtue of Aristotle is internal to each person and has nothing to do with prosperity or goods as Bentham defined them. Aristotle's virtue meant merely living a good life by being all that the person could be. It is about maximizing the best of humanness within the inner being. Such a life has an inner reward and that is sufficient. To Aristotle, that was the life worthy of being lived. Any external reward is only significant in that it may help others understand or recognize what a virtuous life is.

The virtues of virtue ethics are only a means to the more important *telos*. The world, as noted by Bentham, is an ego driven society consisting of hedonists with their «me, my, mine» mind-set. If more people developed authentic virtues, then they would create an alternative society based on what Jesus called a Kingdom of God mind-set involving the improvement of their inner self. If those same people applied their natural and authentic virtues to the world around them, then they would export that Kingdom of God to the world and we would all be the better for it.

Aristotle made the point that virtue ethics was something that society needed to teach constantly from cradle to grave. In modern Western societies where the family unit is no longer able to be the primary source of teaching virtue to the young, the art community especially but also religious institutions and the schools are ideal surrogate places to do just that. In most cultures, the art community is omnipresent in television, radio, stage plays, billboards, advertising, rap, music, books, poems, paintings, and so on. Thus, the arts can continually teach and encourage each of us to learn and apply virtue ethics in our lives. Certainly, religious institutions are important to many families. Educational institutions are critical for at least 15 to 25 years of our lives and with continuing education important possibly to the end of our lives. Each group can greatly help in bringing virtue ethics to the larger society.

### *Conclusion.*

Rule based thinking gives society a baseline for ethical reasoning. It is especially useful for people who are at the early stages of moral development because it permits, at least, a minimum level of civilization. However, we need to go beyond a minimum level of civilization in this increasingly global society. Going beyond is where the art community, religious, and education institutions become important. Lawyers do law and mic making. Economics do consequential thinking that can help us design market oriented processes that facilitate moral behavior. However, the art community, educators, and religious institutions are among the ones that can and must help each person develop his or her inner self.

## References.

- ARISTOTLE, *The Nicomachean Ethics*. Oxford, England: Oxford University Press, 1980.
- CAIDEN, GERALD E., O. P. DWIVEDI, and JOSEPH JABBRA, *Where Corruption Lives*. Kumarian Press: Bloomfield, CN, 2001.
- DEVETTERE, RAYMOND J., *Introduction to Virtue Ethics: Insights of the Ancient Greeks*. Washington, D.C., Georgetown University Press, 1998.
- JACKSON, JULIUS, *A Guided Tour of John Stuart Mill's Utilitarianism*. London: Mayfield Publishing Company, 1993.
- KANT, IMMANUEL, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge, England: Cambridge Press, 1997.
- KOBRAK, PETER, *Cozy Politics: Political Parties, Campaign Finance, and Compromised Governance*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2002.
- KOHLBERG, LAWRENCE, «Moral Stages and Moralization: The Cognitive Developmental Approach». In Thomas Lockona (ed.) *Moral Development and Behavior: theory, Research and Social Issues* (pp. 31-53). New York: Holt, Rinehart and Winston, 1976.
- LYNCH, THOMAS D. and CYNTHIA E. LYNCH, «Appleby, Democratic Morality, and a Worldwide Public Administration Code of Ethics». In P.L. SANJEEV REDDY, JAIDEEP SINGH, and R.K. TIWARI (eds.), *Democracy, Governance and Globalization: Essays in Honour of Paul H. Appleby*. (pp. 93-141) Indian Institute of Public Administration, 2004.
- LYNCH, THOMAS D. and CYNTHIA E. LYNCH, *The Word of the Light*. Seattle: Hara Publishing, 1998.
- MACKIE, J.L., *Ethics: Inventing Right and Wrong*. London: Penguin Books, 1977.
- MACLNTYRE, ALASDAIR, *After Virtue: A Study in Moral Theory*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1997.
- MASLOW, ABRAHAM, *Motivation and Personality*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Harper and Row, 1970.
- MATTHEWS, RICHARD K., *If Men Were Angels: James Madison, and the Heartless Empire of Reason*. University of Kansas Press. 1995.
- NEWTON, LISA H., *Ethics in America*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1989.
- PAYNE, PIERRE S.R., *The Corrupt Society: From Ancient Greece to Present-Day America*. New York: Praeger, 1975.
- ROACH, GESHE MICHAEL, *Diamond Cutter: The Buddha on Managing Your Business and Your Life*. New York: Doubleday, 2003.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. New York, Cambridge University Press, 1999.
- SAHAKIAN, WILLIAM S. and MABEL LEWIS SAHAKIAN, *Ideas of the Great Philosophers*. New York, Barnes and Noble, 1993.
- SHERMAN, NANCY, *Making a Necessity of Virtue*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1997.
- WEBSTER, *Merriam Collegiate Dictionary* 10<sup>th</sup> Edition. Springfield MA, 1998.





ODETTE RAMSINGH and SQUIRE MAHLANGU

**THE SIGNIFICANCE OF LAWS AND CODES FOR BETTER ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND CONDUCT BY OFFICIALS: A SOUTH AFRICAN PERSPECTIVE (\*)**

*Abstract*

*This paper discusses the importance of laws and codes for better administrative procedure and conduct by officials. It asserts that the creation of a value driven, transparent and accountable Public Service underscored by professional ethics is dependent on a defined regime of policy, institutional, governance and management structures and processes. It emphasizes the importance of a clearly defined structure to determine things like loyalty and commitment, work ethic and risk sensitivity within an organization, and argues that within a changing environment in order to get this culture, there is a need for codes and regulations to guide actions. Such examination is through the lens of the Public Service Commission, a body responsible for oversight of Public Administration in the South African Public Service and who through its work has monitored and evaluated the effectiveness of laws and codes in bringing about a transformed Public Service.*

*Introduction.*

The 1994 democratic elections ushered in a new order for a new South Africa. Prior to 1994, the South African Public Service was driven by a bureaucracy shrouded in secrets and hidden agendas. It was characterized by unequal treatment and unequal distribution of resources and services. The advent of democracy in South Africa promised to change this approach and to ensure that the lives of ordinary South Africans are improved. However, with the advent of democracy came greater responsibility and accountability on a nation.

The South African Constitution (1) is generally hailed as one of the most progressive in the world. Enshrined within the Constitution is the Bill of Rights that espouses the principles of equality, human dignity, just administrative action, amongst other things. The self lame Constitution requires public administration to be governed by democratic values and

---

(\*) Relazione alla 3<sup>rd</sup> Regional International Conference, I.I.S.A., Monterrey (Mexico, 16-20 luglio 2006).

(1) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996.

principles. These values and principles on public administration «set a very high and demanding standard»(2). With the enactment of the Constitution, the foundation for the fulfillment of the promise to ordinary South Africans was well laid. The challenge was going to be on how to practicalize this promise and how to implement it to make the difference in the lives of the citizenry. Key to this was bringing about a democratic society with a strong human rights based culture and a Public Service, comprising of public servants, responsive to the needs of its people. Little was the young South African democracy able to appreciate the complexity of the task ahead, and many still stand in admiration of the determination, passion and resilience with which the daunting task was tackled.

A key characteristic of a developmental state is its commitment to accountability and its ability to operate in a transparent manner. However, the notion of accountability and transparency do not happen in a vacuum. It requires that public servants and their actions be held answerable to the public for the achievement of service delivery objectives and proper utilization of resources. As demands on the Public Service increase, the ability to be responsive to these demands is highly influenced by the extent to which the voice of the public is heard.

This paper will discuss the importance of laws and codes within the context of the change management process undertaken in South Africa. There are many imperatives for this change, but focus will be on inculcating an ethical culture, building a transparent and accountable Public Service, and creating a culture of public participation. This paper will assert that the creation of a value driven, transparent and accountable Public Service underscored by professional ethics is dependent on a defined regime of policy, institutional, governance and management structures and processes. It emphasizes the importance of a clearly defined structure to determine things like loyalty and commitment, work ethic and risk sensitivity within an organization. The paper will argue strongly that within a changing environment in order to get this culture, there is a need for codes and regulations to guide actions. Arguably as the culture within the organization gets stronger the need for policy manuals or detailed procedures and rules become less. The size of the Public Service, however, militates against such view.

Considering that nothing existed prior to 1994, a fairly comprehensive legislative and regulatory framework has been put in place to regulate ethical conduct, promote a transparent and accountable Public Service and promote public participation to ensure that the needs of the citizens are responded to. However, the test of a successful framework is usually in its application and management. The Public Service Commission (PSC), an independent statutory body with oversight over the public administration, has played a pivotal role in assisting the Public Service to monitor and evaluate how effectively laws and codes have been implemented to bring about a transformed Public Service. Not surprising, the role of the PSC,

---

(2) PSC 2002, p. 33.

in monitoring and evaluating the effectiveness of laws and codes in bringing about this transformation will be given specific attention.

*Laying the foundations for conduct, transparency and accountability.*

As Machiavelli said: « There is nothing more difficult to take in hand, more perilous to conduct, or more uncertain in its success than to take a lead in introducing a new order of things ».

During the Apartheid dispensation the Public Service functioned within an over-centralised, hierarchical and rule-bound system. This made it difficult to hold individuals accountable because decision-making was diffused, focus was placed on inputs rather than on outcomes and inward-looking, inflexible attitudes which were at odds with the vision of a Public Service whose highest aim is service to the people were encouraged. Many of these outdated systems and practices underwent major legislative and regulatory reforms (3).

The period post 1994 witnessed a clear commitment to a break from past public administrative practices to a new management philosophy that placed people at its center. This new paradigm also placed a huge responsibility on public managers to drive the transformation agenda of government. Beginning with the Constitution and the White Paper on Transformation (4) much was done in respect of policy and legislation to outline a vision for change. However, the greater challenge was whether public servants would be imbued with an ethos, which put people first. The change had to be inclusive and people based. Political stability and economic achievements will be undermined undone «if poverty and inequality are not addressed and their effects mitigated by accelerated delivery» (Kraak: viii) (5). In a sense this paper tries to understand the extent to which the law and codes helped public servants understand this bigger picture and how as policy makers and implementers their duty is to a higher calling rather than just «pen-pushers and guardians of rubber stamps» (6).

The Constitution forms the cornerstone for the type of Public Service required. The Constitution (7), 1996, states that public administration should, amongst others, adhere to the following principles:

- A high standard of professional ethics must be promoted and maintained.
- Efficient, economic and effective use of resources must be promoted.

---

(3) White Paper on Transforming Public Service Delivery (Batho Pele White Paper). 1997.

(4) White Paper on Transforming Public Service Delivery (Batho Pele White Paper). 1997.

(5) KRAAK, G., *Development Update. Election 1999: Where have we come from. A balance sheet of the political transition.*

(6) THABO MBEKI, *State of the Nation Address of the President of South Africa*, Houses of Parliament, Cape Town, 6 February 2004.

(7) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996.

- Public administration must be development-oriented.
- Services must be provided impartially, fairly, equitably and without bias.
- People's needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policymaking.
- Public administration must be accountable.
- Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information.
- Good human-resource management and career-development practices, to maximize human potential, must be cultivated.
- Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness, and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation.

The PSC in accordance with the Constitution, 1996, and the Public Service Commission Act, 1997, ensures that the South African government is faithful to these principles. A key focus of this paper is four of the democratic values and principles, namely, the principles that « a high standard of professional ethics must be promoted and maintained », « public administration must be accountable » and that « transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information ». Over and above these principles, the Constitution also calls for public participation by providing that « people's needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policy-making » (8).

Given the constitutional imperative of accountability and transparency, these became the official policy of the Republic of South Africa. Such rights and obligations within the context of accountability and transparency include the rights to access of information and for just administration. The South African Parliament has passed acts, which ensure accountability and compel access to administrative documents and the provision of reasons for administrative decisions. Such rights and obligations are expressed in the Public Management Finance Act, Promotion of Access to Information Act, 2002, Promotion of Administrative Justice Act No.3 of 2000 and Protected Disclosures Act, 2002. Regulations and codes, such as the Code of Conduct for the Public Service and the Financial Disclosure Framework as contained in the Public Service Regulations (9) have also been passed. These are among the many laws and codes which give effect to the constitutional imperatives of accountability as well as access to information held by the State.

This paper will briefly examine the legislation and codes that furnish the backbone of the transformation into administrative procedure and conduct before exploring the effectiveness of these in bringing about a transformed Public Service.

---

(8) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996, section 195.

(9) Public Service Regulations, 2001.

<i>Legislation/Regulation/Code</i>	<i>Brief outline of legislation/regulation/code</i>
The Constitution, 1996	Chapter 2 provides a Bill of Rights. In terms of sections 32 and 33 provision is made for the right to access of information and for just administration (10).
The Promotion of Access to Information Act, Act no 2 of 2000	This Act 2000 came into force on 9 March 2001. The objectives of this Act are, amongst others: <ul style="list-style-type: none"> <li>• to give effect to the Constitutional Right to Access Information held by the State and another person that is required for the exercise or protection of rights,</li> <li>• to give effect to that Right subject to justifiable limitations, and</li> <li>• to establish voluntary and mandatory mechanisms or procedures to give effect to that right in a manner which enables persons to obtain access to records of public and private as swiftly, inexpensively and effortlessly as reasonably as possible (11).</li> </ul> The significance of the Act lies in the fact that both the public and private sector must ensure that they keep adequate records. Record keeping from a public sector perspective is normal bureaucratic practice. However, from the private sector's perspective, obligatory record keeping especially in the South African context is something new.
Promotion of Administrative Justice Act, Act no. 3 of 2000 (PAJA)	The PAJA ensures procedurally fair administrative actions, giving people the right to request reasons for administrative actions and decisions to have such actions reviewed in court. It is an extremely challenging piece of legislation, which requires that procedures followed to take administrative actions be clearly stated and that affected people be given notice of their right to review or appeal decisions, as well as be provided with the reasons why decisions were made. Provides for the review of administrative action by a court, or where appropriate an independent and impartial tribunal promotes efficient administration. Creates a culture of accountability openness and transparency in the public administration or in the exercise of a public power or the performance of a public function by giving effect to the right to just administrative action.
The Protected Disclosures Act, Act 26 of 2000	The Protected Disclosures Act makes provision for procedures to allow and assist employees in both the private and public sector to raise concerns about the unlawful or irregular conduct of their employers or co-workers. Various types of information disclosures are highlighted in the Act, including suspicion of criminal offences.
Public Service Act, Act no. 103 of 1994	The Public Service Act, 1994 sets out the framework of authority within which public administration is managed. It assigns specific powers to the President, premiers, ministers and heads of departments regarding the organization of the Public Service, appointment, transfer and all other conditions of service of public servants. In particular, however, it provides for the issuing of Regulations by the Minister for Public Service and Administration. These Regulations contains measures to guide administrative and human resource management decision making.
The Public Service Regulations (PSR), 2001	<i>Code of Conduct for the Public Service</i> The Code of Conduct, which is contained in Chapter 2 of the PSR (12) acts as a guideline to employees as to what is expected of them from an ethical point of view. Compliance with the Code should enhance professionalism and help to ensure confidence in the Public Service.

(10) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996.

(11) Promotion to Access to Information Act 2000, section 9.

(12) Public Service Regulations, 2001.

<i>Legislation/Regulation/Code</i>	<i>Brief outline of legislation/regulation/code</i>
	<p>The primary purpose of the Code is a positive one, viz. to promote exemplary conduct. Notwithstanding this, an employee shall be guilty of misconduct, and may be dealt with in accordance with the Disciplinary Code and Procedures for the Public Service<sup>(13)</sup> if she or he contravenes any provision of the Code of Conduct or fails to comply with any provision thereof.</p> <p>The areas covered by the Code deal with the relationship of public servants with the legislature and executive, their relationship with the public and fellow employees and the performance of their duties. The code of conduct is enforceable as a result of it being part of the regulations.</p> <p><i>Financial Disclosure Framework</i></p> <p>The second area of relevance covered by the PSR is contained in Chapter 3, namely a Financial Disclosure Framework for Senior Managers in the Public Service, which stipulates that all senior managers in the Public Service have to disclose their financial interests on an annual basis.</p> <p>Regulations were put in place for the management of the Financial Disclosure Framework. These Regulations were published in Government Gazette No. 22308 of 25 May 2001. In terms of the Regulations the PSC was given a critical role with regard to the management of the Financial Disclosure Framework and in particular, to identify areas of conflicts of interest.</p>

Over and above the legislation directly referred to above, there are other institutions and prevailing legislation in the South African Public Service. State institutions supporting democracy are the custodians of certain policies and procedures that must be observed by the South African Public Service. These are, among others, the Public Protector, the Human Rights Commission, Electoral Commission and the Auditor-General. These institutions are independent and subject only to the Constitution and the law and they must be impartial and exercise their powers and perform their functions without fear, favour or prejudice.

The Public Protector has powers to investigate any conduct in state affairs or in the public administration in any sphere of government that is alleged or suspected to be improper. The Human Rights Commission ensures respect for human rights by all and promotes the protection, development and attainment of human rights. The Electoral Commission manages elections of national, provincial and municipal legislative bodies in accordance with national legislation and ensures that elections are free and fair. The Auditor-General audits and reports on the account, financial statements and financial management of state institutions. The latter ensures that financial laws, the Public Finance Management Act, Act No. 1 of 1999 and Treasury regulations are observed.

---

(13) Disciplinary Code and Procedures for the Public Service: Public Service Co-ordinating Bargaining Council Resolution 2 of 2003.

Other legislation that impacts on transparency and accountability are the Prevention and Combating of Corrupt Activities Act, Act No. 12 of 2004, which equips South Africa's anti-corruption agencies with a tool that could effectively be used as both a punitive instrument for offender and a deterrent for those contemplating corruption, the Financial Intelligence Centre Act, Act No. 38 of 2001, which establishes a Financial Intelligence Centre and a Money Laundering Advisory Council in order to combat money laundering activities and to impose certain duties on institutions and other persons who might be used for money laundering purposes, and the Municipal Finance Management Act, Act 56 of 2003. The object of this Act is to secure sound management of the financial affairs of municipalities by establishing requirements for transparency and accountability in the financial affairs of municipalities.

South Africa has also subscribed to regional and international conventions such as the United Nations Convention against Corruption, the Southern African Development Community (SADC) Protocol Against Corruption and the African Union Convention of Preventing and Combating Corruption to ensure that its policies and practices can be benchmarked against international practice.

#### *Role of legislation in building an accountable and transparent public service.*

Accountability is broadly defined as the ability to call public officials, private employers, or service providers to account, requiring that they be answerable for their policies, actions, and use of funds (14). The reform of public services is normally about the improvement of services for its customers. Citizens expect more than just low cost services, and pressures for change are constant. In South Africa, the pressures to deliver on the commitments made to render services, such as housing and free electricity means that the relative cost of public services will rise. The public is becoming more demanding, and it is a global trend that public services are having challenging times keeping up with the pace with the rising expectations of the public. Usual responses to these challenges are insufficient resources and conflicting priorities. While there is validity to this «research has shown in general that the correlation between increased public expenditure and actual outcomes or improvements in service delivery is weak» (15). However, according to World Bank Research by Filmer, Hammer and Pritchett this weakness in expenditure and development outcomes really points to a more fundamental issue of lack of «voice» and «accountability» for the citizens. There are thus good reasons to consider how some aspects of public administration, such as accountability and transparency, should influence reform efforts in the fu-

---

(14) <http://www.worldbank.org>. Empowerment and Poverty Reduction Sourcebook, Worldbank, 2002.

(15) FILMER, D. HAMMER, J.S., and PRITCHETT, L. (2002), *Weak links in the Chain: A Diagnosis of Health Policy in Poor Counties*, World Bank Research Observer 15(2).



ture. The role of government is to set the legislation, regulate outcomes and standards which public services need to achieve within a framework of clear accountability. Government must ensure that public institutions have delegated management and regulatory powers and that they exercise these powers within the context of accountability.

While it is important that the Public Service hold civil servants and holders of public office accountable, just as important is that they have legislation and mechanisms through which they can exercise this civic duty. When considering the principle «that public administration must be accountable» the linkage with the principle on transparency is most obvious. To give effect to the principles of transparency and accountability the South African Public Service has primary pieces of legislation, i.e., the Constitution, 1996, the Promotion of Access to Information Act No. 2 of 2000 (PAIA) and the Promotion of Administrative Justice Act No. 3 of 2000 (PAJA). Such acts place the Public Service under obligation to operate in an accountable and transparent manner, as they primarily provide for access to information held by the State and the right to request for administrative actions and decisions, respectively.

The question that arises is whether such legislation has made the Public Service more accountable and transparent. However, the fundamental constitutional principles are interlinked. Lack of compliance or progress on any of the principles undermines compliance and progress on others. So, whenever one of the principles is considered it must be within the context of the others. The research, monitoring and evaluation work of the PSC helps to respond to this question. Such an opinion is made in an annual State of the Public Service Report, which is primarily based on its transversal monitoring and evaluation system (M&E) with specific indicators for each of the ten Constitutional Principles on Public Administration.

By and large the PSC concludes that a comprehensive and sound legal framework has been established in South Africa to facilitate accountability and transparency in the Public Service, and has done much to advance these principles in the South African Public Service. The Medium Term Expenditure Framework (MTEF), introduced in 1998, serves as part of a firm regulatory base that buttresses financial accountability. The MTEF is essentially a planning tool enabling departments to project the cost of existing policies over the medium term and to plan for the incorporation of new policies over a longer period than the immediate upcoming fiscal year. The Public Finance Management Act, Act 1 of 1999 (PFMA), enables public sector managers to manage, but at the same time be more accountable. It ensures timely provision of quality information through, among others, the tabling of multi-year budget projections. In terms of the provisions of the PFMA read with the Treasury Regulations (16), departments are compelled to report finalized financial misconduct cases to,

---

(16) Treasury Regulations for departments, trading entities, constitutional institutions and public entities, 2002.

amongst others, the PSC. Such information further assists public scrutiny and monitoring of financial misconduct. From an accountability perspective public servants account through proper performance and risk management systems on the levels of performance and compliance with legislative prescripts, and account to the public by explaining their decisions when called upon to do so.

Having regard for the various regulations and guidelines on performance management systems to annual reports, among others, there must be an appreciation of how these have assisted the progression to improved administrative practices. Where initially the PSC witnessed highly descriptive activities in annual reports which merely amounted to public relations exercises, Treasury guidelines has ensured that these reports are developed in a way that promotes transparency around departmental operations and performance against predetermined objectives. Clearly, these annual reports as key public documents, have enhanced transparency. In addition, the performance management of Heads of Department and Directors-General helps to clarify responsibilities and performance expectations and helps to create a sound basis for administrative decisions. The PSC has developed a systematic framework for the evaluation of this key leadership level. It has been almost five years since the framework has been in operation, and it has been able to assess performance and assist in identifying the quality of leadership in the Public Service. Again such guidelines serve as a strategic mechanism for accountability and development. Human resource management is another area where the Public Service has introduced steps to ensure transformation, effectiveness and efficiency. Powers have been devolved to Executing Authorities to decide on a wide spectrum of human resource management practices.

Further enhancing transparency and accountability, the South African Government has taken a bold initiative by placing on an annual basis its programme of action for that year on its web-site (17). The programme of action is divided according to clusters according to which Cabinet and Departments function. This programme identifies clear actions assigned to departments or clusters of departments, time-frames for completion and a status report on progress. The programme of action is updated on a quarterly basis and is available to everybody with internet access. A measure of the Government's commitment to transparency is the fact that the media frequently uses the programme of action as basis for criticism. Despite this fact Government does not shy away from providing factual information on the progress with its activities. Government is also in the process of developing a Government Wide Monitoring and Evaluation System which aims to provide accurate and reliable information on all government institutions. This will be a high level system that draws on existing transversal systems to provide performance information (qualitative and quantitative) to a range of users. In assisting the development

---

(17) [www.psc.gov.za](http://www.psc.gov.za).

of this system, the PSC has already conducted an audit of all existing M&E systems in the Public Service.

This does not suggest that there are no challenges. Departments continue to set over-ambitious targets, with too many objectives and often fail to achieve their intended outcomes. While the Public Service is starting to overcome its difficulties in spending its funds, many departments are not achieving some of their strategic objectives. The PSC through its various reviews and investigations recognizes that much has been done at a policy level to ensure human resource management accountability, but that there remains room for improvement(18). In a study conducted by the Open Democracy Advice Centre (ODAC)(19) to assess how departments demonstrate adherence to the principle of transparency it was found that implementation of Access to Information Act remains a challenge on both the international and South African level. Primarily it showed that a gap existed between policy and implementation in terms of how accessible departments are in practice by providing timely and accurate information. Such results indicate that a lot more effort must be made to build capacity to actually implement PAIA. A Joint Monitoring and Evaluation (M&E) Task Team, which included representatives of the PSC, reviewed the ability of the Public Service to implement the PAJA. The exercise revealed a vague understanding and awareness of PAJA, and that its implementation is not adequately addressed by government departments. There did however seem to be a discernable desire and intention to make administrative actions fair and just, legislation had not made a notable impact on administrative practices. A key finding was that the Public Service had a definite need for manuals and guidelines aligned to the requirements of PAJA that prescribe procedures, identify where decisions are made and that help minimize deviations from specific processes.

If legislation such as the PAIA and PAJA did not exist, and release of information and provision of reasons were left to the discretion of the public servant, it is easy to hazard a guess that the situation could be much worse.

#### *Codifying values for public servants and building integrity in the South African Public Service.*

Given the kind of Public Service that was inherited from the Apartheid regime, building a Public Service with round integrity and solid professional ethics was not going to be easy. It required a comprehensive and legislative infrastructural framework to be put in place by government, and operationalised with the involvement of all spheres of society.

---

(18) Public Service Commission: Draft State of the Public Service Report, 2006.

(19) Open Democracy Advice Centre. *South Africa Summy Country Report: Open Society Institute Justice Initiative 2004 Monitoring Study*. September 2005 (See [www.opendemocracy.org.za](http://www.opendemocracy.org.za)).

Historically, ethics is based on individual perceptions and social conditioning through family and/or religious and other philosophical persuasions. The word «ethics» has its origins in Greek mythology with reference to the word *ethos* which refers to the spirit of a community and how they work together for their own and the common good. In essence, the word «ethics» has come to refer to rules or principles that distinguish right from wrong and good from bad. Ethics revolves around three central concepts: «self», «good» and «other». Essentially ethical behaviour results when one does not merely consider what is good for oneself, but all considers what is good for others (Gortner: 1991) (20).

However, professional ethics, refers to the principles and standards that underlie one's responsibilities and conduct in a particular field of expertise (profession) (21). This definition exemplifies the fact that special norms and principles governing a profession override individual rights and other moral principles. This is important because individual norms and standards are relative and have no place in any institution that needs special norms and principles adhered to by everyone for its long term sustainability. Such institutionalized values are the only ethical binding mechanism to achieve a common ethical framework within which to achieve the goals of an institution.

Within the South African context the values of professional ethics in the Public Service is informed by the Constitution, Code of Conduct (22) and other legal prescripts and regulations. A significant approach of the PSC in promoting professional ethics has not just been about making the Public Service corruption resistant but also about promoting a work ethos where a public servant who is confronted by an ethical dilemma is guided by ethical considerations that are in the interest of the public.

The Code of Conduct for public servants, issued in 1997, has laid a basis for an ethics infrastructure and achieving a culture of good governance. It is an important guideline against which the conduct of public servants is measured and held accountable. Much emphasis has been placed on extensive training and promotion of the Code, primarily carried out by the PSC. To further popularise the Code, an Explanatory Manual (23) was issued in 2003, and it was also translated into all official languages. Interestingly though recent research conducted by the PSC belies the argument that you need less policy manuals and detailed procedures when the culture within the organization gets stronger. The research suggests that the Code became more compliance based with clear sanctions built in for non-compliance (24). Notwithstanding this, the Code has demonstrated the ability to cultivate essential values among Public Servants. Sig-

---

(20) GORTNER, W.E.: *Professional Ethics in Contemporary Society*, 1991.

(21) Definition from [www.sociologycommission.org/docs/GLOSSARY.htm](http://www.sociologycommission.org/docs/GLOSSARY.htm).

(22) Public Service Regulations, 2001, Chapter 2

(23) Explanatory Manual on the Code of Conduct for the Public Service, Public Service Commission, 2002.

(24) Report on Measuring the Efficacy of the Code of Conduct for Public Servants, Public Service Commission, 2006.

nificant to the South African approach has been its strategic partnership with the private sector and civil society in its approach to professional ethics. Such partnership has culminated in the establishment of a National Anti-Corruption Forum (NACF) where the three sectors work collectively to drive a joint national anti-corruption strategy.

Girding these values requires some element of compliance. Otherwise, how else will one recognize the extent of inculcation and the effects of such Codes. A good example proving this is the requirement from senior public managers in South Africa to disclose their financial interests. This financial disclosure framework of senior managers is managed by the PSC. The key objectives are to promote integrity, transparency and to avoid potential conflicts of interest. Despite initial teething problems with compliance, generally speaking 70% of senior managers have submitted their declarations for the financial year 2004/2005 (25), and this figure continues to rise. This serves to demonstrate how regulations not only bring an awareness to integrity, but introduce practice that becomes the norm and underscores an integrity framework.

*Building a culture of public participation.*

Giving attention to the needs of the populace, and addressing poverty and inequality, is paramount. President Mbeki in his inaugural speech argued that «when the poor arise», it would be against those with means (26). However, the manner and the process that must be engaged are vital.

Critical to the rapid progress and further development of the values and principles espoused by public administration in modern societies is the concept of participation both in terms of the public servants themselves and the users of public administration. This has resulted in what Braibant calls «participative administration» (27). Participation, consultation, negotiation, contract and social dialogue have become the key words of modern governments.

The Batho Pele White Paper on Transforming Public Service Delivery states that «a transformed South African Public Service will be judged by one criterion above all: its effectiveness in delivering services which meet the basic needs of all South African citizens. Improving service delivery is therefore the ultimate goal of the Public Service transformation programme. The Public Services are not a privilege in a civilized and democratic society: they are legitimate expectation». Therefore, the Batho Pele White Paper seeks to introduce a customer-oriented approach that puts the people first. To increase access therefore requires that service delivery

---

(25) Public Service Commission: Draft State of the Public Service Report, 2006.

(26) KRAAK, G., *Development Update. Election 1999: Where have we come from. A balance sheet of the political transition.*

(27) BRAIBANT, G., *The part and future of Public Administration.*

programmes should specifically address the need to progressively remove all barriers to access services.

The White Paper specifically requires departments and provincial administrations to transform and improve their public service delivery in terms of the following eight service delivery principles:

- *Consultation*. Citizens must be consulted about the level and quality of the services they receive and where possible be given a choice as these services.

- *Service standards*. Citizens should be told what level and quality of public services they would receive so that they are aware what to expect.

- *Access*. All citizens should have equal access to the services to which they are entitled.

- *Courtesy*. Citizens should be treated with courtesy and consideration.

- *Information*. Citizens should be given full, accurate information about the Public Service they are entitled to receive.

- *Openness and transparency*. Citizens should be told how national and provincial departments are run, how much they cost, and who is in charge.

- *Redress*. If the promised standard of service is not delivered, citizens should be offered an apology, a full explanation, and a speedy and effective remedy; and when complaints are made, citizens should receive a sympathetic, positive response.

- *Value for money*. Public Services should be provided economically and efficiently in order to give citizens the best possible value for money (White Paper on Transforming Public Service Delivery, 1997) (28).

The above Batho Pele White Paper principles provide a practical implementation strategy for the more efficient, effective and equitable provision of Public Services. They receive their legal basis from the nine constitutional principles and reinforce the guidance to Public Service in its operations and activities, and the interlinking of the principles. For example the Batho Pele principle of access that provides the undertaking that «all citizens will have equal access to the services to which they are entitled» (29), has clear links with the four constitutional principles highlighted in the introduction of this paper:

- A high standard of professional ethics must be promoted and maintained.

- Public Administration must be accountable.

- Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information.

- People's needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policy-making.

---

(28) White Paper on Transforming Public Service Delivery (Batho Pele White Paper), 1997.

(29) White Paper on Transforming Public Service Delivery (Batho Pele White Paper), 1997.

Public servants have two major responsibilities in the context of Batho Pele. They must internalize Batho Pele to truly practice it. But if they are to be accountable, they need to make sure that citizens know and understand the concept of Batho Pele. It is argued that when citizens are bound with this knowledge they will insist that they are put first by public servants. Empowering citizens to be vigilance will accelerate this culture. Steven Friedman argues that «Batho Pele is likely to be most effective if it becomes a widely recognized invitation citizen involvement» (30). To be just a message inside government and the Public Service circles loses the true meaning of the Batho Pele vision. Again legislation, regulations and codes put parameters in place, but these need to be actioned.

This White Paper reinforces the constitutional principle of public participation. The PSC has not only evaluated the application of this principle, but has assisted in the development of a participatory mechanism to action public participation. The Citizen's Forums developed and convened by the PSC is an example where citizens can participate in assessing the service delivered by government, and offer practical suggestions for improvement. Despite such innovation, the extent of public participation is uneven. A strong argument for such unevenness could well be the fact that there is no policy or regulation to guide public participation. As a result one does not witness a structured approach. The PSC has strongly recommended the need for guidelines to ensure public participation (31).

#### *Concluding remarks.*

South Africa as a country has made great strides to emerge from a history shrouded with secrets and hidden agendas to one which lies open to scrutiny both from an international and national perspective. Apart from the will of its people, the 1994 government put in place legislation and codes that form the backbone of the transformation of the Public Service. In this paper key focus has been placed on four particular principles espoused in the Constitution, namely a «high standard of professional ethics must be promoted and maintained», «public administration must be accountable», «transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information» and «people's needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policy-making». While acknowledging the interlocking of the principles, it shows how these principles as part of the Supreme law of the land, have influenced legislative and regulatory reform. The paper attempted to trace, through the work of the PSC, the legislative significance of these principles in transforming the South African Public Service. It does not however ignore the challenges that remain. Key of which is im-

---

(30) FRIEDMAN STEVEN. 2004. *Popular Participation and engagement for effective service delivery: A reflection*, in *The Service Delivery Review*. 2004. Volume 3. No. 1.

(31) Public Service Commission: State of the Public Service Report, 2004.

plementation and lack of rights by the majority of South Africans. Rather, its assertion is that the identified gaps and shortcomings that exist are largely possible because they are assessed against the objectives of existing laws and codes.

Arguably the South African Public Service has become more accountable, transparent and responsive because of existing laws and codes. Likewise, Public Servants understand the behaviour expected of them and the consequences of breaches. Examples abound in the South African context, some of which are reflected in this paper, of the promotion and operationalisation of the constitutional principles. They are the bedrock of the Public Service, and its operations must be guided by these core principles. The Code of Conduct for the Public Service demonstrating the ability to cultivate essential values among Public Servants is but one example of operationalising the constitutional principle of promoting a high standard of professional ethics in the Public Service. However, laws and codes on their own are never adequate. Nor will it be feasible to write laws and codes of conduct for every situation. However, the very act of preparing an Act/Policy/Protocol provides public servants with legal boundaries for their actions and propels changes in behaviour. This paper has demonstrated that to test their effectiveness requires application, implementation and what goes without saying, the necessary will from the various actors.

South Africa comes out of a history where the rule of law was perverted by Apartheid. The rule of law is therefore of paramount importance especially as this is intended to ensure that citizens are not subject to the whims (arbitrary exercise of power) of public officials. Laws and Codes of Conduct are extremely significant in this regard.

### References.

1. BRAIBANT, G., *The past and future of Public Administration*.
2. FILMER, D. HAMMER, J.S., and PRITCHETT, L. (2002): « Weak links in the Chain: A Diagnosis of Health Policy in Poor Counties », *World Bank Research Observer* 15(2).
3. FRIEDMAN STEVEN, 2004. Popular Participation and engagement for effective service delivery: A reflection, in *the Service Delivery Review*, 2004. Volume 3. No. 1.
4. GORTNER, W.E., *Professional Ethics in Contemporary Society*, 1991.
5. JANE MARTIN, *Public Management and policy association report*, pl, 2004.
6. KRAAK, G., *Development Update. Election 1999: Where have we come from. A balance sheet of the political transition*.
7. MUKELANI S. DIMBA, *Access to Information Legislation in Africa*, p. 6
8. J.Z. KUSEK, R.C. RIST, *Ten steps to a results-based monitoring and evaluation system*.
9. GORTNER, W.E.: *Professional Ethics in Contemporary Society*, 1991.
10. <http://www.worldbank.org>, *Empowerment and Poverty Reduction Sourcebook*, Worldbank, 2002.
11. [www.sociologycommission.org/docs/GLOSSARY.htm](http://www.sociologycommission.org/docs/GLOSSARY.htm).
12. Public Service Commission: *Draft State of the Public Service Report*, 2006.
13. Open Democracy Advice Centre. *South Africa Summary Country Report: Open Society Institute Justice Initiative 2004 Monitoring Study*. September 2005 (See [www.opendemocracy.org.za](http://www.opendemocracy.org.za)).
14. Oxford English Dictionary.
15. *The Challenge of Implementation: The State of Access to Information in South Africa*, Open Democracy Advice Center, 2003.



16. Compliance with the Promotion of Justice Act, 2000, Public Service Commission, Department of Justice and Constitutional Development.
17. Report on Measuring the Efficacy of the Code of Conduct for Public Servants, Public Service Commission, 2006.
18. Constitution of the Republic of South Africa, 1996.
19. Promotion to Access to Information Act, 2000.
20. Public Service Act, 1994.
21. Public Service Regulations, 2001.
22. Treasury Regulations for departments, trading entities, constitutional institutions and public entities, 2002.
23. Disciplinary Code and Procedures for the Public Service: Public Service Coordinating Bargaining Council Resolution 2 of 2003.
24. Thabo Mbeki. State of the Nation Address of the President of South Africa, Houses of Parliament, Cape Town, 6 February 2004.
25. Explanatory Manual on the Code of Conduct for the Public Service, Public Service Commission, 2002.
26. Report on Measuring the Efficacy of the Code of Conduct for Public Servants, Public Service Commission, 2006.
27. Rules of Public Service Commission: Lodging of Complaints regarding the Public Service, Government Gazette No 23635 dated 19 July 2002.
28. White Paper on Transforming Public Service Delivery (Batho Pele White Paper), 1997.

# recensioni e segnalazioni bibliografiche

---

## MONOGRAFIE

L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Volume VI, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO.

Il lavoro autonomo e le attività imprenditoriali sono componenti fondamentali del mercato del lavoro dell'Unione europea. Esse rivestono un ruolo sempre più rilevante nelle politiche occupazionali dell'Unione e, di conseguenza, nella produzione normativa comunitaria.

«Le attività autonome», a cura di Luca Nogler, sesto del Trattato di diritto privato dell'Unione europea diretto da Gianmaria Ajani e Gian Antonio Benacchio, è un'analisi delle cd. «attività non salariate» (espressione contenuta nell'art. 43 del Trattato CE ed ora superata da quella più moderna «attività autonome» ed utilizzata con frequenza dalle istanze giudiziarie comunitarie) condotta attraverso un'accurata ricognizione delle fonti e della giurisprudenza comunitaria. A dispetto della collocazione in un trattato di «diritto privato» europeo, una parte rilevante dei temi affrontati dagli autori investe, in via diretta e in via trasversale, problematiche classiche di diritto pubblico (la tutela della persona del lavoratore autonomo, i diritti sociali fondamentali, le libertà nel mercato unico).

I primi otto paragrafi del volume analizzano la disciplina del mercato unico delle attività autonome; l'evoluzione (dalle origini alla Carta di Nizza) nella tutela comunitaria e, altresì quella internazionale (gli strumenti multilaterali del Consiglio d'Europa, le altre convenzioni multilaterali e il sistema delle Nazioni unite); le tecniche di tutela antidiscriminatorie; la libera circolazione dei lavoratori autonomi e le sempre più attuali questioni previdenziali; la categoria dei lavoratori autonomi extracomunitari; la piccola impresa nell'ordinamento comunitario; il sistema generale del riconoscimento dei titoli professionali; le professioni non regolamentate. Un particolare interesse rivestono anche i successivi quattro paragrafi che trattano nel dettaglio le figure professionali dei notai, degli agenti commerciali indipendenti, degli avvocati, quelle sanitarie e degli architetti. Il volume curato da L. NOGLER è un'opera densa che affronta in modo sistematico e ben organizzato problematiche di grande attualità e che si caratterizza per l'ampiezza degli ambiti trattati e per la ricchezza nell'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia. Alla redazione del volume hanno collaborato studiosi del diritto del lavoro sia in ambito accademico universitario che in quello professionale e in quello delle istituzioni comunitarie. (*Antonino Ali*)

