

# Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2008 | anno III



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI



# Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2008 | anno III

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI

Direzione

**Ennio Triggiani – Ugo Villani**

Comitato di redazione

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

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore** – **Via Nicolai, 39** – **70122 BARI** – **Tel. 080.5214220**

**http://www.cacucci.it** e-mail: **studiinteuropea@cacucci.it**

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

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2008 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

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

---

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

---

# Sommario



## ARTICOLI

- Sergio M. CARBONE  
Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle  
situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di  
Lisbona 239
- Günther HEYDEMANN  
Tra consenso, crisi e conflitto. L'11 settembre 2001 e gli  
effetti sui rapporti tra Germania e USA 255
- Antonietta DI BLASE  
L'attuazione delle norme internazionali sulla proprietà  
intellettuale nell'ordinamento comunitario 269
- Lucia Serena ROSSI, Stephen J. CURZON  
What "Rule of Reason" for the EU Internal Market? 295
- Giuseppe MORGESE  
La tutela del *legal privilege* nel diritto comunitario della  
concorrenza 311
- Riccardo CAVALLO  
Carl Schmitt e l'Europa. Attualità e memoria 361

## NOTE E COMMENTI

- Giovanni ANCONA  
Le economie mediterranee tra convergenza e divergenza 397
- Martina GUIDI  
Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme  
di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in  
vigore 409
- Arianna FORNARI  
Una riflessione sul regolamento (CE) n. 1346/2000 439

---

**RECENSIONI**

Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2008 (A. Cannone)	451
Luigi FERRARI BRAVO, Alfredo RIZZO, <i>Codice dell'Unione europea. Annotato con la giurisprudenza della Corte di giustizia</i> , III edizione curata da Alfredo Rizzo e Francesco M. di Majo, Milano, Giuffrè, 2008 (E. Triggiani)	453
Pietro PERLINGIERI, <i>Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008 (E. Triggiani)	457
Giovanni CELLAMARE, <i>La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2006 (G. Caggiano)	461
Libri ricevuti	463
Elenco delle abbreviazioni	465
Indice degli autori	467



# Articoli



Sergio M. Carbone

# Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona\*

SOMMARIO: 1. La posizione qualificata e gli effetti diretti nei confronti del soggetto ricorrente con specifico riguardo all'impugnazione diretta di atti comunitari. – 2. La tendenza rivolta ad estendere la nozione di “interesse individuale” leso da un atto comunitario e la sua conferma nel Trattato di Lisbona. – 3. La tutela delle situazioni giuridiche individuali lese da atti comunitari o nazionali contrari al diritto comunitario. Il ruolo del ricorso *ex art.* 234 TCE. – 4. *Segue*: l'esclusiva competenza della Corte di giustizia sulla valutazione incidentale della validità degli atti comunitari e le novità apportate dal Trattato di Lisbona sull'estensione e sulla maggiore celerità dell'impiego della c.d. pregiudiziale comunitaria. – 5. La progressiva identificazione dei criteri utilizzabili per valutare i caratteri degli organi giurisdizionali abilitati al rinvio pregiudiziale e la estensione di tale nozione alla Corte costituzionale. – 6. La tutela degli interessi privati nei confronti degli atti amministrativi contrari al diritto comunitario e l'impiego al riguardo del principio di autotutela.

1. La costruzione europea, come è noto, è avvenuta attraverso piccoli passi rappresentati dalle soluzioni volta a volta adottate nell'ambito della pratica applicativa del diritto comunitario. Soprattutto in tal modo, infatti, è stato possibile all'Europa di consolidarsi in un vero e proprio ordinamento giuridico con caratteristiche di stabilità. Ed in tale direzione è stata determinante la giurisprudenza relativa alla tutela delle situazioni giuridiche individuali disciplinate in ambito comunitario. Tale risultato e le sue prospettive di sviluppo sono sicuramente riconducibili al ruolo svolto dalla Corte di giustizia.

È stata, infatti, la giurisprudenza comunitaria a garantire la continuità del processo di integrazione europea che, proprio sul piano giuridico, ha sempre evidenziato segni di costante e particolare vitalità anche nei momenti politici più delicati della storia europea. Ma non soltanto. Essa ha anche contribuito, ancora di recente, in virtù di alcune fondamentali sentenze, non solo a consolidare l'or-

\* Relazione presentata al III Congresso di aggiornamento professionale forense organizzato dal Consiglio nazionale forense a Roma il 3 aprile 2008. La particolare circostanza della redazione del presente lavoro giustifica la mancanza di specifici riferimenti bibliografici.

dinamento comunitario quale reale espressione di una vera e propria comunità pur dotata di caratteri particolari rispetto alle comunità statali, ma soprattutto a garantire ampia tutela alle situazioni individuali delle persone fisiche e giuridiche direttamente disciplinate dal diritto comunitario.

È stata dunque la Corte di giustizia – in attuazione delle prerogative ad essa riconosciute – che ha dato compiuta consistenza all’ordinamento comunitario caratterizzandolo, in particolare, per (i) l’effetto diretto di norme che attribuiscono diritti a favore dei singoli e da essi azionabili – in virtù di precisi obblighi imposti agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie – e (ii) la sua *primauté* nei confronti degli ordinamenti nazionali rilevante, soprattutto, qualora questi ultimi non siano adeguati o addirittura contraddittori rispetto ad una effettiva tutela dei diritti individuali innanzi indicati.

I singoli hanno, pertanto, progressivamente acquisito una posizione centrale nell’ambito del sistema comunitario, la cui effettività è stata garantita e completata da sempre più precise indicazioni in merito all’impiego da parte dei privati degli specifici meccanismi di tutela giurisdizionale previsti a loro favore.

Gli interessi e le esigenze degli individui diventano, così, una componente essenziale della costruzione dell’ordinamento comunitario, in grado di garantire ed ottenere, seppur entro i limiti di cui in appresso, “un efficace controllo del rispetto delle norme comunitarie, sia da parte degli Stati membri” sia da parte degli organismi comunitari, attraverso la tutela giurisdizionale di cui possono giovare in caso di violazione – da parte degli Stati ovvero delle istituzioni comunitarie, negli ambiti delle rispettive competenze – delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute in loro favore da tali disposizioni.

Eppure nell’ampia definizione, desumibile dall’art. 220 TCE, dei compiti affidati al giudice comunitario, non fa riscontro un’azione di carattere generale di contenuto corrispondente a tutela dei diritti dei singoli pregiudicati da atti (normativi ed amministrativi) adottati dagli organi comunitari e tanto meno a tutela dei singoli pregiudicati da atti statali contrari al diritto comunitario. Soltanto l’analisi delle disposizioni del Trattato successive a quella ora richiamata consente, dunque, di individuare quali siano i differenti strumenti, in esso previsti, volti a garantire a favore dei singoli al tempo stesso (i) uniformità e certezza nell’interpretazione ed applicazione del diritto comunitario anche nei confronti di atti statali che ad esso non si conformino e (ii) controllo della legalità degli atti delle istituzioni comunitarie. Si tratta, come è noto, soprattutto degli strumenti indicati agli articoli 230 e 234 TCE, oltre a quanto previsto, con modalità meno efficaci, dagli articoli 241, 235 e 288 TCE.

Anzitutto, l’art. 230 TCE. Esso riconosce, infatti, legittimazione a proporre il ricorso contro gli atti comunitari ritenuti illegittimi non solo alle istituzioni comunitarie ed agli Stati membri, ma anche a soggetti privati, persone fisiche o giuridiche. Peraltro, in quest’ultimo caso, l’esperibilità del ricorso risulta condizionata da particolari requisiti la cui eccessiva rigidità è stata posta da tempo in rilievo dalla dottrina e dalla Corte di giustizia che ne ha, pertanto, progressivamente attenuato gli effetti. Ne è risultato che esso è sempre esperibile contro decisioni individuali che provocano una lesione attuale e diretta di una situa-

zione giuridicamente tutelata che qualifichi in tal senso il loro interesse ad agire. Per converso, la ricevibilità dei ricorsi proposti da una persona fisica o giuridica contro regolamenti o decisioni dirette anche nei confronti di altre persone risulta subordinata alla verifica, da parte del giudice comunitario, della sussistenza in capo al soggetto ricorrente, oltre che dell'interesse ad agire, di un proprio e specifico "interesse diretto" ed "individuale" all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo o di una parte di esso.

Si è provveduto in tal modo a garantire di fatto rimedi diretti ed effettivi soltanto in presenza di atti con contenuti, almeno in parte, sostanzialmente individuali e non già nei casi in cui la posizione lesa di cui il soggetto è titolare non è differenziata rispetto alla generalità dei soggetti ai quali l'atto è diretto. Allorché ci si trovi di fronte a regolamenti o ad altri atti a portata generale, pertanto, essi potranno essere oggetto di ricorso individuale da parte di soggetti lesi dai loro effetti solamente (a) se la posizione è specificamente qualificata rispetto alla generalità dei soggetti che sono destinatari dell'atto e (b) se i relativi effetti sono produttivi di conseguenze "dirette" nei confronti del soggetto leso "tali da non lasciare alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento incaricati della sua applicazione la quale ha carattere meramente automatico e deriva dalla sola normativa comunitaria senza intervento di altre norme intermedie" (Corte di giustizia, 22 marzo 2007 in causa C-15/06P). Nell'ipotesi da ultimo descritta, infatti, i singoli possono essere considerati alla stregua di destinatari particolari, ed assumono conseguentemente una posizione distinta dalla generalità dei soggetti cui gli atti medesimi sono indirizzati. Situazione che si verifica, quindi, anche nei casi in cui l'atto comunitario limita sostanzialmente qualsiasi discrezionale valutazione e/o determinazione da parte degli organi statali. Infatti, anche in tal caso l'effetto lesivo individuale e diretto è immediatamente riconducibile all'atto comunitario.

In breve, quindi, si garantisce ai privati la possibilità di ricorrere direttamente contro atti di cui essi sono i soli destinatari sostanziali oppure contro atti generali che producono effetti immediati nella loro sfera giuridica senza la necessità di provvedimenti di attuazione, comunitari o nazionali e di cui essi risultino destinatari qualificati a "causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze".

2. Comunque, se pur nei limiti ed alle condizioni ora indicate, è escluso che le garanzie giurisdizionali relative all'accesso diretto dei privati agli organi di giustizia amministrativa previste dal diritto comunitario (i) offrano solamente "una protezione occasionale ed indiretta" dei loro interessi privati (in quanto essenzialmente preordinate alla "tutela dell'ordinamento obiettivo per assicurare il rispetto del diritto nel sistema comunitario") oppure (ii) siano configurabili esclusivamente come mezzo tecnico utilizzato dall'ordinamento comunitario per conseguire la propria attuazione obiettiva, senza conferimento ai privati di "alcuna posizione soggettiva direttamente protetta in funzione di tale circostanza". Tale approccio resta, così, solamente un derivato storico della concezione ormai superata degli organi di giustizia amministrativa, non estensibile

nell'ambito di organizzazioni internazionali e/o sopranazionali i cui organi giurisdizionali di garanzia della legittimità dei relativi atti non possono essere qualificati, né sono mai stati intesi, come meri "organi di giustizia dell'amministrazione". Non si può, pertanto, osservare che, attraverso il ricorso di cui all'art. 230 TCE, i privati ricevano solamente una protezione occasionale ed indiretta dei loro interessi innanzi alla Corte di giustizia. D'altronde, secondo un insegnamento autorevole, la circostanza per cui si tenda a realizzare giustizia nel campo degli interessi pubblici, non significa che in tal modo si tutelino soltanto interessi pubblici relativi a provvedimenti sui quali è prevista l'adozione di pareri o pronunce giurisdizionali, ma significa solo e non altro che l'interesse generale alla giustizia e alla tutela dei sottesi interessi privati trova in essa uno dei suoi strumenti di realizzazione.

Tanto più che, anche a seguito dell'istituzione del Tribunale di primo grado, le particolari funzioni riconosciute ad esso, proprio nell'ottica di una più efficace tutela degli interessi privati, hanno consentito di eliminare le eventuali residue incertezze interpretative al riguardo. Infatti, in occasione di vari casi, si è sempre più evidenziato un panorama giurisdizionale nel quale emerge sia la centralità della protezione degli interessi dei singoli nell'ambito di una sempre più vasta tutela giurisdizionale garantita dall'art. 230 TCE sia l'esigenza di accogliere la nozione di "interesse individuale" leso da un atto comunitario idoneo a legittimarne l'impugnazione da parte dei privati in un significato sempre più lato.

Ne ha costituito un primo esempio particolarmente significativo la controversia *Jégo-Quééré et Cie SA c. Commissione* (sentenza 3 maggio 2002 in causa T-177/01), in cui il Tribunale di primo grado, al fine di garantire al singolo un'effettiva tutela giurisdizionale, ha proposto un'interpretazione particolarmente evolutiva della nozione di "interesse individuale" innanzi indicato, affermando che "una persona fisica o giuridica deve ritenersi individualmente interessata (anche) da una disposizione comunitaria di portata generale che la riguarda direttamente, ove la disposizione di cui trattasi incida, in maniera certa ed attuale, sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti ovvero imponendole obblighi". L'impostazione del Tribunale, in tal caso, ha quindi tenuto conto e condiviso le conclusioni presentate, il 21 marzo 2002, dall'Avvocato generale Jacobs nella controversia *Union de Pequeños c. Consiglio* (causa C-50/00P), dove si è prospettata un'interpretazione ancora più ampia della nozione di "interesse individuale", affermandosi addirittura che un soggetto deve ritenersi individualmente leso da un atto comunitario a portata generale "nel caso in cui, in ragione delle circostanze di fatto a lui peculiari, tale atto pregiudichi, o possa pregiudicare, in modo sostanziale i suoi interessi".

Tale impostazione, peraltro, non ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia che, proprio nella causa da ultimo menzionata (disattendendo sul punto la soluzione prospettata dall'Avvocato generale), ha ribadito (con sentenza 25 luglio 2002) il proprio tradizionale orientamento al riguardo giustificandolo in virtù del fatto che – secondo la Corte – l'adozione di una diversa nozione di "interesse individuale" avrebbe necessariamente impli-

cato una modifica del Trattato istitutivo (in quanto tale non consentita al giudice comunitario).

La stessa Corte, peraltro, anche in tale occasione, si è dimostrata sensibile rispetto alle esigenze evidenziate dall'Avvocato generale Jacobs e dal Tribunale di primo grado. Infatti, pur sottolineando che una revisione delle condizioni di ricevibilità dell'azione di annullamento spetta, in conformità all'art. 48 TUE, esclusivamente agli Stati, sembra favorevole alla soluzione proposta da Jacobs, se si intende rendere più efficace il ricorso diretto dei singoli davanti al giudice comunitario ed una compiuta tutela giurisdizionale dei loro interessi. Tanto che di recente (in occasione soprattutto della sentenza 13 marzo 2008 relativa al caso *Infront* in causa C-125/06P) non ha esitato ad accogliere delle nozioni "direttamente ed individualmente", rilevanti ai fini in esame per legittimare il ricorso individuale, un significato più ampio di quello tradizionalmente adottato. Infatti, proprio in occasione della sentenza ora indicata, si ribadisce che l'effetto diretto nei confronti delle persone fisiche e giuridiche si verifica allorché "abbia carattere meramente automatico e derivi dalla sola normativa comunitaria senza intervento di altre norme intermedie" al quale deve essere parificato il caso in cui l'atto comunitario determini il "risultato da raggiungere" oppure i comportamenti che devono essere tenuti dagli Stati con modalità e criteri tali per cui "le autorità nazionali non godono di alcun margine di valutazione". E d'altro canto, si precisa che la nozione di atto che riguarda individualmente una determinata persona fisica o giuridica si deve estendere sino a comprendere anche i casi in cui l'atto impugnato "riguardi un gruppo di soggetti individuati o individuabili nel momento in cui l'atto è stato adottato in base a criteri tipici dai membri di tale gruppo" precisando che tale situazione si verifica allorché l'atto comunitario modifica i diritti acquistati dal singolo prima della sua adozione con modalità e criteri tali da renderlo "individuabile nel momento in cui è stato adottato l'atto controverso".

Nessuno stupore, quindi, se, come da più parti auspicato e sollecitato, sia in occasione della elaborazione della c.d. Costituzione europea sia nel recente Trattato di Lisbona, non si sia esitato ad indicare l'esigenza di modificare la portata dell'art. 230 TCE nel senso che qualsiasi persona fisica o giuridica debba essere posta in grado di impugnare "gli atti di cui è destinataria o che la riguardano direttamente e individualmente, nonché (contro) gli atti [di portata generale/regolamentari] che la riguardano direttamente senza comportare alcuna misura di esecuzione" secondo la formulazione già adottata. Testo che sostanzialmente è rimasto invariato nell'attuale formulazione del Trattato di Lisbona.

In tal modo, si garantisce l'evoluzione del diritto comunitario nella direzione già indicata dal Tribunale di primo grado rivolta a garantire una maggiore tutela degli interessi dei singoli lesi nei confronti di atti comunitari illegittimi. Essi, infatti, vengono ora dotati di una più intensa protezione giurisdizionale maggiormente adeguata ad un sistema che ha sempre più al suo centro l'individuo, di cui si intende proteggere gli interessi secondo i principi costituzionali riconosciuti quale patrimonio delle "tradizioni costituzionali" condivise dagli Stati membri. Principi che, come è noto, hanno trovato più precisa affermazione anche nella

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – integrata nell'ambito del Trattato di Lisbona, all'art. 6 TUE – il cui art. 47 stabilisce: “ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice”.

Nessun dubbio, quindi, che in tal modo i criteri rivolti a garantire una maggior tutela giurisdizionale degli interessi individuali rispetto all'attuale testo dell'art. 230 TCE entrano a far parte a pieno titolo del sistema europeo. In virtù della nuova formulazione di tale norma adottata nel Trattato di Lisbona, infatti, non sarà più necessario, in presenza di un atto comunitario di portata generale e direttamente applicabile senza ulteriori misure nazionali, che il soggetto interessato a farne valere l'illegittimità sia costretto a violarlo per poter eccepire tale illegittimità incidentalmente, nel successivo procedimento instaurato nei suoi confronti a seguito della relativa violazione.

In particolare, così, il ricorso individuale di legittimità dinanzi ai giudici comunitari sarà regolato in modo da garantire ai singoli l'azione diretta davanti alla Corte di giustizia in tutti i casi di lesione, da parte di un qualsiasi atto comunitario, anche di portata generale, dei loro diritti, allorché al conseguimento di tale effetto non sia necessario alcun ulteriore “atto di esecuzione”. Resta, peraltro, tutt'ora incerta l'esatta nozione degli atti ora indicati. Infatti, il Trattato di Lisbona li identifica ancora come “atti regolamentari” pur essendo tale nozione notoriamente rimossa rispetto al Trattato costituzionale. Si ritiene, pertanto, che in tal modo non si sia voluta estendere la nozione in esame sino a comprendere quegli atti che il Trattato di Lisbona definisce come “atti legislativi”: e cioè quegli atti adottati con la c.d. procedura di codecisione. Tali argomentazioni sembrano condivisibili, anche se nel sistema delle fonti previsto dal Trattato di Lisbona non solo non è facile tracciare una chiara distinzione sostanziale e degli effetti tra atti legislativi ed atti non legislativi. Tanto più che, a volte, si riscontra anche la presenza di atti di natura mista (come ad esempio gli atti di cui agli articoli 57 e 58). È evidente, quindi, che in questa situazione di incertezza le scelte definitive spetteranno, ancora una volta, alla Corte di giustizia ed è auspicabile che la direzione che da essa sarà adottata possa essere quella della massima tutela dei diritti individuali oggetto di una qualsiasi disposizione comunitaria “che non comporti alcuna misura di esecuzione” allorché leda direttamente situazioni giuridicamente protette a favore delle persone fisiche o giuridiche.

**3.** In ogni caso, il rimedio giurisdizionale tutt'ora più ricorrente previsto dal diritto comunitario a tutela degli interessi individuali è sicuramente il procedimento volto ad accertare, in pendenza di un giudizio nazionale, l'interpretazione e/o la legittimità degli atti comunitari oltreché la legittimità degli atti interni rispetto alla valutazione della loro coerenza con una corretta applicazione del diritto comunitario. È noto, infatti, come tale tipo di procedura abbia svolto un ruolo essenziale nel contribuire (i) all'uniforme e certa applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni, nonché (ii) al mantenimento della legalità comunitaria, consentendo di far valere l'eventuale illegittimità di atti comunitari da parte dei singoli allorché, per le ragioni innanzi esposte, non possono farla

valere direttamente a sensi dell'art. 230 TCE. Pertanto, tale rimedio offre ai privati un mezzo di indubbe potenzialità non solo per contribuire alla progressiva evoluzione di tale diritto, ma anche (e, dal loro punto di vista, soprattutto) per garantire la tutela delle posizioni individuali di cui i titolari affermano la lesione sia da parte di atti comunitari sia da parte di atti di diritto interno in contrasto con il diritto comunitario.

La giurisprudenza comunitaria è stata immediatamente consapevole della funzione fondamentale assegnata al rimedio in esame e non ha esitato ad estendere progressivamente, in virtù di esso, il ruolo della Corte di giustizia da "giudice dell'interpretazione" a giudice cui – di fatto – è assegnato anche il controllo di legittimità degli atti interni, con riguardo al loro rispetto ed alla corretta applicazione del diritto comunitario. Con conseguente trasformazione della sua natura in quella di un vero e proprio giudice assimilabile, quanto meno per alcuni aspetti, ad una Corte costituzionale federale. Tanto che tale tendenza si è progressivamente consolidata a seguito della sempre più generosa ammissibilità di questioni dai contenuti sempre più precisi e dettagliati rivolte in realtà ad ottenere un giudizio sulla compatibilità di specifiche misure normative interne con le disposizioni comunitarie di cui pur veniva chiesta, formalmente, la semplice interpretazione.

È ben vero che la Corte di giustizia ha sempre sottolineato che ad essa non spetta alcun sindacato di vera e propria "legittimità comunitaria" di norme interne. Anzi di queste ultime si preoccupa addirittura di precisare di non essere neppure autorizzata ad operare alcuna interpretazione. Ed in tale prospettiva si afferma che, "nel campo speciale della cooperazione tra giudici", giudice nazionale e giudice comunitario, "ciascuno entro i limiti della propria competenza" tracciata dalle disposizioni del Trattato secondo l'interpretazione adottata dalla Corte di giustizia, cooperano fattivamente, in vista della stessa "elaborazione della decisione" destinata a definire nel merito la controversia pendente dinanzi alla "giurisdizione nazionale" di uno Stato membro, a tutela dei sottesi diritti ed interessi individuali.

Ma è altrettanto vero che, attraverso il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia, nell'esercizio della funzione di garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, ha di fatto, sia pure indirettamente, esercitato un controllo di legittimità di atti normativi nazionali attraverso l'azione vincolata che essa è in grado di imporre ai giudici nazionali innanzi ai quali viene invocata l'applicazione del diritto comunitario.

Si è, in tal modo, progressivamente, ed ormai definitivamente, consolidato un processo evolutivo della Corte di giustizia quale giudice esclusivo delle competenze della Comunità e degli Stati, oltreché della legittimità comunitaria delle norme nazionali degli Stati.

Pertanto, anche in virtù dell'affermazione sempre più estesa ed incisiva della stessa nozione di "norma comunitaria direttamente applicabile", si è addirittura scardinato, in misura particolarmente significativa, il monopolio della Corte costituzionale relativamente al giudizio sulla "validità delle leggi", ormai definitivamente affidato ai giudici ordinari allorché si tratta di valutarne la contra-

rietà ad una norma comunitaria secondo l'interpretazione di quest'ultima fornita dalla Corte di giustizia. Ed al tempo stesso si è eroso anche il conseguente "divieto di disapplicazione della legge" da parte dei giudici ordinari. Si pensi, ad esempio, agli effetti provocati nel nostro ordinamento dalla sentenza nel caso *C.I.F.* in occasione del quale, come è noto, gli articoli 81 e 82 TCE, che riguardano esclusivamente la condotta delle imprese, sono stati utilizzati anche nei confronti degli Stati come limite alla loro potestà normativa e amministrativa. Infatti, l'art. 10 TCE, che obbliga gli Stati ad "assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti" dal Trattato e ad "astenersi da qualsiasi misura" che rischi di comprometterne gli scopi, è stato interpretato ed applicato in modo estensivo sino ad obbligare gli Stati a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a condizionare l'operatività delle norme comunitarie.

La scelta interpretativa ora indicata è stata, infatti, giustificata dalla necessità di garantire "l'effetto utile delle norme comunitarie" che altrimenti potrebbe risultare affievolito. Tanto che, per escludere tale possibile "affievolimento", si precisa che le autorità competenti devono anche "disapplicare" direttamente ogni norma o disposizione nazionale che possa attenuare l'accennato effetto utile, tenendo conto che "il trattato CE prevede espressamente che l'azione degli Stati membri, nell'ambito della loro politica economica, debba rispettare il principio di un'economia di mercato e in libera concorrenza". Ogni norma nazionale che possa essere considerata contraria a (o anche semplicemente non coerente con) questo principio, che assurge in tal modo al rango costituzionale del sistema comunitario e degli Stati membri, si trova, quindi, esposta a rischio di disapplicazione da parte di autorità giudiziarie ed amministrative al fine di garantire la massima protezione e la tutela diretta degli interessi privati lesi da comportamenti di imprese che trovano il loro fondamento nell'adempimento di un obbligo previsto da una legge. Si conferma, così, con particolare intensità, il primato del diritto comunitario, ma soprattutto, si attribuisce ai giudici ordinari degli Stati membri il ruolo di giudice del diritto comunitario, con poteri diretti di disapplicazione della legge nazionale che violi i principi innanzi enunciati.

**4.** Nessuno stupore, pertanto, se la Corte di giustizia, da un lato, ha riconosciuto ai giudici nazionali l'interpretazione e la valutazione di legittimità comunitaria delle norme e degli atti nazionali di cui si riserva di fornire solo i criteri valutativi, e, d'altro lato, ha rivendicato fermamente a se stessa la competenza esclusiva a valutare la legittimità ed a fornire l'interpretazione degli atti comunitari.

In particolare, in merito al giudizio di validità degli atti comunitari, la giurisprudenza comunitaria si è rivelata, ancora di recente, particolarmente gelosa delle proprie competenze. Infatti, la Corte di giustizia ha, da ultimo, ribadito con fermezza (con sentenza del 6 dicembre 2006 nel caso *Schul* in causa C-441/03) la sua esclusiva competenza a giudicare in merito alla validità degli atti comunitari confermando quanto a suo tempo affermato in occasione del caso *Foto-Frost* (nella sentenza del 22 ottobre 1987 in causa 314/85). Pertanto, le giurisdizioni

nazionali non sono autorizzate in alcun caso a disapplicare un atto comunitario anche se al riguardo la sua illegittimità veniva fondata su ragioni già adottate dalla Corte di giustizia con riferimento ad un altro atto dai contenuti sostanzialmente o, a volte, addirittura formalmente identici. Eppure in senso contrario si era autorevolmente espresso, nel caso *Schul* innanzi citato, l'Avvocato generale Colomer, che proponeva di non obbligare i giudici nazionali di avvalersi dell'art. 234 "allorché la Corte ha essa stessa già dichiarato invalido un atto equivalente (a quello di cui era invocata l'invalidità innanzi ai giudizi nazionali) e l'atto in questione risulta viziato dalla stessa causa di nullità". Peraltro, tale impostazione non ha avuto accoglienza da parte della Corte di giustizia, in funzione dell'esigenza di garantire "l'uniformità del diritto comunitario", che comporta la centralizzazione e l'esclusività nel controllo di validità degli atti comunitari. Sono pertanto risultate fondate le preoccupazioni di chi ritiene che le giurisdizioni nazionali possano avere delle valutazioni differenti in merito alla validità degli atti comunitari in funzione dei diversi criteri applicativi relativi alle pretese analogie di tali atti e/o alla loro assimilazione ad altri atti la cui invalidità è stata stabilita dalla Corte di giustizia. Sono, infatti, queste ragioni che hanno condotto la giurisprudenza comunitaria a confermare la precedente soluzione adottata nel caso *Foto-Frost* ed il ruolo della Corte quale esclusivo "*gardienne de l'orthodoxie communautaire*". Quanto ora indicato, peraltro, non esclude che i giudici nazionali possano quanto meno adottare misure provvisorie anticipatorie della probabile valutazione di invalidità dell'atto comunitario in funzione dei precedenti giurisprudenziali della stessa Corte di giustizia.

In attuazione degli obblighi previsti dall'art. 10 TCE, la procedura di cui all'art. 234 TCE ha comunque contribuito, in modo particolarmente significativo, a rendere effettiva la protezione delle posizioni giuridiche individuali. La loro lesione viene, infatti, lamentata davanti al giudice *a quo*, e l'esito del conseguente giudizio adottato dal giudice comunitario viene introdotto mediante l'inserimento, diretto e "vincolato", nella pronuncia destinata a definire la controversia sorta in ambito nazionale che dovrà, pertanto, adeguarsi alla scelta interpretativa e/o alla valutazione dell'atto di diritto comunitario oggetto del quesito pregiudiziale formulato dal giudice nazionale. È dunque evidente che la procedura pregiudiziale (pur articolata in "fasi" distinte) deve essere considerata come un'operazione unitaria, nel suo insieme preordinata, al contempo, (i) alla corretta interpretazione, applicazione e valutazione della validità degli atti di diritto comunitario e (ii) alla tutela delle posizioni individuali che trovano (o si assume traggano) fondamento nel diritto comunitario e possano essere considerate lese da atti comunitari o da disposizioni nazionali.

Anche in questa prospettiva non può che essere valutata positivamente la precisazione della portata universale dell'impiego del rimedio in esame con riguardo a qualsiasi atto dell'Unione europea prevista dall'art. 9 F, par. 3 sub (b) TUE secondo la formulazione adottata in occasione del Trattato di Lisbona. Ed in senso altrettanto positivo deve essere considerata l'integrazione in tale sede operata dall'art. 234 TCE attraverso l'aggiunta di un ultimo comma in cui si prescrive che allorché una questione pregiudiziale riguardi una persona in stato

di detenzione “la Corte di giustizia dell’Unione Europea statuisce il più rapidamente possibile”. Disposizione quest’ultima che assume una particolare valenza anche alla luce delle recenti modifiche apportate al protocollo dello Statuto della Corte di giustizia oltreché alle conseguenti disposizioni del Regolamento di procedura della Corte di giustizia adottate in occasione della decisione del Consiglio del 20 dicembre 2007. Essa, infatti, è proprio rivolta a consentire di instaurare all’interno dell’art. 234 TCE un “procedimento accelerato” ed un “procedimento d’urgenza”, specificamente relativi ai casi ricompresi nell’ambito delle materie relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si caratterizzano per la rapidità sino al punto da consentire “l’omissione della fase scritta del procedimento”. Si dovrà, comunque, trattare di situazioni nelle quali sia “assolutamente necessario che la Corte si pronunci sul rinvio nel più breve tempo possibile” tra le quali, peraltro, devono essere sicuramente comprese il caso di “una persona detenuta o privata della libertà qualora la soluzione data alla questione sollevata sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona” ovvero il caso di “una controversa relativa alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli qualora la competenza del giudice adito in base al diritto comunitario dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale” (cfr. la nota informativa della Corte di giustizia n. 2008/C/64/1, *GUUE*, 8 marzo 2008).

È ben vero che non manca in dottrina chi valorizza – quanto meno in via prevalente – la funzione oggettiva di “controllo” inerente al rimedio giurisdizionale disciplinato dall’art. 234 TCE, piuttosto che il suo ruolo di tutela di posizioni individuali. Ma è altrettanto vero che, sebbene tale ricorso “corrisponda ad interessi generali del sistema giuridico comunitario”, esso appare essenzialmente preordinato “ad assicurare la tutela delle persone fisiche e giuridiche” ed in particolare la tutela delle posizioni giuridiche che il singolo vanta in forza del diritto comunitario allorché esse sono contraddette o non adeguatamente valorizzate nell’ambito di un determinato ordinamento nazionale. Tale conclusione, tra l’altro, trova puntuale conforto nell’analogia finalit , gi  ricordata, sottesa al ricorso per annullamento disciplinato dal medesimo Trattato.

Quanto ora affermato non significa certamente disconoscere la maggiore incisivit  del ricorso per annullamento *ex art.* 230 TCE ai fini del controllo della legalit  comunitaria a tutela dei diritti individuali. Tanto pi  che la presentazione di una domanda pregiudiziale a norma dell’art. 234 TCE non si configura mai come diritto incondizionato in capo ai singoli, risultando comunque l’attivazione di tale procedura subordinata a valutazioni discrezionali del giudice nazionale che, tra l’altro, anche quando decide di adire la Corte, non   mai vincolato ai quesiti proposti dai ricorrenti, che potranno essere sempre liberamente riformulati.

Peraltro, anche con riferimento alle modalit  di funzionamento dello strumento giurisdizionale in esame, ne   stata accolta un’interpretazione tendenzialmente evolutiva al fine di renderlo coerente con il principio di cui all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, di recente incorporata anche nel Trattato di Lisbona.

In questa prospettiva, pertanto, appare del tutto naturale che il Trattato di Lisbona preveda l'abrogazione dell'art. 68 TCE, la cui formulazione ha pregiudicato in misura particolarmente significativa l'effettività e la tempestività dell'impiego del rinvio pregiudiziale allorché si trattava di mettere in discussione una norma o una prassi interna relativa, in particolare, al settore della cooperazione giudiziaria e, più in generale, all'interpretazione delle norme relative a visto, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. In realtà, secondo tale disposizione, in presenza di un atto relativo alla materia regolata dal titolo IV del Trattato, il meccanismo del rinvio pregiudiziale opera soltanto "in un giudizio pendente davanti ad una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno".

Pertanto, qualsiasi questione interpretativa relativa, ad esempio, all'esercizio della giurisdizione civile e commerciale o al riconoscimento delle sentenze straniere secondo la disciplina dei vari regolamenti adottati al riguardo può essere proposta alla Corte di giustizia solamente dai giudici di ultima istanza. Ma non soltanto. Secondo una qualificata interpretazione della norma in esame, si è addirittura affermato che, in virtù di essa, i giudici di merito sarebbero tenuti ad applicare gli atti comunitari relativi al titolo IV del Trattato anche se da essi valutati illegittimi ed invalidi, senza alcuna possibilità di rinvio alla Corte di giustizia, con ineludibili ripercussioni negative sia sul piano della certezza del diritto sia sul piano della tutela delle posizioni individuali.

In tal senso, quindi, la prevista abrogazione dell'art. 68 da parte del Trattato di Lisbona, con conseguente estensione dell'operatività dei meccanismi di rinvio pregiudiziale secondo la disciplina generale di cui all'art. 234 TCE anche agli atti e più in generale alla materia di cui al titolo IV del TCE, non può che essere apprezzata con particolare favore nell'ottica di fornire una più adeguata tutela degli interessi privati.

**5.** Da quanto esposto risulta confermata la circostanza, da tempo evidenziata nella giurisprudenza comunitaria, secondo la quale è "la vigilanza dei singoli" il più efficace controllo per garantire il rispetto e la puntuale applicazione del diritto comunitario e che il meccanismo dell'art. 234 TCE ne costituisce uno strumento essenziale. In questa prospettiva, si comprendono le ragioni in virtù delle quali la nozione di "organo giurisdizionale rilevante" ai fini di cui alla norma in esame deve essere qualificata e valutata ai sensi dei principi e dei criteri propri dell'ordinamento comunitario, secondo la progressiva elaborazione ed integrazione operata dalla stessa giurisprudenza comunitaria. Si tratta, come è noto, di una nozione tendenzialmente assai ampia caratterizzata dalla circostanza (a) che si tratti di un'autorità permanente; (b) la cui disciplina sia regolata dalla legge e sia rivolta a garantirne l'applicazione; (c) l'esercizio delle cui attività e la cui giurisdizione siano obbligatori e (d) la cui attività sia svolta in modo autonomo ed indipendente ai fini di garantire l'applicazione della legge senza subordinazione gerarchica e funzionale rispetto agli altri organi dello Stato.

Tale nozione, inoltre, è stata progressivamente allargata in ambito comunitario, quanto meno su materie specifiche, sino a comprendere anche “le autorità che svolgono funzioni analoghe a quelle esercitate dal giudice o da un’ autorità pubblica” come, ad esempio, indica il 10° “considerando” del regolamento (CE) n. 1346/2000 in materia di procedure di insolvenza, la cui base giuridica pur si trova nell’ art. 61, lett. c) TCE, dedicato alla “cooperazione giudiziaria civile”. In tal senso, la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto natura giurisdizionale anche a giudici che svolgono attività di giurisdizione volontaria come, ad esempio, quelli investiti dell’ impugnazione relativa ad un procedimento di omologazione di società oltreché il Consiglio di Stato, anche nei casi in cui opera nell’ esercizio della sua funzione consultiva svolta nell’ ambito del procedimento instaurato in virtù di un ricorso straordinario al Capo dello Stato. E, sempre nello stesso senso, si è riconosciuta la qualificazione di organo giurisdizionale, ai fini di cui all’ art. 234 TCE, anche alla Corte dei Conti, salvo in casi in cui questa si limiti ad operare una valutazione di controllo degli atti amministrativi, in quanto non caratterizzata né rilevante ai fini dell’ esercizio dell’ attività giurisdizionale.

Sulla scorta di tale evoluzione, sembra difficile argomentare che la Corte costituzionale non è organo giurisdizionale in virtù della sola circostanza che “formalmente”, nell’ ambito del procedimento in via incidentale, non è il giudice che risolve direttamente la “controversia” oggetto del giudizio nel corso del quale è stata sollevata la questione di costituzionalità. Quanto ora indicato, infatti, appare evidente se si contestualizza la sua attività nell’ ambito del procedimento in occasione del quale viene richiesta ed adottata la sua decisione. Eppure negli scorsi decenni la Corte costituzionale aveva costantemente ritenuto che solo il giudice del merito poteva sottoporre alla valutazione della Corte di giustizia la questione interpretativa del diritto comunitario, quale questione preliminare rispetto alla soluzione della questione di costituzionalità. Infatti, nella maggior parte dei casi in cui la questione si è posta, si è affermato, con molta determinazione, che, come innanzi indicato, la Corte costituzionale non può “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito” ad essa affidato “e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali” (Corte Cost., sent. n. 13 del 1960 e ord. n. 536 del 1995).

In realtà, come già ho avuto occasione di precisare in altra sede, non mancavano alcune indicazioni in senso contrario a tale indirizzo prevalente nella stessa giurisprudenza costituzionale allorché, sia pure incidentalmente, la Corte costituzionale aveva riconosciuto la “facoltà di sollevare anch’ essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell’ art. 177” (sentenza del 18 aprile 1991, n. 168). E finalmente questa ipotesi si è recentemente concretizzata allorché la Consulta ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità dell’ imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità di diporto, prevista dall’ art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 2 del 2007, con gli articoli 49 e 87 del TCE (ordinanza del 13 febbraio 2008, n. 103). È ben vero che il caso di specie riguardava un ricorso proposto in via principale dallo Stato nei confronti della Regione Sardegna per far valere la illegittimità

costituzionale di una norma regionale. E cioè, un giudizio nel quale “la Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciare sulla controversia”, a differenza di quanto si verifica nei giudizi promossi in via incidentale, nei quali il giudice ordinario può sollevare la questione comunitaria nel procedimento innanzi ad esso pendente. Con la conseguenza che, in tale situazione, la Corte costituzionale ha formulato la questione relativa alla pregiudiziale comunitaria quale “giudice di una controversia”. Ma è altrettanto vero che la Corte costituzionale non ha esitato ad osservare, più in generale, che, qualora si tratti di valutare la legittimità costituzionale di una norma (nel caso di specie regionale) per incompatibilità con le norme comunitarie, essa, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell’ordinamento interno, costituisce pur sempre una giurisdizione, per di più di unica istanza; per cui, ove non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale, risulterebbe lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia.

È sulla scorta di tali indicazioni che, a mio avviso, il tema in esame merita di essere ripreso in considerazione. Tanto più che, altrimenti, la progressiva dilatazione delle competenze comunitarie, congiunta alla codificazione di precisi principi costituzionali europei – di molti dei quali si riconosce la caratteristica di essere “direttamente applicabili” ai rapporti interindividuali e di cui, pertanto, deve essere garantita la “diretta ed immediata applicazione” da parte dei giudici della controversia in cui vengono invocati, con conseguente disapplicazione delle norme interne ad essi contrarie – rischia addirittura di stravolgere e rivoluzionare il sistema italiano di controllo di costituzionalità. Infatti, in ragione della sovrapposizione dell’ambito di applicazione e dei criteri interpretativi di tali principi tra competenze comunitarie e competenze nazionali, qualora fosse stata confermata la soluzione in precedenza adottata dalla Corte costituzionale, ci si troverebbe inevitabilmente di fronte a situazioni nelle quali la Corte costituzionale sarebbe totalmente estromessa dal procedimento di formazione, elaborazione ed attuazione della giurisprudenza relativa proprio a quei principi “costituzionali” comunitari la cui diretta ed immediata applicazione ne rende particolarmente rilevanti gli effetti nei confronti dell’operatività delle norme italiane.

È quindi pienamente condivisibile l’ordinanza del 13 febbraio 2008 soprattutto allorché la Corte costituzionale sia direttamente ed immediatamente giudice di controversie anche in senso formale, come ad esempio nei casi in cui la Corte costituzionale è investita del contenzioso costituzionale intersoggettivo tra Stato e Regioni o tra Regioni, sia nell’ambito di un giudizio in via principale, sia nell’ambito di un conflitto di attribuzioni. In presenza della situazione ora indicata non può essere escluso il carattere di organo giurisdizionale in capo alla Corte costituzionale. Anzi, essendo essa, per le controversie ora indicate, anche organo giurisdizionale di ultima istanza, la Corte costituzionale si trova appunto nell’obbligo di rimettere la soluzione di eventuali problemi interpretativi comunitari alla Corte di giustizia per eventuali mutamenti di indirizzo e per precisa-

zioni, se non vuole provocare situazioni in cui la responsabilità dello Stato italiano venga messa in discussione in ambito comunitario.

Inoltre, la circostanza che anche altre Corti costituzionali degli Stati membri della Comunità europea (si pensi, ad esempio, alla Corte costituzionale austriaca, alla Cour d'arbitrage belga) abbiano dimostrato, come ripetutamente rilevato dalla dottrina italiana, "una notevole attitudine cooperativa della propria qualità di organo di giurisdizione nazionale tenuta a proporre il rinvio pregiudiziale di interpretazione a norma dell'art. 234 CE", ritengo abbia contribuito a convincere la Corte costituzionale italiana a rendersi più disponibile nei riguardi dell'impiego della pregiudiziale comunitaria. Solo in tal modo, infatti, può essere garantita uniformità di trattamento e di applicazione del diritto comunitario, anche in occasione del controllo di costituzionalità delle norme interne.

6. Per quanto riguarda, infine, la tutela giurisdizionale direttamente riservata dall'ordinamento italiano nei riguardi di atti amministrativi che si pongono in contrasto con situazioni giuridiche protette dal diritto comunitario, secondo la prevalente corrente di pensiero, il relativo regime è quello previsto in generale dal diritto interno nei confronti degli atti amministrativi viziati da illegittimità. In tal senso, d'altronde, si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato (con sentenza 10 gennaio 2003 n. 35), osservando che la violazione, da parte di un atto amministrativo, di una norma comunitaria che attribuisce ai privati una situazione giuridica direttamente protetta "comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza pena la sua inoppugnabilità". Si parifica, pertanto, la violazione delle disposizioni comunitarie all'inosservanza delle norme ordinarie di diritto interno. Tale soluzione, d'altronde, è stata sostanzialmente condivisa dalla Corte di giustizia (con la sentenza 27 febbraio 2003 in causa C-237/00) allorché si è precisato che l'estensione del sistema di impugnazione degli atti amministrativi illegittimi, anche per contrasto a principi e norme comunitarie, è coerente con i principi dell'ordinamento comunitario allorché fissa "termini ragionevoli a pena di decadenza" in quanto in tal modo si "risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività (...) ed al principio della certezza del diritto".

Tuttavia, si è osservato, la contraddittorietà di tale soluzione con quella in precedenza assunta in merito agli effetti del contrasto di disposizioni legislative con norme comunitarie in quanto la soluzione in esame garantisce agli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario una forza di resistenza superiore a quella prevista nell'identica situazione nei confronti di norme di legge adottate in violazione del diritto comunitario. Infatti, mentre il contrasto di una legge con norme di diritto comunitario produttive di effetti diretti a favore degli individui e delle imprese può essere fatta valere sostanzialmente senza limiti di tempo da parte dei soggetti interessati o rilevata d'ufficio con conseguente disapplicazione da parte del giudice nazionale della relativa disposizione, altrettanto non avviene con riguardo agli atti amministrativi. In tal modo, così,

le situazioni direttamente protette dal diritto comunitario non trovano equivalente tutela allorché sono violate da atti amministrativi oppure da atti legislativi.

Peraltro, a favore della soluzione adottata dal Consiglio di Stato si può osservare che, in presenza di un diritto a favore degli individui e delle imprese previsto dal diritto comunitario, questi ultimi possono comunque agire per ottenere il risarcimento dei danni provocati dal relativo atto amministrativo anche se non tempestivamente impugnato. Si tratta, come è noto, della soluzione adottata dalla Cassazione (ordinanza S.U., 13 giugno 2006, n. 13659) in virtù della quale non è necessaria la c.d. pregiudiziale amministrativa al fine di ottenere una sentenza di condanna della Pubblica Amministrazione relativa ai danni provocati a seguito di una condotta illegittima lesiva di diritti individuali. Si deve, comunque, osservare che la problematica ora accennata è tutt'altro che definita. In senso contrario, infatti, si è, ancora di recente, espresso il Consiglio di Stato che da tempo ha affermato la necessaria pregiudizialità del positivo esito del ricorso in annullamento rispetto all'azione di risarcimento del danno provocato dall'atto ritenuto illegittimo. Tanto che da parte di un'autorevole corrente di pensiero si auspica un ripensamento nel senso ora indicato da parte della Corte di Cassazione.

In ogni caso, la preclusione processuale all'impugnazione di atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario non esclude che l'atto in tal senso viziato sia oggetto di riesame e di riformulazione in virtù del principio di autotutela. Anzi, al riguardo si può ritenere che, allorché emerge la presenza di un tale vizio, sussista addirittura un vero e proprio obbligo da parte degli organi amministrativi che hanno adottato l'atto amministrativo in difformità al diritto comunitario a rimuoverne gli effetti in virtù del principio di leale cooperazione al quale gli organi statali sono tenuti nei confronti degli organi e degli atti comunitari. In tal senso, quanto meno nel caso in cui sia ancora possibile e si presenti l'occasione di "riesaminare una decisione amministrativa" non si potrà fare a meno di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte. Pertanto, qualora l'organo amministrativo "disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare sulla decisione" e quest'ultima risulti fondata su un'interpretazione rivelatasi errata del diritto comunitario non sembra sussistano dubbi in merito all'obbligo di rivalutazione dell'atto se "l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza" rivelatrice dell'errore interpretativo del diritto comunitario (Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00).

Naturalmente, come già accennato, salvo circostanze particolari, tale riesame, in linea di principio, non può essere esteso, per ovvie esigenze di certezza del diritto, sino a comprendere atti amministrativi che hanno creato situazioni giuridiche ormai stabilmente definite nei rispettivi ordinamenti dovendosi privilegiare in tal caso il consolidamento dei diritti sorti a favore dei soggetti interessati al mantenimento degli effetti dell'atto. In particolare, tali eccezionali circostanze, come è stato di recente precisato in occasione del caso *Willy Kempter KG*

e *Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (sentenza della Corte del 12 febbraio 2008, causa C-2/00) peraltro, non richiedono che la questione relativa alla soluzione di diritto comunitario accolta nell'atto amministrativo e confermata dal giudice nazionale sia stata a suo tempo avanzata dalla parte interessata essendo sufficiente che essa si sia rivelata "erronea alla luce di una sentenza successiva, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza oppure avrebbe potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo" (cfr. spec. il par. 45 della sentenza innanzi citata). In ogni caso, l'istanza di riesame, a seguito della situazione innanzi indicata, per ovvie esigenze di rispetto del principio della certezza del diritto, dovrà essere presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole che gli Stati membri sono liberi di fissare "conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza".

Nei limiti ora indicati, comunque, non sembra che il riesame dell'atto amministrativo debba essere necessariamente condizionato all'esistenza di una specifica istanza in tal senso da parte dei soggetti interessati. Tale presentazione rileva, infatti, soltanto al fine di determinare il momento a partire dal quale l'amministrazione è tenuta a prendere una posizione al riguardo. Peraltro, essa potrà operare anche d'ufficio un riesame che adegui i contenuti dell'atto alla sopravvenuta evoluzione interpretativa del diritto comunitario qualora non sussistano ragioni ostative a seguito del consolidamento di specifiche situazioni soggettive al riguardo maturate secondo le precisazioni innanzi formulate.

Ne risulta, quindi, un sistema tendente a far valere la illegittimità comunitaria degli atti amministrativi a seguito della progressiva evoluzione del diritto comunitario largamente condizionato dalle specifiche modalità di diritto interno con inevitabile pregiudizio dell'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati che ad esso aderiscono con evidente discrasia rispetto al trattamento, ed alle uniformi modalità di rilevazione, del contrasto delle norme interne rispetto a quelle dell'ordinamento comunitario secondo le precise indicazioni da tempo formulate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

# Tra consenso, crisi e conflitto. L'11 settembre 2001 e gli effetti sui rapporti tra Germania e USA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I rapporti tra Germania e USA dopo l'11 settembre: dalla piena collaborazione al contrasto sull'attacco all'Iraq. – 3. Le conseguenze del contrasto tra Germania e USA sull'opinione pubblica tedesca. – 4. Aspetti problematici e prospettive per il futuro.

1. Senza dubbio l'11 settembre 2001 rappresenta la data più incisiva della storia recente. Gli attacchi terroristici sul World Trade Center a New York e sul Pentagono a Washington hanno segnato una nuova situazione politica nel mondo, con delle conseguenze per la politica internazionale tuttora decisive. Per tutto il mondo l'attacco dei terroristi islamici ai luoghi di potere politico ed economico è stato uno *shock*, in particolar modo per gli USA stessi. Il trauma psicologico che ne nasceva, almeno all'inizio, sembrava una cesura epocale, paragonabile alla caduta del muro di Berlino, che simbolizzava la fine della guerra fredda. Ma l'attacco, del tutto inaspettato, è stato percepito come un evento traumatizzante, anche perché gli Stati Uniti, al contrario dei Paesi europei o del Giappone, fino ad allora non avevano mai subito un attacco sul proprio territorio. Inoltre, l'11 settembre ha svelato in maniera spietata che l'America, come proiezione del potere globale<sup>1</sup>, era inefficiente in confronto a piccoli gruppi terroristici, non legati ad uno Stato. La precisione degli attacchi, la pianificazione sulla quale si erano basati, così come la loro organizzazione sincronica e, non da ultimo, il loro effetto disastroso, hanno reso improvvisamente molto evidente la potenziale vulnerabilità dei sistemi di potere, economici e sociali dello sviluppatissimo mondo occidentale. In un mondo globalizzato il terrorismo stesso si rivelò “un fenomeno della globalizzazione”, in quanto “i gruppi islamici-terroristici si servirono di pratiche di globalizzazione già esistenti”<sup>2</sup>.

Inoltre, l'attacco terroristico colpì gli Stati Uniti in una situazione di assoluta superiorità in confronto a tutti gli altri Stati del mondo – anche per questo lo

\* Traduzione dal tedesco di Ursula Ollendorf.

<sup>1</sup> Vedi H. HAFTENDORN, *Sicherheitspolitik im strategischen Dreieck „Berlin – Paris – Washington”*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 2004, pp. 1-8, a p. 3.

<sup>2</sup> W. LINK, *Das internationale System und das transatlantische Verhältnis nach dem 11. September*, in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2003, pp. 53-63, a p. 55.

*shock* fu così profondo. Dalla guerra fredda, che era durata quattro decenni e aveva caratterizzato la seconda metà del XX secolo, gli USA, usciti come indiscussi vincitori, “da potere dell’occidente” erano diventati “potere del mondo”<sup>3</sup>. Essi rappresentavano, infatti, l’unico potere egemonico rimasto dopo il crollo e la dissoluzione della Unione Sovietica. Nessun altro Stato raggiungeva una tale potenza economica ed un tale arsenale militare. Eppure, di fronte alla violenza e alla precisione di quell’attacco, progettato con scaltrezza e eseguito senza pietà, questo gigante, apparentemente inattaccabile, si è dimostrato gravemente colpito.

Comunque, non si è trattato solo di un attacco al superpotere mondiale, ma di un attacco consapevolmente calcolato al più grande potere “occidentale”, anzi, contro l’occidente in genere. E come tale è stato inteso dagli altri Stati occidentali, Germania inclusa. Essi hanno visto in tale attacco (e continuano a vedervi) una dichiarazione di guerra da parte del terrorismo contro i valori e le conquiste “occidentali”, cioè contro la democrazia, la salvaguardia dei diritti umani e civili, lo Stato di diritto, la libertà di religione, l’economia di mercato, la libertà di stampa e, non da ultimo, contro il pluralismo culturale. Di conseguenza era inerente all’attacco dell’11 settembre 2001 il rifiuto consapevole di tali valori. Non c’è quindi da meravigliarsi che la lotta al terrorismo internazionale sia divenuta uno dei compiti al quale i Ministeri degli esteri e della sicurezza interna di quasi tutti gli Stati danno maggiore precedenza.

Dopo l’attacco è stato ripetutamente proclamato, in particolar modo da parte degli Stati dell’occidente, il comune impegno a combattere uniti il terrorismo internazionale, per salvaguardare i valori fondamentali della democrazia, dello Stato di diritto, dell’economia di mercato e del pluralismo. Nei fatti, però, alcuni avvenimenti non hanno contribuito per niente a rafforzare l’unione dell’occidente, come invece tutti si aspettavano. La guerra contro l’Iraq, infatti, condotta a seguito dell’attacco dell’11 settembre, ha provocato indubbiamente le maggiori tensioni tra gli USA e l’Europa dalla fine della seconda guerra mondiale. I rapporti tradizionalmente buoni tra la Germania e l’America ne hanno risentito in una maniera che ha sorpreso il mondo della politica, della stampa e della scienza politica su entrambi i lati dell’Atlantico. A parte gli errori diplomatici, le posizioni politiche differenti furono la conseguenza di percezioni, norme e valori differenti. Convinzioni fondamentali comuni e un’alleanza durata decenni non riuscirono più a prevalere sulle importanti differenze tra americani e europei, riguardanti per esempio il diritto internazionale, le politiche di sicurezza e le misure militari come mezzo politico, così come il rispetto dei diritti umani e civili. Il rapporto transatlantico tuttora ne risente. Anche se il cambio di governo in Germania, avvenuto nell’autunno 2005, ha portato ad un miglioramento del rapporto con gli USA, continua a persistere un dissenso “sottotraccia”, anche perché l’intervento militare deciso dal Presidente George W. Bush in Iraq non

<sup>3</sup> *Ibidem.*

solo non ha portato ad alcun successo, ma ha prodotto una maggiore destabilizzazione della situazione nel vicino e medio oriente.

Di seguito saranno prima ricostruite alcune delle tappe più importanti del rapporto tra Germania e l'America nell'arco di tempo tra l'attacco dell'11 settembre 2001 e l'inizio della guerra in Iraq del 20 marzo 2003, che emersero nel contesto di crescenti punti di vista differenti tra gli USA e la Germania sulla politica da perseguire nel vicino e medio oriente e in cui si sono avvicendate fasi di consenso, crisi e conflitto. Dopo di che saranno evidenziati i problemi bilaterali attuali, che emergono da tale situazione.

2. Il mostruoso attacco terroristico dell'11 settembre 2001 suscitò *shock* e terrore. Come in tutto il mondo, anche in Germania la televisione trasmise e ritrasmise come i due aerei dirottati colpirono le due torri del World Trade Center e come queste, dopo poco tempo, crollarono. Solo a New York l'attacco costò la vita a 2823 persone; una cifra che solo parecchio tempo dopo poté essere verificata<sup>4</sup>. Tra le vittime c'erano anche 80 tedeschi. Si trattò del numero più alto di tedeschi mai uccisi in un attacco terroristico.

Nello stesso giorno il Governo tedesco – all'epoca composto dalla coalizione rosso-verde – dichiarò la propria illimitata solidarietà con gli USA, confermata dal Cancelliere Gerhard Schröder il giorno dopo in una seduta straordinaria del Bundestag tedesco: “Ho espresso al Presidente americano le condoglianze più sentite da parte di tutto il popolo tedesco. Inoltre, gli ho assicurato la illimitata – ripeto: la illimitata solidarietà della Germania”. In un comunicato stampa dell'ufficio del Cancelliere, del 21 settembre 2001, ciò venne riaffermato, aggiungendo: “Questo include anche un eventuale sostegno militare”. Gli altri partiti tedeschi, esclusa la PDS, aderirono a questa dichiarazione. Tre settimane dopo, il 2 ottobre 2001, gli Stati membri della NATO dichiararono, per la prima volta nella storia dell'Alleanza atlantica, l'esistenza di un attacco armato contro uno di essi, che ai sensi dell'art. 5 del Trattato NATO fa scattare l'obbligo di assistenza per gli altri Stati membri dell'Alleanza.

Pochi giorni dopo l'attacco e la dichiarazione di solidarietà del Cancelliere, la stampa espresse i primi dubbi sull'applicabilità di questa dichiarazione: “Fino a dove arriva la solidarietà illimitata, quando i tedeschi stessi rischiano di diventare il bersaglio dei terroristi? (...) Come si deve comportare il governo tedesco nei confronti degli USA? (...) George Bush sarebbe da sostenere anche nel caso di una spietata campagna militare di vendetta?”<sup>5</sup>. Con attenzione si registrò che l'assicurazione della solidarietà avrebbe comportato anche il pericolo di un incondizionato aiuto militare, che sarebbe andato contro gli interessi fondamentali della Germania e che non sarebbe stato sostenuto da tutti i componenti della coalizione rosso-verde, anche perché nella maggioranza dei Verdi e in parti della corrente di sinistra della SPD predominava un rigoroso pacifismo. Tali problemi

---

<sup>4</sup> Cfr. il libro, uscito in memoria degli eventi dell'11 settembre 2001, di C. SWEET (ed.), *Above Hallowed Ground. A Photographic Record of September 11, 2001*, New York, 2002.

<sup>5</sup> P. BÖRNHOFT *et al.*, *Wir sind eine Welt*, in *Der Spiegel* del 15 settembre 2001.

si evidenziarono il 16 novembre 2001, quando il Cancelliere Schröder si vide costretto a porre la questione di fiducia a favore di un intervento militare antiterroristico della Bundeswehr (l'esercito tedesco) in Afghanistan, contro la base operativa dell'organizzazione terroristica Al Qaida, responsabile degli attacchi negli USA. Il risultato, con una maggioranza di soli due voti per il Cancelliere Schröder, fu molto scarso. Nonostante ciò, la votazione portò all'invio di 3.900 soldati tedeschi in Afghanistan, nell'ambito dell'operazione antiterroristica *Enduring Freedom*<sup>6</sup>.

La coalizione governativa Schröder-Fischer aveva serie intenzioni non solo di riconfermare il sostegno agli USA sotto l'aspetto militare, ma anche di giocare un ruolo attivo a livello multilaterale ed internazionale, e lo dimostrò organizzando la conferenza di pace per l'Afghanistan. Gli accordi di pace firmati a Bonn il 5 dicembre 2001 crearono i fondamenti politico-giuridici per un governo di transizione di una durata massima di sei mesi dopo la caduta del regime talibano. Nello stesso momento il governo tedesco approvava la partecipazione della Bundeswehr alla forza internazionale di sicurezza per l'Afghanistan (ISAF), a partire da gennaio 2002. Inoltre la Bundesmarine cominciò nello stesso periodo, nell'ambito di *Enduring Freedom*, delle missioni di controllo intorno al corno d'Africa, così come il collocamento di idrovolanti di ricognizione a Mombasa (in Kenya). Inoltre, furono mandati dei carri armati in ricognizione in Kuwait. Nel suo insieme, si trattò della più grande operazione all'estero nella storia della Bundeswehr. A fine 2001-inizio 2002 tra la Germania e gli USA c'era quindi, tutto sommato, un consenso sia politico che militare.

Questo rapporto peggiorò sensibilmente a fine gennaio 2002. Un primo motivo fu il tradizionale messaggio sullo stato dell'Unione<sup>7</sup> del 29 gennaio 2002, nel quale George W. Bush definì l'Iraq, l'Iran e la Corea del Nord l'asse del male ("axis of evil"), che minaccerebbe il mondo. Poiché solo tre giorni dopo era previsto un incontro del Presidente Bush e del suo Ministro degli esteri Colin Powell con il Cancelliere tedesco e il suo Ministro degli esteri Joschka Fischer, Schröder scelse una formula diplomatica, affermando di interpretare il concetto di "asse del male" come un avvertimento al fine di non dare armi ai terroristi<sup>8</sup>. Il Ministro degli esteri francese Hubert Védrine fu molto più critico al riguardo. In un'intervista del 6 febbraio 2002 parlò di una "eccessiva semplificazione" della situazione mondiale da parte di George W. Bush, affermando che nei confronti della "superpotenza USA" l'Europa avrebbe dovuto sottolineare la propria identità<sup>9</sup>. Sei giorni dopo il Ministro degli esteri Fischer diffidò per la prima volta da un attacco militare contro l'Iraq. La coalizione internazionale contro il

<sup>6</sup> Vedi la richiesta del Governo tedesco del 7 novembre 2001 per l'impiego dell'esercito nella "guerra contro il terrore", decisa dal Bundestag tedesco il 14 novembre 2001, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2001, p. 1506.

<sup>7</sup> Reperibile *on line* all'indirizzo [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

<sup>8</sup> Vedi *Chronik des Monats Februar 2002*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2002, p. 262.

<sup>9</sup> Intervista con *France Inter* del 6 febbraio 2002, in *Internationale Politik*, 2002, n. 4, p. 112.

terrorismo non darebbe una solida base per azioni individuali. Sarebbe poco sensato parlare di “asse del male”, perché così si farebbe un’unica “minestra” di Iraq, Iran e Corea del Nord<sup>10</sup>.

Anche la stampa tedesca divenne sempre più scettica; in particolar modo dopo il messaggio di Bush si mise sempre di più in dubbio la garanzia della “illimitata solidarietà” della Germania con gli USA: “La manifestazione di solidarietà illimitata agli Americani sarà stata la cosa giusta nel momento dello *shock* dopo l’11 settembre 2001. (...) Ma più si avvicina la seconda tappa di guerra degli americani contro il terrore, più chiaramente il governo tedesco si deve esprimere: Iraq? Iran? Partecipare oppure rifiutare l’adesione con argomenti validi? Domande aperte – anzi, peggio: non ci sono criteri per rispondere”<sup>11</sup>. Questo dibattito non si placò neanche dopo l’attacco, avvenuto il 12 aprile 2002, di Al Qaida alla sinagoga La Ghriba sull’isola tunisina di Djerba, che fece 19 vittime, di cui 14 cittadini tedeschi<sup>12</sup>. La visita del Presidente americano in Germania, il 23 maggio 2002, calmò le polemiche sui futuri piani americani solo temporaneamente, anche perché i suoi accenni su un eventuale attacco preventivo contro l’Iraq ebbero luogo già prima di tale visita. Ormai in primo piano erano i dubbi sulla legittimità dal punto di vista del diritto internazionale sia di una tale azione militare, sia della partecipazione degli Stati europei. Il dibattito si accese ulteriormente quando il *New York Times* pubblicò, all’inizio di luglio 2002, un piano dettagliato del Pentagono per un attacco militare contro l’Iraq<sup>13</sup>. Immediatamente dopo la pubblicazione di questi piani il Presidente George W. Bush spiegò pubblicamente gli “*essentials*” delle sue intenzioni politiche nei confronti dell’Iraq. Gli USA avrebbero usato tutti i mezzi a loro disposizione per conseguire l’obiettivo principale, cioè un cambio di regime in Iraq<sup>14</sup>.

Il governo tedesco, che fino a quel momento non aveva commentato il crescente accanimento della politica antiterrorista americana sull’Iraq, accennò per la prima volta ad un cambiamento di posizione nell’ambito del vertice franco-tedesco del 30 luglio 2002. In accordo tra loro, il Presidente Chirac e il Cancelliere Schröder dichiararono che ogni azione militare contro l’Iraq avrebbe dovuto fondarsi su una legittimazione delle Nazioni Unite<sup>15</sup>. Cinque giorni dopo, Schröder si espresse ancora più chiaramente: “Siamo disposti alla solidarietà (...), ma sotto la mia guida questo Paese non sarà disponibile per avventure. (...) E, facendo riferimento al dibattito sull’intervento militare in Iraq, dico: dif-

---

<sup>10</sup> Intervista del 12 febbraio 2002 con *Die Welt*.

<sup>11</sup> N. BLOME, *Schröders Welt*, in *Die Welt* del 12 febbraio 2002.

<sup>12</sup> Anche l’ex-Cancelliere Gerhard Schröder ricorda, nella sua autobiografia, il notevole dissenso tra la politica americana e quella tedesca sulla questione dell’azione armata contro l’Iraq a partire dal maggio 2002; vedi G. SCHRÖDER, *Entscheidungen. Mein Leben in der Politik*, Hamburg, 2006, p. 153.

<sup>13</sup> E. SCHMITT, *U.S. Plan for Iraq is Said to Include Attack on 3 Sides*, in *New York Times* del 5 luglio 2002.

<sup>14</sup> Reperibile *on line* all’indirizzo [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

<sup>15</sup> S. AUST, C. SCHNIBBEN (Hrsg.), *Irak: Geschichte eines modernen Krieges*, München, 2004, p. 62.

fido dalle speculazioni su una eventuale guerra e interventi militari e dico a chi in questa situazione ha in mente qualcosa del genere: chi lo vuole, non solo deve sapere come entrarci, ma gli serve anche un piano su come proseguire. Perciò ribadisco: pressioni su Saddam Hussein, sì; ma ammonisco su progetti bellici e interventi militari. Per questi noi non siamo disponibili”<sup>16</sup>.

Nel frattempo la stampa tedesca cominciò a dubitare della esistenza di posizioni comuni tra gli USA e i loro alleati europei per un’eventuale guerra all’Iraq: “In realtà si stanno verificando delle gravi divergenze che, nel caso di un attacco da parte degli americani, sarebbero quasi insuperabili. Perciò è arrivato il momento, nonostante campagne elettorali e riguardi diplomatici, di pretendere da Washington delle risposte alle varie domande per l’azione in Iraq, e collegarle all’indicazione sul ‘prezzo’ che comporta l’azione per ‘la caduta di Saddam’. (...) Per legittimare un’azione del genere non basta affatto fare della prevenzione una dottrina. E se lo si fa comunque, allora gli alleati hanno il compito di proteggere Washington preventivamente da se stessa”<sup>17</sup>.

Nel frattempo l’amministrazione Bush registrò attentamente il crescente rifiuto della politica americana in Iraq da parte del governo tedesco. Quando l’ambasciatore americano Dan Coats, su richiesta del Presidente americano, si presentò a Berlino il 12 agosto 2002 per esprimere la riprovazione di Bush sul comportamento critico di Schröder e Fischer, ciò costituì certamente un monito. Ma anche l’opposizione tedesca disapprovò un attacco militare contro l’Iraq. Il capogruppo della CSU della Baviera sottolineò pochi giorni dopo in un’intervista televisiva: “Da parte nostra, e parlo anche per il nostro candidato Cancelliere Edmund Stoiber, non c’è nessuna intenzione di partecipare ad un’avventura militare in una qualsiasi parte nel mondo – e ancor di meno in Iraq”<sup>18</sup>. In meno di un anno, il solido legame tedesco-americano divenne un profondo dissenso.

Ciò si aggravò ancora di più quando il vice-Presidente Dick Cheney sottolineò, in un discorso svolto a Nashville il 26 agosto 2002, che gli USA avrebbero attaccato l’Iraq anche se gli ispettori delle Nazioni Unite avessero avuto nuovamente il permesso di entrare nel Paese. La minaccia mortale delle armi di distruzione di massa dell’Iraq rendeva assolutamente necessario adottare misure preventive; di conseguenza, gli Stati Uniti avrebbero esercitato il diritto ad una guerra preventiva<sup>19</sup>. Indubbiamente queste espressioni evidenziarono le differenti posizioni tra i partner dei due lati dell’Atlantico, anche perché i Ministri degli esteri europei, riuniti per un incontro informale nel castello danese di Helsingør il 31 agosto-1° settembre 2002, affermarono all’unanimità che un’azione militare avrebbe richiesto un nuovo mandato del Consiglio di sicu-

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>17</sup> S. KORNELIUS, *Freunde in der Pflicht*, in *Süddeutsche Zeitung* del 23 luglio 2002.

<sup>18</sup> Cfr. A. PRADETTO, *Die deutsche Außen- und Sicherheitspolitik in der Irak-Krise*, in A. PRADETTO, *Sicherheit und Verteidigung nach dem 11. September 2001*, Frankfurt a. M., 2004, p. 107. La citazione deriva dall’intervista di Glos nella trasmissione “ARD-Tagesthemen” del 16 agosto 2002.

<sup>19</sup> Reperibile *on line* all’indirizzo [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

rezza delle Nazioni Unite. Rassicurato da questi posizioni, il Cancelliere Schröder riaffermò la sua posizione in una relazione davanti al Bundestag tedesco: “I miei argomenti contro un intervento militare restano validi. Resta altrettanto valido che, fin quando io sarò al governo, la Germania non parteciperà a nessun intervento militare. (...) Ciò che abbiamo stabilito e che diciamo ai nostri partner per questa e per altre richieste, significa: solidarietà di alleanza da una parte, ma anche responsabilità dall’altra parte. I problemi essenziali della nazione tedesca si decideranno a Berlino e da nessun’altra parte del mondo”<sup>20</sup>. Con ciò l’assicurazione della “solidarietà illimitata”, che Schröder aveva dato quasi un anno esatto prima, fu fortemente ridimensionata.

Ma i disaccordi già esistenti tra Berlino e Washington sulla questione dell’Iraq crebbero ulteriormente quando il Ministro della Giustizia Herta Däubler-Gmelin, in un incontro elettorale, paragonò George W. Bush ad Adolf Hitler: “Bush vuole distrarre dai suoi problemi interni. Un metodo ben conosciuto. Lo usò anche Hitler”<sup>21</sup>. La reazione del governo americano fu immediata. Dopo questo episodio non arrivarono i tradizionali auguri per le elezioni rivinte dalla coalizione rosso-verde il 22 settembre 2002, né la settimana successiva il Ministro degli esteri Fischer riuscì ad avere un appuntamento per un colloquio con il Presidente Bush e il Consigliere per la sicurezza nazionale durante la sua visita di quattro giorni negli USA. Inoltre l’amministrazione Bush accelerò i suoi tempi. Due giorni prima delle elezioni per il Bundestag proclamò il diritto ad azioni militari di prevenzione nell’ambito di una nuova dottrina per la difesa<sup>22</sup> e l’11 ottobre 2002 il Presidente Bush ottenne il “nulla osta” per l’intervento dell’esercito americano anche senza l’accordo dell’ONU.

Quando però l’8 novembre 2002, dopo settimane di trattative, il Consiglio di sicurezza approvò all’unanimità la risoluzione 1441, il governo tedesco si vide sostenuto nella sua posizione. Si decise il ritorno delle ispezioni in Iraq e si avvertì questo Paese delle serie conseguenze cui sarebbe andato incontro qualora si fosse sottratto a tali ispezioni<sup>23</sup>. Cinque giorni dopo l’approvazione della risoluzione Saddam Hussein accettò le richieste; il 27 novembre 2002 gli ispettori delle Nazioni Unite ricominciarono la ricerca di eventuali armi atomiche, biologiche e chimiche in Iraq. Ma anche l’ampia relazione sulle armi possedute da Bagdad, presentata il 7 dicembre 2002, non cambiò nulla nella politica americana riguardo all’Iraq, alla quale aveva aderito anche il Regno Unito di Tony Blair. La relazione fu classificata insufficiente e il 24 dicembre il Ministro della difesa americano Rumsfeld diede l’ordine di attivazione per 25000 soldati nella regione del Golfo.

Il governo tedesco continuò a rifiutare un intervento militare in Iraq, ma concesse il diritto di sorvolare la Germania con aerei militari e l’uso delle basi americane in Germania. A fine dicembre 2002, il Ministro degli esteri Fischer,

---

<sup>20</sup> Il 13 settembre 2002; vedi S. AUST, C. SCHNIBBEN (Hrsg.), *op. cit.*, p. 68 (nota 15).

<sup>21</sup> In *Schwäbisches Tageblatt* del 19 settembre 2002.

<sup>22</sup> Reperibile *on line* all’indirizzo [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

<sup>23</sup> Reperibile *on line* all’indirizzo [www.un.int/usa/sres-iraq.htm](http://www.un.int/usa/sres-iraq.htm).

alla domanda su come la Germania si sarebbe comportata qualora il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite avesse approvato un attacco militare all'Iraq, confermò che il governo tedesco si sarebbe comportato “con responsabilità sulla chiara base della non-partecipazione e comunque dell'adempimento degli obblighi di alleanza”<sup>24</sup>, evitando in questa maniera un netto “no”. Il 20 gennaio 2003, in una seduta straordinaria del Consiglio di sicurezza convocata dalla Francia, Fischer spiegò un'altra volta le motivazioni del rifiuto della Germania di un intervento militare preventivo in Iraq: “La nostra maggiore preoccupazione è che un attacco militare contro il regime di Bagdad provochi rischi enormi e incalcolabili. Non ci facciamo illusioni sul totale disprezzo della persona umana da parte del regime di Saddam Hussein. Perciò noi tutti pretendiamo da parte di Bagdad la completa applicazione delle relative risoluzioni delle Nazioni Unite senza ‘se’ e senza ‘ma’. Ma, a parte possibili conseguenze fatali per la stabilità regionale, temiamo anche eventuali conseguenze negative per la lotta di noi tutti contro questo terrorismo micidiale. Queste sono le motivazioni fondamentali per la nostra posizione negativa nei confronti di un intervento militare”<sup>25</sup>. Quindi di sicuro non mancava chiarezza sulle motivazioni della posizione tedesca contro un eventuale attacco militare all'Iraq.

Il giorno successivo la politica tedesca adottò inaspettatamente una posizione ancora più esplicita. Durante un incontro elettorale a Goslar il Cancelliere Schröder dichiarò di non accettare un eventuale attacco preventivo, neanche se questo fosse legittimato dalle Nazioni Unite: “Ho detto, in particolare ai nostri amici francesi, ma anche agli altri, e lo dico qui adesso, ancora più chiaramente di quanto l'ho espresso in altre occasioni: non contate su un'adesione della Germania ad una risoluzione che legittimi una guerra. Non contateci”<sup>26</sup>. Questo rifiuto generale, che sicuramente aveva dei motivi tattici elettorali, indicò un nuovo punto di crisi nei rapporti tra Germania e USA; inoltre, una determinazione della posizione tedesca così esplicita prima della votazione decisiva nel Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, limitò notevolmente i margini di trattativa del Ministro degli esteri. Di conseguenza, vi furono severe critiche da parte della opposizione, ma anche della stampa<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> L'intervista completa è reperibile *on line* all'indirizzo [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).

<sup>25</sup> Vedi Dok., p. 37. Le seguenti citazioni, contrassegnate con Dok., derivano da una documentazione che attualmente il Seminario storico dell'Università di Lipsia sta elaborando in collaborazione con l'Ohio University di Athens (Ohio).

<sup>26</sup> Vedi Dok., cit., p. 41.

<sup>27</sup> Vedi l'intervento della CDU-CSU-Bundestagsfraktion nel dibattito sull'attuale situazione internazionale, svolto nel Bundestag tedesco il 13 febbraio 2003: “Il cancelliere e il governo tedesco hanno messo in dubbio i pilastri fondamentali della politica estera della Repubblica federale tedesca e con ciò hanno gravemente danneggiato gli interessi vitali della politica estera e di sicurezza della Germania, così come la sua reputazione e il suo ruolo nel mondo. (...) Il rapporto con gli Stati Uniti è stato gravemente danneggiato dal governo tedesco, il quale incentiva e sostiene la crescita dei risentimenti antiamericani. (...) Davanti a questo scenario il Bundestag richiede al governo di rinunciare immediatamente a danneggiare ulteriormente i nostri interessi di politica estera e di sicurezza” (vedi Dok., cit., p. 42). Già il 30 gennaio 2003 alcuni Stati membri della UE – Regno

Nel febbraio 2003 gli eventi si susseguirono rapidamente. L'interesse pubblico mondiale era dominato da una guerra in Iraq sempre più possibile da parte di una coalizione anglo-americana. Il 5 febbraio 2003 il Ministro degli esteri americano Colin Powell presentò al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite immagini satellitari di fabbriche di armi in Iraq, così come audioregistrazioni di telefonate per dimostrare come l'Iraq non si fosse attenuto alla risoluzione 1441<sup>28</sup>. Due anni e mezzo dopo, all'inizio di settembre 2005, Powell prese le distanze da questa relazione e dalle prove portate in quest'occasione<sup>29</sup>. Alla Conferenza sulla politica di sicurezza NATO, svoltasi a Monaco di Baviera l'8 febbraio 2003, i telespettatori poterono seguire in diretta, per la prima volta, la lite tra americani e tedeschi. In un dibattito molto acceso sull'utilità di un intervento militare in Iraq il Ministro degli esteri tedesco Fischer rispose al Ministro della difesa americano Rumsfeld: "Excuse me, I am not convinced". Un tale dissenso, espresso pubblicamente, non c'era mai stato nelle relazioni tra i due Paesi<sup>30</sup>.

Due giorni dopo, la Francia, la Russia e la Germania presentarono una comune dichiarazione: "Ci sono delle alternative alla guerra. (...) L'uso della violenza non può che essere la ultima risorsa"<sup>31</sup>. Già precedentemente, il 30 gennaio 2003, in una lettera aperta sulla questione dell'Iraq, otto Paesi europei avevano aderito alla posizione americana, cui seguirono altri dieci Paesi del "gruppo di Vilnius" in una dichiarazione ufficiale del 5 febbraio 2003<sup>32</sup>. Con il comunicato franco-russo-tedesco per la questione dell'intervento militare in Iraq, l'Europa si presentò divisa. Ma Americani e Inglesi avevano già da tempo preso la decisione di entrare in guerra contro l'Iraq. La bozza di risoluzione del 24 febbraio 2003, preparata da USA, Regno Unito e Spagna, che affermò la violazione, da parte dell'Iraq, delle condizioni richieste nella risoluzione 1441, rappresentò il punto finale<sup>33</sup>. La coalizione anglo-americana attaccò l'Iraq il 20 marzo 2003<sup>34</sup>.

---

Unito, Italia, Spagna, Portogallo, Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca e Danimarca – resero noto un appello di sostegno alla politica americana (vedi Dok., cit., p. 46).

<sup>28</sup> Motivo, per cui i dieci Paesi del gruppo di Vilnius (che comprende Albania, Bulgaria, Croazia, Estonia, Lettonia, Lituania, Macedonia, Romania, Slovacchia e Slovenia) accettarono lo stesso giorno un eventuale intervento militare di USA e Regno Unito contro l'Iraq; vedi Dok., cit., p. 47.

<sup>29</sup> T. KRAUEL, *Powell distanziert sich von UN-Rede zum Irak*, in *Die Welt* del 10 settembre 2005.

<sup>30</sup> S. AUST, C. SCHNIBBEN (Hrsg.), *op. cit.*, p. 77 (nota 15).

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>32</sup> Vedi *sopra*, nota 29.

<sup>33</sup> Vedi anche Dok., cit., pp. 34-37.

<sup>34</sup> Che questa guerra sia stata, e lo sia tutt'ora, molto discussa anche negli USA, lo dimostrano gli studi di famosi intellettuali, che la sostennero, come R. KAGAN, *Macht und Ohnmacht. Amerika und Europa in der neuen Weltordnung*, Berlin, 2003, o che la avversarono, come N. CHOMSKY, *The Attack. Hintergründe und Folgen*, Hamburg, 2002. La guerra all'Iraq, chiamata anche la terza guerra del Golfo, è, nella storia del mondo, quella più osservata dai *media* e più dettagliatamente

3. Come dimostrano gli eventi richiamati, nell'arco di un anno e mezzo i rapporti tedesco-americani erano entrati in una grave crisi, probabilmente la più grave dalla fine della seconda guerra mondiale. Dopo l'iniziale consenso bilaterale, fino a fine gennaio 2002, fu il messaggio sullo stato dell'Unione di George W. Bush del 29 gennaio 2002 a segnare il punto di svolta, seguito da un periodo pieno di tensioni e da una crescente diffidenza. La decisione del Cancelliere Schröder il 21 gennaio 2003, di non aderire neanche ad un intervento militare legittimato dalle Nazioni Unite, evidenziò ancora di più la gravità del contrasto. Il rapido peggioramento dei rapporti – tradizionalmente buoni – in così poco tempo fu per entrambi i Paesi sorprendente. In particolare per gli USA, dal momento che per loro la Germania era considerato un alleato europeo assai affidabile.

Anche se da parte tedesca alcuni errori diplomatici nelle relazioni con il governo americano si sarebbero potuti, anzi si sarebbero dovuti evitare, la previsione generale, che la guerra in Iraq avrebbe avuto delle conseguenze incalcolabili sia per quel Paese, sia per la situazione nel vicino e medio oriente, si è avverata. La rapida vittoria militare – ufficialmente le ostilità sono cessate il 1° maggio 2003 – non ha avuto nessun effetto di stabilizzazione, ed anzi questa guerra non ha portato la pace in Iraq, né nell'intera regione<sup>35</sup>. La strategia originaria dell'amministrazione Bush, di creare con l'occupazione dell'Iraq, l'eliminazione del regime di Saddam e con la successiva democratizzazione dell'Iraq un fattore di stabilizzazione in questa area di crisi, la principale del mondo, si è dimostrata un'illusione<sup>36</sup>. È fallito anche l'obiettivo di limitare o ridurre, con tale intervento armato, il terrorismo islamico. Al contrario, l'Iraq occupato si dimostra una vera calamita per terroristi islamici di tutto il mondo, i quali, con costanti attacchi, rendono nulli i tentativi americani di portare la situazione alla stabilità, sfruttando le ataviche divergenze etniche tra sciiti, sunniti e curdi. L'obiettivo, indebolire il terrorismo islamico eliminando il regime di Saddam, ha quindi portato all'effetto contrario<sup>37</sup>. Infatti, l'Iraq attualmente vive una

---

accompagnata con i mezzi tecnici più sofisticati; vedi anche A. ELTER, *Die Kriegsverkäufer. Geschichte der US Propaganda 1917 – 2005*, Frankfurt a. M., 2005, p. 272.

<sup>35</sup> Questo confermano anche i numeri delle vittime, sia militari che civili. Se fino al 1° maggio 2003, data ufficiale della conclusione della guerra, sono morti complessivamente 173 soldati delle truppe della coalizione, le cifre ufficiali parlano complessivamente di 2974 soldati morti al 6 ottobre 2006 (di cui 2737 Americani, 119 Britannici e 118 di altre nazioni); nel frattempo è stata superata la cifra di 3000. Le vittime irachene, invece, fino a tale data, erano circa 45000, ma anche esse, nel frattempo, hanno già superato la cifra di 50000. Vedi anche E. FOLLATH *et al.*, *Der Alptraum-Präsident*, in *Der Spiegel* del 9 ottobre 2006, pp. 130-148, a p. 131.

<sup>36</sup> Vedi anche i commenti critici dell'ex-Ministro degli esteri J. FISCHER, *Die Rückkehr der Geschichte. Die Welt nach dem 11. September und die Erneuerung des Westens*, Köln, 2005, pp. 9-16.

<sup>37</sup> In una relazione del Pentagono al Congresso USA del 19 dicembre 2006, riguardo alla situazione in Iraq, si fa riferimento ad un aumento del numero degli attacchi dall'ottobre 2006 del 22%. Già prima il nuovo Ministro della difesa americano, Robert Gates, durante la cerimonia per il suo insediamento, affermò che un fallimento degli USA in Iraq avrebbe significato “un disastro, che inseguebbe ancora a lungo la nostra nazione, paralizzerebbe la nostra credibilità e, per decenni,

guerra civile e rischia di frantumarsi in tre parti. Quanto la situazione geo-strategica nel vicino e medio oriente attualmente sia rimasta instabile, lo dimostrano sia la guerra tra l'esercito israeliano e le unità militari degli *hezbollah* nel Sud del Libano tra il 12 luglio e il 14 agosto 2006, sia la crescente polemica internazionale intorno alla politica atomica dell'Iran<sup>38</sup>. Nonostante la proposta dell'*Iraqi Study Group*<sup>39</sup>, creato dall'ex-Ministro degli esteri americano James Baker, di un cambiamento di strategia, che si è fondata prevalentemente con misure militari, ad oggi ciò non si è verificato; anzi, l'amministrazione Bush progetta un aumento delle truppe in Iraq. Quindi, è impossibile fare previsioni su come potrà essere sciolto il nodo gordiano delle crisi, intrecciate tra loro, del vicino e del medio oriente.

Nello stesso tempo, il fallimento in Iraq significa per gli USA una notevole perdita di prestigio, in quanto ha messo in dubbio la loro capacità di leader, in quanto unica potenza egemone rimasta. Ciò trova conferma anche in indagini pubbliche, come quella condotta dall'Istituto di demoscopia di Allensbach nel 2003, secondo la quale l'immagine dell'America per i tedeschi è sì fortemente legata all'attacco dell'11 settembre 2001, ma il rifiuto della guerra contro l'Iraq si è dimostrato altrettanto inequivocabile: in Germania il 76% degli intervistati si è espresso contro l'intervento militare<sup>40</sup>. Ulteriori inchieste dell'Istituto di Allensbach, condotte nel 2003 e nel 2007, confermano che, con la guerra in Iraq, per i cittadini tedeschi l'America ha subito la maggiore perdita d'immagine. Nel marzo 2003, infatti, solo 11% considerava gli Stati Uniti il migliore alleato della Germania. Nel 2007 questa percentuale è risalita al 21%<sup>41</sup>. Certo, non bisogna sopravvalutare umori passeggeri di questo tipo, ma comunque tali dati mostrano che la guerra in Iraq ha lasciato nella coscienza di ampi settori della cittadinanza tedesca un profondo *vulnus* nel rapporto con gli USA.

4. Anche se a livello governativo i rapporti sono tornati alla normalità<sup>42</sup>, ci sono due problemi che continuano a pesare sulle relazioni bilaterali. Si tratta, in primo luogo, del ruolo che gli USA avranno o vorranno avere all'interno della comunità internazionale a medio e lungo termine. Attualmente, per esempio, prevale in Europa l'impressione che l'amministrazione neo-conservatrice di

---

renderebbe più insicura la vita di tutti gli Americani". Vedi *Pentagon: Sicherheitslage im Irak deutlich verschlechtert*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 20 dicembre 2006.

<sup>38</sup> La risoluzione 1737, adottata all'unanimità dal Consiglio di sicurezza il 23 dicembre 2006, che impegna l'Iran a rinunciare ad "ogni forma di arricchimento e rigenerazione dell'uranio, inclusa la ricerca e lo sviluppo", è rimasta inosservata. Già precedentemente l'Iran non aveva rispettato la risoluzione 1696, contenente le stesse richieste.

<sup>39</sup> Il rapporto completo è reperibile *on line* all'indirizzo [www.usip.org](http://www.usip.org).

<sup>40</sup> E. NOELLE, *Die Entfremdung. Deutschland und Amerika entfernen sich voneinander*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 23 luglio 2003.

<sup>41</sup> E. NOELLE, T. PETERSEN, *Ein Hauch von Isolationismus*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 24 gennaio 2007.

<sup>42</sup> C. HACKE, *Deutsche Außenpolitik unter Bundeskanzlerin Angela Merkel*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, n. 43, pp. 30-37.

Bush<sup>43</sup> abbia militarizzato la sua politica estera<sup>44</sup> e, a causa della sua posizione come potenza mondiale, preferisca un'azione politica e militare unilaterale. Gli Stati europei, invece, in particolar modo gli Stati membri dell'Unione europea, proseguono le vie diplomatiche, multilaterali e legittime secondo il diritto internazionale<sup>45</sup>. Vista così, l'attuale politica americana non corrisponderebbe affatto ad una vera politica di alleanza. Ma, in definitiva, solo gli USA possono rispondere alla domanda essenziale, se l'ordine mondiale sarà definito in maniera unilaterale o multilaterale<sup>46</sup>. Tale risposta comporta automaticamente una valutazione del ruolo e del significato delle Nazioni Unite.

Nello stesso tempo, rimane il sospetto che l'unica superpotenza rimasta dopo la fine della guerra fredda pretenda per sé dei diritti particolari. Anche il trattamento dei prigionieri a Guantanamo<sup>47</sup>, non conforme al diritto internazionale, né alla Carta delle Nazioni Unite e nel frattempo condannato dalla Corte suprema<sup>48</sup>, così come le catture e i trasferimenti (“*renditions*”) di sospetti terroristi<sup>49</sup>, illegali e spesso svolti in modo violento, fanno presumere che gli Stati Uniti procedano, quando sembra loro necessario, senza badare al diritto internazionale, né ai diritti umani. Le violazioni dei diritti umani, ormai dimostrate, nutrono da tempo una polemica di una delicatezza che anche lo Stato più potente del mondo non può ignorare<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> Vedi anche la legittimazione eloquente dell'approccio politico unilaterale neoconservatore da parte di C. KRAUTHAMMER, *Democratic Realism. An American Foreign Policy for a Unipolar World*, Washington D.C., 2004, criticato da S. HALPER, J. CLARK, *America Alone: The Neoconservatives and the Global Order*, Cambridge, 2004, e, ultimamente, da F. FUKUYAMA, *America at the Crossroads: Democracy, Power and the Neoconservative Legacy*, New Haven (Conn.), 2006.

<sup>44</sup> Per esempio, la valutazione di P. VENNESSON, *Les États-Unis et l'Europe face à la guerre. Perceptions et divergences dans l'emploi de la force armée*, in *Études internationales*, 2005, pp. 527-548.

<sup>45</sup> Vedi al riguardo in particolare C. HACKE, *Deutschland, Europa und der Irakkonflikt*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2003, n. 24-25, pp. 8-16.

<sup>46</sup> Per questo tale domanda è ancora ampiamente discussa sia nella politica “applicata” che nella scienza politica; vedi anche la rassegna degli argomenti più importanti condotta da A. B. DENISON, *Unilateral oder multilateral? Motive der amerikanischen Irakpolitik*, *ivi*, pp. 17-24.

<sup>47</sup> M. NOWAK, *Das System Guantánamo*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, n. 36, pp. 23-30. Nel caso che si verificasse anche solo una piccola parte delle affermazioni fatte dallo stesso Murat Kurnaz dal *lager*, allora si tratterebbe, senza dubbio, di gravissime violazioni dei diritti umani e civili; vedi M. KURNAZ, *Fünf Jahre meines Lebens. Ein Bericht aus Guantánamo*, Berlin, 2007.

<sup>48</sup> Nella sua decisione del 25 giugno 2006 la Corte suprema degli USA ha dichiarato illegali i tribunali militari, sia secondo il diritto militare americano, sia per il diritto internazionale. Da rapporti interni dell'FBI, resi noti il 3 gennaio 2007, risulta dall'interrogatorio di 493 collaboratori che a Guantanamo, aperto nel gennaio 2002, erano praticate torture con una certa sistematicità; vedi *FBI dokumentiert Misshandlungen in Guantánamo*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 4 gennaio 2007.

<sup>49</sup> D. D. BARTELT, F. MUGGENHALER, *Das Rendition-Programm der USA und die Rolle Europas*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, n. 36, pp. 31-38.

<sup>50</sup> H. MÜLLER, *Das transatlantische Risiko: Deutungen des amerikanisch-europäischen Weltordnungskonflikts*, *ivi*, 2004, n. 3-4, p. 16.

Tutto ciò porta ad un secondo problema fondamentale, ultimamente spesso apparso nei rapporti americano-tedeschi, alimentando anch'esso delle polemiche: la difesa dei diritti umani e dei diritti civili, così come anche lo svolgimento regolare di un processo in uno Stato di diritto. Tali problemi si pongono nell'ambito della politica degli interni e di sicurezza, scenari fortemente mutati in entrambi i Paesi, con cambiamenti che sono diretta conseguenza degli attacchi dell'11 settembre 2001 e della lotta al terrorismo internazionale. Con l'approvazione del "*Patriot Act*" del 26 ottobre 2001, per esempio, sono stati assegnati alle agenzie di sicurezza americane poteri che, tra l'altro, facilitano l'intercettazione di telefonate e permettono un controllo più completo delle comunicazioni via internet. È anche prevista l'agevolazione della perquisizione domiciliare e della rapida consegna di documenti e corrispondenza. Inoltre, persone sospettate possono essere trattenute in arresto più a lungo. Anche in Germania, il 9 novembre 2001, è stato deciso il "pacchetto antiterrorismo", che considera reato l'appartenenza, il sostegno e la propaganda a favore di una organizzazione terroristica fondata all'estero. Anche le regole in materia di promozione e sostegno al diritto di associazione sono state cambiate, in maniera da escludere le associazioni religiose dai numerosi benefici che la legislazione assegna alle associazioni. Questi sono solo esempi, tratti dall'esperienza degli USA e della Germania, di nuove leggi e misure che, dopo l'11 settembre, hanno contribuito a cambiare "l'architettura di sicurezza" in molti Paesi.

In realtà, in particolar modo in America, i servizi segreti svolgono sempre di più compiti che prima erano assegnati alla polizia e ai pubblici ministeri, senza controlli giuridici o processi, richiesti dalle regole di uno Stato di diritto. Nello "Stato di allarme" c'è sempre di più il rischio che il diritto penale ed il diritto di polizia si fondino in un unico diritto della sicurezza interna, mentre i principi fondamentali di uno Stato di diritto non siano rispettati o vengano abrogati, come per esempio il pubblico svolgimento dei processi penali, la separazione tra polizia e servizi segreti, il controllo di eventuali violazioni dei diritti fondamentali da parte di giudici indipendenti, ecc.

È quindi positivo che l'opinione pubblica in Germania sia stata presto sensibilizzata a vigilare su eventuali violazioni dei diritti umani e civili. Questo vale sia per il caso del cittadino tedesco Khaled El Masri, fermato e maltrattato in un carcere afgano da gennaio a maggio 2004 senza alcuna spiegazione<sup>51</sup>. Ma vale anche per il cittadino turco Murat Kurnaz, arrestato nel dicembre 2001 in Pakistan, vicino al confine con l'Afghanistan e trasferito come uno dei primi prigionieri nella *lager* Guantanamo già il 2 febbraio 2002, per rimanerci per quasi cinque anni. Attualmente due commissioni d'inchiesta del Bundestag tedesco stanno esaminando se Kurnaz sia stato tenuto così a lungo a causa di un rifiuto

---

<sup>51</sup> Vedi *Haftbefehle gegen mutmaßliche CIA-Mitarbeiter*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 1° febbraio 2007. In tale ambito il Tribunale di Monaco di Baviera aveva emanato 13 ordini d'arresto contro le persone accusate di essere coinvolte nel rapimento di Khaled El Masri.

della CIA di fronte alla richiesta di liberazione formulata dai servizi segreti tedeschi o da istanze politiche<sup>52</sup>.

È indubbio che il terrorismo globalizzato dev'essere combattuto globalmente con l'aiuto di una cooperazione internazionale. Senza che però ne risentano i diritti umani e i diritti civili, ormai stabiliti a livello mondiale, né tanto meno le norme e i principi di uno Stato di diritto. Proprio perché il terrorismo rifiuta profondamente e combatte perciò con tutti i mezzi lo Stato di diritto liberal-democratico e costituzionale, le democrazie dell'occidente non devono cadere nella trappola di stare al gioco dei terroristi, ma devono invece difendere i principi dello Stato di diritto.

---

<sup>52</sup> Vedi *Ein schlechtes Geschäft*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26 gennaio 2007 (vedi anche sopra, nota 47).

# L'attuazione delle norme internazionali sulla proprietà intellettuale nell'ordinamento comunitario

SOMMARIO: 1. Premessa. – *Parte I: L'evoluzione della normativa comunitaria nel campo della proprietà intellettuale.* – 2. Le c.d. *border measures*. – 3. La normativa comunitaria di armonizzazione. – 4. Le competenze della Commissione in materia di valutazione e registrazione dei titoli di privativa. – 5. La strategia d'azione in materia di proprietà intellettuale come strumento per rafforzare gli strumenti di attuazione del TRIPs nell'Unione europea. – *Parte II: La verifica circa il rispetto delle norme TRIPs in ambito WTO e nel contesto della CE.* – 6. Il problema relativo alla compatibilità degli atti adottati dalla CE con il principio del trattamento nazionale. – 7. La valutazione circa la compatibilità con il TRIPs nel contesto del meccanismo WTO di soluzione delle controversie: il caso del regolamento 2081/92 sulle indicazioni geografiche e le denominazioni di origine. – 8. Il contributo della Corte di giustizia riguardo alla compatibilità degli atti CE con le norme TRIPs. – *Parte III: La competenza della Corte di giustizia riguardo all'osservanza delle norme TRIPs da parte degli Stati membri.* – 9. Il carattere "comunitario" dell'obbligo degli Stati membri di ottemperare all'Accordo TRIPs. – 10. Il ruolo della Corte di giustizia ai fini della coerenza nell'interpretazione del TRIPs. – 11. La competenza esclusiva della Corte di giustizia a decidere sulle violazioni del TRIPs nelle controversie tra gli Stati membri. – *Parte IV:* 12. Osservazioni conclusive.

1. L'attuazione delle norme internazionali sui diritti di proprietà intellettuale rappresenta una finalità prioritaria per la Comunità europea. Per questo motivo sta assumendo un'importanza crescente il ruolo della CE nell'assicurare l'adeguamento agli obblighi internazionali che derivano soprattutto dall'Accordo sugli aspetti della proprietà intellettuale (TRIPs) stipulato nel contesto dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO). Si verifica in tal modo una sovrapposizione rispetto agli Stati membri, mentre rimangono irrisolti taluni aspetti relativi ai limiti delle competenze comunitarie in materia.

Il problema è stato affrontato con specifico riferimento al TRIPs in occasione del parere della Corte di giustizia del 15 novembre 1994 n. 1/94 sulla partecipazione della CE alla WTO<sup>1</sup>: come ha precisato la Corte di giustizia, la materia

<sup>1</sup> Raccolta, p. I-5267. Il testo dell'Accordo TRIPs del 15 aprile 1994 è reperibile *on line* sul sito [www.wto.org](http://www.wto.org).

oggetto del TRIPs rientra in parte nell'ambito della competenza esclusiva della Comunità, in parte nell'ambito della competenza concorrente CE-Stati membri. Per questo motivo, la Corte ha ritenuto che l'adesione al TRIPs dovesse avvenire nella forma di un accordo misto. Identico metodo è stato seguito in occasione della adesione della CE ad altre convenzioni internazionali sulla proprietà intellettuale amministrata dalla WIPO (Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale) non ricomprese tra quelle recepite nel TRIPs, come il Trattato sul *copyright* (WCT) e quello relativo ai diritti degli esecutori e i fonogrammi (WPPT) del 20 dicembre 1996<sup>2</sup>, e il Protocollo allegato all'Accordo di Madrid riguardante la registrazione dei marchi del 27 giugno 1989<sup>3</sup>.

La Corte di giustizia ha anche sottolineato che i problemi di attuazione dell'Accordo WTO e allegati, derivanti dalla partecipazione congiunta della Comunità e degli Stati membri, devono essere affrontati in modo da assicurare il necessario coordinamento e unità di azione. La medesima impostazione era stata espressa dalla Corte di giustizia nel suo primo parere dedicato alla capacità della CE di concludere accordi rientranti nel settore della politica commerciale comune, nel quale la Corte ha comunque dato particolare rilievo alla necessità dell'armonizzazione<sup>4</sup>.

A distanza di oltre dieci anni dall'adesione della Comunità europea al TRIPs, le precisazioni della Corte di giustizia non sembrano più sufficienti. Appare inadeguato anche l'argomento principale addotto a giustificazione della partecipazione della CE al TRIPs, consistente nello stretto collegamento tra la protezione dei diritti di proprietà intellettuale e il commercio. Si può notare, per inciso, che il medesimo argomento è stato utilizzato per sostenere la necessità di ricomprendere le norme internazionali sulla proprietà intellettuale nel sistema WTO ai fini dell'adozione del TRIPs. È indubbio che violazioni della proprietà intellettuale comportano conseguenze economiche rilevanti sotto il profilo commerciale e anche sul mercato interno comunitario. Come ha rilevato la Corte di giustizia nel citato parere 1/94, le stesse contro-misure cui si può ricorrere in ultima istanza contro eventuali violazioni del TRIPs da parte di Stati terzi, ove riguardino il settore del commercio di beni, ricadono nell'ambito della competenza esclusiva della CE<sup>5</sup>.

Tuttavia, i diritti di proprietà intellettuale hanno assunto ormai una importanza che trascende i risvolti strettamente collegati allo scambio di merci e rap-

<sup>2</sup> Decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, *GUCE* L 89, 11 aprile 2000, p. 6. I testi del WCT e del WPPT sono reperibili *on line* sul sito [www.wipo.int](http://www.wipo.int).

<sup>3</sup> Decisione 2003/793/CE del Consiglio, del 27 ottobre 2003, che approva l'adesione della Comunità europea al protocollo relativo all'Intesa di Madrid concernente la registrazione internazionale dei marchi, adottato a Madrid il 27 giugno 1989, *GUUE* L 296, 14 novembre 2003, p. 20. Il Protocollo di Madrid (in vigore dal 10 dicembre 1995) è finalizzato a creare un collegamento tra il sistema comunitario sui marchi commerciali e la procedura di registrazione internazionale, consentendo così la partecipazione a questa procedura degli Stati membri della CE che non hanno aderito al *Trade Registration Treaty* (Accordo di Madrid) del 1891 (e successive modificazioni). Il testo è riprodotto nel sito *web* citato alla nota 2.

<sup>4</sup> Parere della Corte di giustizia dell'11 novembre 1975, n. 1/75, *Raccolta*, p. 1355.

<sup>5</sup> Parere 1/94, cit., punto 107 ss.

presentano un sistema di principi a sé stanti intimamente connessi alla promozione dello sviluppo industriale e tecnologico, al funzionamento dell'industria dell'intrattenimento e della cultura. In questa ottica, il coinvolgimento delle istituzioni comunitarie dovrebbe servire a realizzare un sistema codificato regionale di regole coerenti ed efficaci, coesistente e talvolta più rigoroso rispetto alla normativa TRIPs, oltre che ad assicurarne il rispetto in ambito europeo.

Il presente contributo intende illustrare talune problematiche che emergono a seguito della adozione di norme comunitarie a tutela della proprietà intellettuale. Esse riguardano, in primo luogo, la loro conformità con gli impegni derivanti dalla partecipazione alla WTO. L'assunzione da parte dell'UE di un ruolo di protagonista sulla scena internazionale comporta anche la responsabilità verso Stati terzi per eventuali incompatibilità tra la disciplina adottata dalle istituzioni comunitarie e la normativa TRIPs. Sul fronte dei rapporti intra-comunitari, si esaminerà come l'assunzione da parte della Corte di giustizia di un ruolo di controllore dell'adempimento da parte degli Stati degli obblighi internazionali in materia di privative finisca per alterare il sistema di ripartizione di competenze ricavabile dal Trattato istitutivo della Comunità.

L'analisi verrà condotta con riferimento alla normativa TRIPs, senza affrontare i problemi che potrebbero porsi in relazione alla partecipazione della CE agli accordi WCT e WPPT, in vigore dal 2 marzo 2002, che hanno introdotto limitate novità da un punto di vista sostanziale rispetto alle norme TRIPs. Per questo motivo, non sembra si pongano problemi di specifico rilievo quanto al loro impatto sulle relazioni intra-comunitarie.

2. Con l'espressione *border measures* nel campo della proprietà intellettuale vengono indicate le misure adottate per regolamentare l'impatto dei diritti di proprietà intellettuale sulle relazioni commerciali internazionali. In questo ambito è possibile far rientrare gli strumenti di salvaguardia che la CE è competente ad adottare per assicurare l'effettività del TRIPs nel mercato interno e nel commercio con gli Stati terzi. Particolare rilievo riveste il regolamento (CE) n. 3286/94 del Consiglio, del 22 dicembre 1994<sup>6</sup> (il c.d. TBR, *Trade Barrier Regulation*), sulle procedure comunitarie di garanzia dei diritti della Comunità nell'ambito delle norme commerciali internazionali, in particolare di quelle istituite sotto gli auspici della WTO. Tale regolamento, che ne emenda uno anteriore allo scopo di adeguare l'azione comunitaria ai nuovi obblighi derivanti dalla partecipazione alla WTO, istituisce la facoltà della Commissione di fare indagini e adottare misure commerciali di salvaguardia per prevenire e rimuovere gli effetti negativi per il mercato interno derivanti dal comportamento di Stati terzi. Siffatte iniziative sono consentite sulla base del reclamo presentato da una impresa comunitaria o da uno Stato membro anche per violazioni di diritti di proprietà intellettuale da parte di Stati terzi che abbiano ripercussioni sul commercio. La Commissione può adottare misure consistenti nella sospensione o nel ritiro di concessioni, nell'aumento dei dazi doganali o nell'introduzione di restri-

---

<sup>6</sup> GUCE L 349, 31 dicembre 1994, p. 71.

zioni quantitative, quando siano state esaurite le procedure internazionali di soluzione delle controversie alle quali è obbligatorio fare ricorso in base al sistema WTO. L'azione della CE è sicuramente più efficace rispetto a quella che potrebbe essere intrapresa dai singoli Stati. In questo senso può dirsi che i poteri della Commissione rafforzano il sistema di garanzie previsto dal TRIPs<sup>7</sup>.

Altri atti della CE sono finalizzati ad armonizzare le procedure esperibili allo scopo di tutelare il mercato interno a fronte dell'introduzione di merci contraffatte da Stati terzi, anche mediante la riesportazione di dette merci. Al riguardo si può richiamare il regolamento (CE) n. 1383/2003 del Consiglio<sup>8</sup>, del 22 luglio 2003, che assicura l'uniformità delle misure applicabili da parte delle autorità doganali sulle merci non conformi alle norme sui diritti di privativa; alla Commissione è stato affidato il compito di raccogliere tutte le informazioni rilevanti riguardo all'applicazione di questa normativa. Il regolamento 1383/03 ha sostituito il precedente regolamento (CEE) n. 3842/86 del Consiglio, del 1° dicembre 1986<sup>9</sup>, già modificato con il regolamento (CE) n. 3295/94 del Consiglio, del 22 dicembre 1994<sup>10</sup>. Si può notare che mentre il regolamento 3842/86 era basato, oltre che sull'art. 113 (ora art. 133 TCE) anche sull'art. 235 (ora art. 308 TCE), non ravvisandosi nella prima disposizione una sicura base giuridica per i casi di contraffazione delle merci, a partire dal regolamento 3295/94 la Comunità si è considerata competente in base alle sue prerogative nel campo della politica commerciale comune. Tale consapevolezza circa le competenze della CE in materia di adozione di regole comuni nel campo della proprietà intellettuale ogni volta che riguardino l'ambito della politica commerciale si pone in linea di continuità rispetto alla posizione assunta al momento della adesione alla WTO: l'adozione di regole comuni consente infatti di rafforzare l'efficacia delle misure commerciali adottate, fatte salve le competenze spettanti ai singoli Stati membri<sup>11</sup>.

**3.** Una serie di norme emanate dalla CE per l'armonizzazione della legislazione degli Stati membri sui requisiti, le scadenze, l'estensione dei diritti di

<sup>7</sup> Di recente il regolamento 3286/94 è stato applicato nel caso *Canada Amendment of the Trade-Marks Act* su ricorso del 6 dicembre 2001 del Conseil Interprofessionnel du Vin de Bordeaux (CIVB) in relazione a un dazio doganale che danneggiava le esportazioni comunitarie dei vini con l'indicazione geografica "Bordeaux" o "Médoc" verso il mercato canadese (doc. 2002/C, 124/05). Nel caso *Obstacles to trade consisting of measures imposed and practices followed by the Republic of Turkey affecting trade in pharmaceutical products* (ricorso del 9 ottobre 2003, doc. 2003/C 311/04), la Federazione Europea delle Industrie e Associazioni Farmaceutiche (EFPIA) invocava la violazione da parte della Turchia degli obblighi di trasparenza e non discriminazione nella importazione e commercializzazione dei farmaci, stabiliti dall'art. 39, par. 3 TRIPs. Secondo questa disposizione, gli Stati membri, "when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort", hanno l'obbligo di proteggere tali informazioni contro eventuali abusi.

<sup>8</sup> GUUE L 196, 2 agosto 2003, p. 7.

<sup>9</sup> GUCE L 357, 18 dicembre 1986, p. 1.

<sup>10</sup> GUCE L 97, 18 aprile 1996, p. 38.

<sup>11</sup> Cfr. il parere 1/94, cit., punto 109.

proprietà intellettuale, hanno trovato fondamento sia nell'ex art. 100 del TCE sul ravvicinamento delle legislazioni (ora art. 95), sia nell'obbligo per gli Stati membri di adempiere alla normativa internazionale adottata nell'ambito delle Unioni amministrative dalla WIPO, preesistenti alla formazione dell'Accordo TRIPs. È tuttavia sempre presente l'indicazione del rilievo che riveste l'adozione di un sistema coerente di regole ai fini del mercato interno. L'importanza dell'armonizzazione è evidente anche in relazione al mercato extra-comunitario, dal momento che una regolamentazione diversa potrebbe compromettere l'equivalenza delle opportunità per individui o imprese di Stati terzi e comportare un diverso grado di competitività all'interno degli Stati membri, con conseguenze negative sul mercato interno.

L'armonizzazione delle norme sulle privative ha riguardato sia i settori nei quali esiste la competenza esclusiva della CE di rilasciare un titolo di proprietà intellettuale parallelo a quello concesso dai singoli Stati membri (ad esempio nel campo dei marchi commerciali), sia i settori nei quali esistono soltanto titoli nazionali (ad esempio nel campo del *copyright*). Riguardo ai marchi commerciali, occorre menzionare la direttiva 89/104/CE del Consiglio, del 21 dicembre 1988<sup>12</sup>, adottata allo scopo di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri e il regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993<sup>13</sup>, relativo alle misure provvisorie che gli Stati membri possono adottare per proteggere i marchi commerciali comunitari. Nel campo della proprietà letteraria ed artistica, il cui rilievo è emerso a partire dalla sentenza *Collins*<sup>14</sup>, è stata adottata la direttiva 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2001<sup>15</sup>, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del *copyright* e diritti connessi nella società dell'informazione, che regola l'estensione di tali diritti, le relative limitazioni e l'applicazione della regola dell'esaurimento dei diritti. La direttiva 2006/116/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2006<sup>16</sup>, ha introdotto regole uniformi in materia di durata della tutela del *copyright* e diritti correlati, sostit-

---

<sup>12</sup> GUCE L 40, 11 febbraio 1989, p. 1.

<sup>13</sup> GUCE L 11, 14 gennaio 1994, p. 1.

<sup>14</sup> Secondo la Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins c. Intrat Handelsgesellschaft*, Raccolta, p. I-5145, punti 20-21: "La tutela dei diritti morali consente soprattutto agli autori e agli artisti di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell'opera che possa recare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione. Il diritto d'autore e i diritti connessi presentano del pari un carattere economico in quanto prevedono la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell'opera tutelata, in particolare attraverso la concessione di licenze dietro il pagamento di compensi (...) lo sfruttamento commerciale del diritto d'autore, oltre a costituire una fonte di reddito per il suo titolare, costituisce anche una forma di controllo della messa in commercio da parte del titolare stesso delle società di gestione e dei licenziatari. Da questo punto di vista, lo sfruttamento commerciale del diritto d'autore pone gli stessi problemi sollevati dallo sfruttamento di altri diritti di proprietà industriale e commerciale".

<sup>15</sup> GUCE L 167, 22 giugno 2001, p. 10.

<sup>16</sup> GUUE L 372, 27 dicembre 2006, p. 12.

tuendo la precedente direttiva 93/98/CE e, in parte, la direttiva 98/71/CE, relative a *copyright* e diritti connessi e, rispettivamente, ai disegni industriali.

Questa normativa, pur non rappresentando una forzatura del sistema di ripartizione delle competenze tra CE e Stati membri, ha l'effetto di ridurre in misura sostanziale la discrezionalità degli Stati membri relativamente agli aspetti più rilevanti della disciplina dei diritti di privativa, sia con riferimento alle relazioni intra-comunitarie, sia riguardo alle relazioni con Stati terzi. Agli Stati membri rimane unicamente una sfera residuale di intervento legislativo, laddove manchino norme comunitarie di armonizzazione che disciplinino in maniera sufficientemente dettagliata le condizioni e l'estensione della tutela della proprietà intellettuale. Un settore nel quale fino ad epoca recentissima erano in vigore unicamente norme nazionali era costituito dalle procedure amministrative e giurisdizionali per l'adozione di sanzioni, di misure provvisorie e di esecuzione. Va comunque rilevato che, pur dove manchino regole comunitarie di dettaglio, gli Stati membri devono conformarsi alle norme rilevanti del TCE, tra le quali, innanzitutto, il principio generale di non discriminazione enunciato nell'art. 7, par. 1 TCE<sup>17</sup>. Pertanto gli Stati membri sono obbligati a garantire un livello equivalente di tutela della proprietà intellettuale, essendo tale equivalenza essenziale in considerazione delle ripercussioni sul commercio intra-comunitario di beni e servizi.

4. Tra le attività originariamente affidate alla competenza esclusiva degli Stati membri figurano quelle afferenti alla valutazione dei requisiti per la registrazione dei titoli nazionali e alle relative procedure. Ciò vale ogni volta che manchi un titolo comunitario oppure, pur sussistendo quest'ultimo, sussista comunque la possibilità di richiedere un titolo nazionale<sup>18</sup>. Tuttavia, anche in questo campo, vi sono stati notevoli sviluppi che vedono un incremento del ruolo della CE. In materia di marchi, è stata affidata alla Commissione la valutazione delle condizioni per il rilascio del marchio comunitario, che costituisce un titolo unico, vincolante in tutti gli Stati membri. Tale procedura non è sostitutiva delle procedure di registrazione dei marchi nazionali, ma coesiste con queste ultime<sup>19</sup>.

Anche il regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001<sup>20</sup> sui disegni comunitari istituisce un doppio regime di titoli (i disegni registrati e quelli non registrati) coesistenti e paralleli rispetto a quelli in vigore negli Stati membri.

Nel campo delle denominazioni geografiche, il regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006<sup>21</sup>, sulla tutela delle denominazioni

<sup>17</sup> Lo ha rilevato, tra l'altro, la Corte di giustizia nella sentenza *Collins*, cit., spec. punto 21.

<sup>18</sup> Come si è sottolineato, le autorità nazionali mantengono anche una competenza esclusiva in materia di tutela giudiziaria provvisoria o esecutiva, o relativamente alla irrogazione di sanzioni penali.

<sup>19</sup> Fondamento giuridico del marchio commerciale comunitario è il regolamento 40/94, cit., e il relativo regolamento di attuazione della Commissione 2868/95 del 13 dicembre 1995. Il 5 febbraio 1996 la Commissione ha adottato il regolamento (CE) n. 216/96 contenente le regole di procedura delle commissioni di ricorso.

<sup>20</sup> *GUCE* L 3, 5 gennaio 2002, p. 1.

<sup>21</sup> *GUUE* L 93, 31 marzo 2006, p. 12.

geografiche e le designazioni di origine per i prodotti agricoli e alimentari, e il regolamento (CE) n. 509/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006<sup>22</sup>, sui prodotti agricoli e alimentari come specialità tradizionali garantite, hanno invece introdotto un sistema unitario, consistente in una procedura speciale sotto il controllo esclusivo della Commissione, con il compito di valutare le condizioni per la registrazione<sup>23</sup>. Tale procedura unica è obbligatoria, ed esclude la possibilità di ricorrere a procedure nazionali di registrazione<sup>24</sup>. A questo risultato si è pervenuti sulla base delle competenze conferite alla Comunità *ex art. 37 TCE* relativo alla politica agricola, configurandosi i diritti di proprietà intellettuale in quel settore come un mezzo per promuovere la produzione agricola e migliorare il reddito degli agricoltori, al tempo stesso garantendo i consumatori.

Nel campo dei brevetti non si è ancora pervenuti agli stessi risultati. In questo campo continuano ad applicarsi le norme nazionali in vigore in ciascuno Stato membro e la Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo. Quest'ultima costituisce a tutti gli effetti uno strumento di diritto internazionale esterno rispetto al sistema dell'Unione europea. Una proposta di regolamento sul brevetto europeo, sottoposta al Consiglio dalla Commissione nel 2000<sup>25</sup>, non ha ancora portato all'adozione di un atto<sup>26</sup>, e nemmeno il progetto di istituzione di un tribunale competente in materia di brevetto comunitario<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 1. I due citati regolamenti sostituiscono il regolamento (CE) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992 sulla tutela dei marchi commerciali e delle indicazioni geografiche per i prodotti agricoli e alimentari, e le denominazioni di origine, *GUCE* L 208, 24 luglio 1992, p. 1.

<sup>23</sup> Taluni adeguamenti sono stati introdotti con il regolamento (CE) n. 692/2003 del Consiglio, dell'8 aprile 2003, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, *GUUE* L 99, 17 aprile 2003, p. 1.

<sup>24</sup> Per questo regolamento si veda in dettaglio *infra*, par. 7.

<sup>25</sup> COM(2000)412 def., 2000/0177 (CNS), Bruxelles 1° agosto 2000.

<sup>26</sup> Negli Stati comunitari la normativa sui brevetti ha subito una armonizzazione di fatto. Ciò deriva dall'adesione di tutti gli Stati membri dell'UE sia alla Convenzione di Parigi per la tutela della proprietà industriale del 20 marzo 1883 (così come emendata il 14 luglio 1967), che al TRIPS. Alcuni Stati sono anche membri della Convenzione del Consiglio d'Europa del 27 novembre 1963 sull'unificazione di alcuni aspetti del diritto sui brevetti. Inoltre, tutti gli Stati membri della CE hanno gradualmente aderito alla Convenzione del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo (la c.d. Convenzione di Monaco), che ha istituito l'Organizzazione europea dei brevetti, che comprende l'Ufficio europeo dei brevetti e il Consiglio di amministrazione. Grazie alla Convenzione di Monaco è stato possibile unificare la procedura di concessione dei brevetti. Tuttavia, una volta che il brevetto è stato concesso, è soggetto alla normativa in vigore in ciascuno degli Stati per i quali è stato richiesto. La Convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario, sottoscritta nel 1975 e successivamente emendata con l'Accordo di Lussemburgo del 15 dicembre 1989, comprendente tra l'altro il Protocollo per la soluzione delle controversie relative alla validità e alla violazione dei brevetti comunitari, non è invece entrata in vigore. L'adozione di un regolamento comunitario sui brevetti consentirebbe la registrazione centralizzata e un sistema giudiziario unificato, nonché norme uniche relative, tra l'altro, alle licenze obbligatorie, al rinnovo e all'invalidità dei brevetti.

<sup>27</sup> Cfr. la proposta di decisione del Consiglio per l'istituzione di un tribunale comunitario per i brevetti e il conferimento di competenze d'appello al Tribunale di prima istanza, 23 dicembre 2003, COM(2003)828 def., 2003/0324 (CNS).

5. Allo scopo di sviluppare un sistema giuridico unitario per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno affidato alla Commissione il compito di elaborare una normativa per rafforzare e armonizzare le misure nazionali di tutela nel campo della proprietà intellettuale (direttiva 2004/48/CE del Parlamento e del Consiglio, del 29 aprile 2004<sup>28</sup>). Una proposta della Commissione dell'Unione europea, intitolata *Strategia di applicazione dei diritti di proprietà intellettuale nei Paesi terzi* (2005)<sup>29</sup> invita gli Stati membri ad intraprendere azioni specifiche allo scopo di prevenire e ostacolare la pirateria, rafforzando gli strumenti giudiziari nazionali per bloccare pratiche di contraffazione e migliorando le modalità di presentazione delle prove. In questo modo la Comunità europea intende armonizzare i sistemi legislativi in vigore negli Stati membri, al fine di assicurare un elevato livello di tutela, equivalente ed omogeneo nel mercato interno, e la cooperazione giudiziaria nello spazio comunitario. Posto che l'obbligo di garantire strumenti giudiziari così come richiesto dal TRIPs spetta agli Stati membri, il modello *standard* proposto dalla Commissione potrebbe esercitare un'influenza significativa sul funzionamento dei tribunali nazionali. È possibile in tal modo contribuire non soltanto ad eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno, ma anche ad adeguare la legislazione in vigore nella zona UE alle regole TRIPs. Ciò rappresenta un risultato importante se si considera che l'adeguamento della legislazione statale al TRIPs costituisce un aspetto di particolare rilevanza nel sistema di quell'Accordo, che vincola gli Stati membri a mantenere o introdurre una legislazione che garantisca *standard* minimi di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e assicuri l'adozione di misure amministrative e giurisdizionali per bloccare la contraffazione. Per questo motivo è particolarmente significativo il contributo delle istituzioni comunitarie consistente nel fornire agli Stati membri linee-guida relativamente alla normativa da adottare.

6. Al ruolo attivo svolto dalla CE quanto alla produzione normativa nelle materie disciplinate dal TRIPs ha corrisposto un progressivo coinvolgimento diretto nei rapporti con gli Stati terzi partecipanti a quell'Accordo. Ne costituisce la riprova il frequente riferimento al dovere di adeguarsi alle norme TRIPs negli atti più recenti. Come si vedrà, anche la Corte di giustizia si è più volte espressa riguardo all'esigenza di interpretare la normativa comunitaria e quella di origine nazionale in vigore negli Stati membri in maniera conforme all'Accordo TRIPs.

La verifica della conformità di atti CE con il TRIPs sembra ricevere in prevalenza una soluzione positiva. Infatti, le norme comunitarie garantiscono in genere una tutela dei diritti di proprietà intellettuale più rigorosa a confronto degli *standard* TRIPs, che lasciano più spazio alla discrezionalità degli Stati contraenti a confronto della normativa comunitaria. Basta richiamare, a titolo di

<sup>28</sup> GUUE L 195, 2 giugno 2004, p. 16.

<sup>29</sup> GUUE C 129, 26 maggio 2005, p. 3.

esempio, le disposizioni TRIPs che lasciano gli Stati membri liberi di regolamentare la questione dell'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale (art. 6), senza considerare la facoltà di escludere la brevettabilità per motivi di ordine pubblico o in relazione ai metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici (art. 27, paragrafi 2 e 3). Ciò può spiegare il motivo per il quale soltanto in due casi sono state avviate consultazioni nei confronti dell'Unione europea per problemi connessi alla carenza di una tutela adeguata del *copyright*<sup>30</sup>. L'apertura delle consultazioni è stata indirizzata all'UE, nonostante che il problema fosse stato sollevato in relazione alla legislazione in vigore negli Stati membri: il coinvolgimento dell'UE poteva essere ricostruito sulla base del suo ruolo di rappresentante degli Stati comunitari o della sua responsabilità indiretta per non aver provveduto ad assicurare l'adeguamento degli Stati membri ai parametri richiesti in base al TRIPs. Lo sviluppo della normativa comunitaria nel campo dei diritti di proprietà intellettuale è suscettibile di incrementare progressivamente il numero dei casi che coinvolgeranno la CE per incompatibilità con le disposizioni del TRIPs. Il problema potrebbe riguardare singole disposizioni, ma anche la compatibilità con il principio generale del trattamento nazionale, sul quale si fonda il sistema dell'Accordo TRIPs.

Prima di menzionare le questioni che si potrebbero presentare nella pratica su tale aspetto, occorre precisare che il sistema delle norme CE va considerato alla stregua di un insieme unitario, piuttosto che la somma dei sistemi giuridici dei diversi Stati membri. Per questo motivo, le relazioni intra-comunitarie non possono essere assimilate alle relazioni inter-governative che costituiscono oggetto delle norme di diritto internazionale. Di conseguenza, un problema di incompatibilità con il principio del trattamento nazionale non può sorgere con riferimento ai rapporti intra-comunitari. Per lo stesso motivo, un problema di incompatibilità non può sorgere nemmeno in relazione a un altro principio fondamentale alla base del TRIPs, ossia quello del trattamento della nazione più favorita, di cui all'art. 4 TRIPs, secondo il quale "any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other members". Pertanto, i privilegi che uno Stato membro garantisce alle persone appartenenti a un altro Stato membro nel contesto comunitario non possono essere considerati una violazione delle regole TRIPs. Tale punto di vista è stato espresso dalla CE al momento dell'adesione al TRIPs: secondo quanto ha dichiarato il Consiglio della CE, non soltanto i rapporti intra-comunitari sono immuni da tale regola, ma lo sono anche "gli atti in vigore o quelli che verranno adottati dalla Comunità e/o quelli adottati dagli Stati membri in ottemperanza

---

<sup>30</sup> Richiesta di consultazioni presentata dagli Stati Uniti nel caso *Enforcement of Intellectual Property Rights for motion pictures and television programs* (doc. WT/DS124/1) riguardante la diffusione non autorizzata di opere coperte da *copyright* in Grecia e nel caso *Grant of Copyright and Neighbouring Rights*, nel quale veniva invocata l'inadeguatezza della normativa in vigore in Irlanda (doc. WT/DS115/1).

con [gli accordi WTO] in conformità con il processo di integrazione regionale”<sup>31</sup>. Secondo questa impostazione, la CE si è collocata nella condizione di beneficiare dell’eccezione di cui all’art. 4, lett. d) TRIPs, secondo il quale il principio della nazione più favorita non si applica agli accordi internazionali in vigore prima dell’adozione del TRIPs<sup>32</sup>. La CE ha finito così per estendere gli effetti di questa disposizione in nome delle caratteristiche evolutive della legislazione comunitaria, il cui scopo è, tra l’altro, quello di consolidare l’armonizzazione delle norme in vigore nel mercato interno<sup>33</sup>.

D’altra parte, l’integrazione commerciale all’interno dell’Unione europea non elimina il rischio di incorrere in una responsabilità per violazione della regola sul trattamento nazionale stabilita dall’art. 3 TRIPs, secondo il quale: “1. Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property (...)”. Questa regola era stata già introdotta dalle Convenzioni di Parigi, Berna e Roma, alle quali rinvia l’art. 1, par. 3 TRIPs, pur consentendo talune eccezioni, principalmente connesse alla reciprocità<sup>34</sup>.

Talune regole della CE adottate al fine di armonizzare la legislazione degli Stati membri con l’art. 3 TRIPs appaiono conformi al principio del trattamento nazionale. Si può richiamare l’art. 7 della già citata direttiva 2006/116/CE, che ha sostituito la direttiva 93/98/CE del 29 ottobre 1993 sull’armonizzazione della durata della tutela del *copyright* e di taluni diritti connessi, prevedendo una speciale norma applicabile a persone aventi la nazionalità di uno Stato terzo per un’opera avente origine in uno Stato terzo: gli Stati membri della CE hanno l’obbligo di non prevedere un periodo di tutela più lungo di quello assicurato nello Stato terzo di origine dell’opera e, nel caso in cui tale periodo fosse più lungo di quello previsto nella direttiva, gli Stati membri della CE sono tenuti a non oltrepassare il periodo fissato dalla direttiva (ossia la vita dell’autore e 70

<sup>31</sup> Dichiarazione notificata dall’UE e dai suoi Stati membri il 19 dicembre 1995 al Consiglio TRIPs.

<sup>32</sup> Art. 4, lett. d): “[Exempted from the obligation under the most-favoured-nation-treatment are any advantage, favour privilege or immunity accorded by a Member] deriving from international agreements related to the protection of intellectual property which entered into force prior to the entry into force of the Agreement establishing the WTO, provided that such agreements are notified to the Council for Trade-related aspects of Intellectual Property Rights and do not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination against nationals of other Members”.

<sup>33</sup> Con specifico riferimento al *copyright* cfr. P. KATZENBERGER, *TRIPs and Copyright Law*, in F.-K. BEIER, G. SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Weinheim-New York, 1996, p. 59 ss., secondo il quale, in forza di quella dichiarazione il Trattato istitutivo della CE si può considerare alla stregua di un accordo “related to the protection of intellectual property”.

<sup>34</sup> Così, ad es., l’art. 6, par. 1 della Convenzione di Berna consente di limitare la tutela del *copyright* alle opere degli autori cittadini di uno Stato nel quale non vengono sufficientemente tutelate le opere dei propri cittadini. I Membri del TRIPs possono invocare tale eccezione notificando la propria volontà in tal senso al momento dell’adesione (art. 3, par. 1 TRIPs).

anni dopo la sua morte)<sup>35</sup>. Questa disposizione, pur derogando al principio del trattamento nazionale, sembra riflettere letteralmente l'eccezione dell'art. 7, par. 8 della Convenzione di Berna, in base al quale "(...) the term shall be governed by the legislation of the country where protection is claimed; however, unless the legislation of that country otherwise provides, the term shall not exceed the term fixed in the country of origin of the work". La differenza consiste nel fatto che in base alla direttiva i limiti al periodo di tutela nei confronti degli Stati terzi divengono vincolanti, mentre in base alla Convenzione di Berna gli Stati membri hanno la facoltà di commisurare il periodo di tutela alla durata garantita dallo Stato di origine dell'opera. La restrizione introdotta dalla direttiva comunitaria si può spiegare alla luce dell'obiettivo di garantire pari opportunità a soggetti appartenenti a Stati terzi, e in tal modo assicurare pari grado di competitività e uguaglianza di ripercussioni economiche derivanti dalla protezione dei diritti di privativa all'interno del mercato comunitario. Allo stesso tempo, una restrizione del periodo di tutela a favore degli Stati terzi sembra ragionevole, dal momento che la normativa comunitaria ha introdotto un periodo di tutela più lungo (70 anni, anziché 50 a partire dalla morte dell'autore)<sup>36</sup>.

Va fatta menzione anche di una disposizione contenuta nella direttiva 98/71/CE circa la protezione giuridica dei disegni, che presenta interesse sotto il profilo del rapporto con la tutela del *copyright*. In base all'art. 17 di detta direttiva, un disegno registrato in uno Stato membro secondo la procedura ivi applicabile o comunque efficace in uno Stato membro deve essere tutelato sulla base della normativa sul *copyright* di tale Stato a partire dalla data di creazione o di fissazione in qualunque forma dei disegni stessi<sup>37</sup>. La durata e le condizioni della

<sup>35</sup> Art. 7: "*Protezione nei confronti dei paesi terzi*. 1. La tutela riconosciuta negli Stati membri alle opere il cui paese di origine ai sensi della convenzione di Berna sia un paese terzo e il cui autore non sia un cittadino comunitario cessa alla data in cui cessa la protezione nel paese di origine dell'opera e non può comunque superare la durata prevista all'articolo 1. – 2. Le durate di protezione di cui all'articolo 3 valgono anche per titolari che non siano cittadini comunitari, purché la protezione stessa sia loro riconosciuta dagli Stati membri. Tuttavia, fatti salvi gli obblighi internazionali degli Stati membri, la protezione riconosciuta dagli Stati membri cessa al più tardi alla data in cui cessa la protezione nel paese di cui è cittadino il titolare e la sua durata non può superare la durata prevista dall'articolo 3 [= vita dell'autore e 70 anni dopo la sua morte]

<sup>36</sup> Cfr. il preambolo della direttiva 93/98/CE: "22. – *Considerando che*, per le opere il cui paese di origine ai sensi della convenzione di Berna sia un paese terzo e il cui autore non sia un cittadino della Comunità, occorre applicare il confronto delle durate di protezione, fermo restando che la durata concessa nella Comunità non deve superare quella prevista dalla presente direttiva; 23. – *Considerando che*, qualora un titolare di diritti che non sia cittadino comunitario soddisfi le condizioni per poter beneficiare di una protezione in virtù di un accordo internazionale, è opportuno che la durata di protezione dei diritti connessi sia la stessa di quella prevista dalla presente direttiva, senza che tale durata possa superare quella stabilita nel paese di cui il titolare ha la nazionalità".

<sup>37</sup> La scelta dell'uno o dell'altro criterio è lasciata alla discrezionalità degli Stati parti, secondo quanto stabilisce l'art. 2, par. 7 della Convenzione di Berna: "(...) Works protected in the country of origin solely as designs and models shall be entitled in another country of the Union only to such special protection as is granted in that country to designs and models; however, if no such special protection is granted in that country, such works shall be protected as artistic works".

tutela, incluso il livello di originalità richiesto, saranno disciplinati da ciascuno Stato. Per effetto di questa regola, i lavori registrati secondo quanto previsto nella direttiva godranno comunque della tutela del *copyright*, anche qualora una speciale protezione non venga garantita in base alla legislazione nazionale sui disegni. Tale condizione non si applica nei confronti degli Stati terzi, rispetto ai quali possono risultare più onerose le formalità della registrazione necessaria per la tutela dei disegni. Da questo punto di vista, si può sostenere che la disciplina sia in contrasto con la regola del trattamento nazionale.

7. Il problema dell'incompatibilità con la regola del trattamento nazionale è stato sollevato in ambito WTO nel caso della protezione comunitaria dei marchi di fabbrica e delle indicazioni geografiche per i prodotti agricoli e alimentari, ed è stato affrontato nel 2005 nel contesto della procedura di soluzione delle controversie WTO, a seguito di ricorso presentato da Stati Uniti e Australia. Oggetto del ricorso era il già richiamato regolamento 2081/92 del 14 luglio 1992, sui marchi commerciali e le indicazioni geografiche per i prodotti agricoli e alimentari e le denominazioni di origine. Il ricorso era indirizzato alla CE in quanto parte del TRIPs, e non agli Stati membri. Gli Stati ricorrenti avevano già espresso una serie di critiche riguardo al sistema di valutazione e registrazione previsto in detto regolamento: a loro parere, tale sistema, pur essendo apparentemente estensivo, indeboliva la tutela delle indicazioni geografiche, che sarebbero state garantite più efficacemente mediante i marchi commerciali. In particolare, gli Stati ricorrenti criticavano la soluzione consistente nel conferire alla Commissione il potere esclusivo di valutazione riguardo ai prodotti rispetto ai quali veniva presentata domanda di riconoscimento di una indicazione geografica, che non poteva essere esaminata dalle autorità nazionali se non fosse stata presentata preventivamente una richiesta in tal senso alla Commissione stessa. Inoltre, secondo quanto sostenuto dai ricorrenti, le indicazioni generiche (ossia quasi neutrali) per effetto del regolamento venivano private di qualsiasi tutela, anche a livello nazionale.

L'iniziativa di Stati Uniti e Australia davanti al *panel* della WTO va considerata alla luce della differenza sostanziale tra le regole CE e quelle in vigore in quegli Stati in materia di indicazioni geografiche<sup>38</sup>. Inoltre, tali Stati temevano che, a seguito della applicazione pratica di tale regolamento, la Commissione CE avrebbe finito per dare priorità agli interessi del mercato interno e usare lo strumento dei diritti di proprietà intellettuale per rafforzare ulteriormente la politica agricola comunitaria, respingendo le richieste provenienti da Stati terzi.

Venendo al contenuto del regolamento 2081/92, uno degli argomenti avanzati da Stati Uniti e Australia era che nella disciplina in esso contenuta fosse implicito un orientamento restrittivo, sfavorevole per le persone non apparte-

<sup>38</sup> Riguardo alla difficile coesistenza di marchi commerciali e indicazioni geografiche cfr. C. DORDI, *La protezione delle indicazioni geografiche nell'Accordo TRIPs*, in G. VENTURINI, G. COCCIA, M. VELLANO (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005, p. 229 ss.

nenti all'UE. Infatti, in base al testo in vigore all'epoca nella quale il *panel* WTO è stato investito della questione, la Commissione aveva la competenza esclusiva di valutare se nell'ordinamento di uno Stato terzo fossero presenti le condizioni di equivalenza e sussistessero strumenti adeguati di indagine, ai fini dell'avvio della procedura di registrazione. Per tali motivi, Stati Uniti e Australia ritenevano che in sede di esame di domande provenienti da persone appartenenti a Stati terzi la procedura comunitaria risultasse più complessa a confronto di quelle presentate da persone aventi la nazionalità di uno Stato membro della CE<sup>39</sup>.

Secondo i ricorrenti, l'art. 12 del regolamento 2081/92, benché formalmente non facesse riferimento alla nazionalità, contemplava tra i requisiti per la registrazione la condizione di reciprocità e l'equivalenza quanto alla disponibilità di strumenti di tutela negli Stati terzi di origine del prodotto<sup>40</sup>. Nonostante il regolamento non subordinasse l'attribuzione del titolo al legame di nazionalità, la procedura di registrazione da esso prevista creava, secondo quanto affermato dagli Stati Uniti nel ricorso, "an obvious link and close relationship between the nationality of the persons who would seek GI protection (...) and the territory of the Member in which they are growing or producing such products"<sup>41</sup>. Dello stesso tenore erano le argomentazioni dell'Australia<sup>42</sup>.

La posizione dei ricorrenti circa l'incompatibilità del regolamento 2081/92 rispetto all'art. 3 TRIPs è stata sostanzialmente accolta dal *panel*: quest'ultimo ha deciso che le regole in materia di registrazione fossero discriminatorie nei confronti di persone appartenenti a Stati terzi, dal momento che non garantivano un'effettiva eguaglianza di condizioni quanto alla possibilità di ottenere la tutela. In primo luogo, infatti, la tutela delle indicazioni geografiche non veniva concessa rispetto a zone geografiche situate in Stati terzi non riconosciute dalla Commissione in base all'art. 12, par. 3. In secondo luogo, tale tutela poteva essere accordata a condizione che lo Stato terzo di riferimento dell'indicazione geografica fosse parte di un accordo internazionale in materia oppure fossero

---

<sup>39</sup> Art. 12: "1. Fatte salve le disposizioni degli accordi internazionali, il presente regolamento si applica ai prodotti agricoli o alimentari provenienti da un paese terzo a condizione che: – il paese terzo sia in grado di offrire garanzie identiche o equivalenti a quelle di cui all'articolo 4; – nel paese terzo esiste un sistema di controllo equivalente a quello definito dall'articolo 10; – il paese terzo sia disposto ad accordare ai corrispondenti prodotti agricoli o alimentari provenienti dalla Comunità una protezione analoga a quella esistente nella Comunità. 2. In caso di omonimia fra una denominazione protetta di un paese terzo e una denominazione protetta della Comunità, la registrazione è concessa tenendo debitamente conto degli usi locali e tradizionali e dei rischi effettivi di confusione. L'uso di siffatte denominazioni è autorizzato solo se il paese d'origine del prodotto è chiaramente e visibilmente indicato sull'etichetta".

<sup>40</sup> Cfr. i rapporti del *panel*, rispettivamente, in docc. WT/DS174/R e WT/DS290/R del 15 marzo 2005.

<sup>41</sup> Doc. WT/DS174/R, cit., punto 7.105.

<sup>42</sup> L'Australia faceva valere che "additional requirements for GIs located outside the EU overwhelmingly apply to non-EC nationals, given the reality that persons with an interest in securing the registration of the name of a geographical area will almost be nationals of the Member in which that geographical area is located" (*ibidem*, punto 7.157).

soddisfatti i presupposti di cui all'art. 12, par. 1. Entrambe le condizioni costituivano un onere aggiuntivo ai fini del riconoscimento del titolo, e non si applicavano ai richiedenti aventi sede nella CE<sup>43</sup>. Tale distinzione finiva per rappresentare, in pratica, una discriminazione tra richiedenti aventi la nazionalità di uno Stato membro della CE e quelli aventi la nazionalità di uno Stato terzo. Anche se tale evenienza poteva non realizzarsi in concreto, nondimeno costituiva una peculiarità della normativa che si doveva ritenere incompatibile con la regola del trattamento nazionale<sup>44</sup>. Per questo motivo, il *panel* concludeva nel senso che detto regolamento fosse in contrasto con l'art. 3, par. 1 TRIPs.

La decisione del *panel* non ha considerato sufficiente a escludere tale incompatibilità l'osservazione che il regolamento 2081/92 dava rilievo soltanto al legame territoriale dei richiedenti, mentre non vi figurava affatto il legame di nazionalità. Come ha argomentato l'UE, qualsiasi persona appartenente a uno Stato terzo poteva fare domanda di registrazione a condizioni identiche rispetto alle persone aventi la nazionalità di uno Stato membro dell'UE, purché sussistesse un legame territoriale tra il prodotto o l'alimento in questione e il territorio comunitario. Ad avviso del *panel*, nel regolamento si configurava comunque un onere aggiuntivo per le persone aventi la nazionalità di uno Stato extra-comunitario, ponendo queste ultime in una posizione peggiore a confronto di quelle aventi la nazionalità di uno Stato comunitario, e tale risultato si doveva considerare sufficiente a configurare un caso di inottemperanza del principio del trattamento nazionale. Inoltre, il *panel* non ha ritenuto decisivo l'argomento avanzato dalla CE, secondo il quale il regolamento faceva espresso riferimento alla necessità di osservare gli accordi internazionali, e che era stato introdotto un emendamento in tal senso nel 2003 proprio per sottolineare l'intenzione della Comunità di onorare a tale impegno<sup>45</sup>.

È interessante notare come le argomentazioni utilizzate da Stati Uniti e Australia ai fini del ricorso presentassero un carattere assolutamente astratto, essendo accompagnate dalla presa d'atto che nessuna domanda era stata presentata in base a detto regolamento per il riconoscimento di indicazioni geografiche localizzate fuori del territorio comunitario<sup>46</sup>. Pertanto, il controllo e la valutazione riguardo all'osservanza del TRIPs è stato effettuato dal *panel* tenendo conto e a motivo delle possibili conseguenze della normativa CE, anziché sulla base del suo effettivo impatto sul commercio<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> *Ibidem*, punto 7.138.

<sup>44</sup> *Ibidem*, punto 7.194.

<sup>45</sup> Cfr. art. 12, lett. d) del regolamento n. 2081/92, cit. Secondo la CE, l'espressa menzione degli obblighi internazionali avrebbe risolto il problema, anche considerando che il regolamento nel suo insieme introduceva un sistema normativo sostanzialmente conforme agli articoli 22-24 TRIPs. Come precisato, il regolamento n. 2081/92 è stato sostituito dai regolamenti n. 509/2006 e n. 510/2006 (vedi *supra*, note 21 e 22).

<sup>46</sup> Cfr. doc. WT/DS290/R, cit., punto 7.103.

<sup>47</sup> Cfr. T. GAZZINI, *The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of Their Violation*, in *EJIL*, 2006, pp. 723-742.

8. La Corte di giustizia ha esaminato il problema della compatibilità di atti CE con le norme TRIPs in una serie di decisioni pregiudiziali, contribuendo in tal modo all'interpretazione ed applicazione dell'Accordo nell'ordinamento comunitario. Pur essendo il mercato interno al centro dell'attenzione della Corte, tuttavia questa prassi giurisprudenziale rappresenta uno strumento attraverso il quale è stato precisato il significato di numerose disposizioni TRIPs, oltre al grado di ottemperanza della CE a detto Accordo. Si trattava di un compito non particolarmente difficile per la Corte, dal momento che le norme TRIPs in genere fissano soltanto *standard* minimi o lasciano agli Stati contraenti la libertà di scegliere gli strumenti di attuazione degli obblighi derivanti dal TRIPs, laddove gli atti CE presentano un carattere comparativamente più dettagliato.

Riguardo alle norme sulla denominazione dei vini – regolamento (CE) n. 753/2002 della Commissione, relativo alle indicazioni su taluni prodotti vitivinicoli –, la Corte di giustizia ha ritenuto che di fatto l'osservanza del TRIPs fosse assicurata nella CE (sentenza *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia*)<sup>48</sup>. La Regione Friuli-Venezia Giulia invocava il diritto dei produttori originari del Friuli di utilizzare la denominazione Tocai friulano e Tocai italico per i vini prodotti in quel territorio, trattandosi della denominazione di una particolare varietà di uva in quella regione. La Corte di giustizia ha rigettato tale argomentazione, e ha fondato la sua decisione su una serie di atti, specialmente il regolamento 753/2002, che contiene in allegato un elenco di denominazioni di varietà di vini, prevedendo una data di scadenza per il Tocai friulano e il Tocai italico. La Corte ha anche stabilito che la normativa CE era pienamente conforme alle regole TRIPs (in particolare all'art. 24, par. 6 TRIPs).

Nella sentenza *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*<sup>49</sup>, riguardante la distribuzione di un segnale a mezzo di apparati televisivi nelle stanze di un hotel riservate ai suoi clienti, la Corte di giustizia ha stabilito che qualsiasi tecnica venga utilizzata per la trasmissione, tale comportamento costituisce comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, par. 1 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio. La Corte ha fondato questa interpretazione, fra l'altro, sulla Convenzione di Berna per la tutela delle opere letterarie ed artistiche, alla quale rinvia l'Accordo TRIPs. La Corte ha anche sottolineato che la normativa comunitaria, per quanto possibile, deve essere interpretata in maniera compatibile con il diritto internazionale, in particolare quando contenga disposizioni specificamente intese a dare efficacia ad un accordo internazionale del quale sia parte la Comunità europea<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2005, causa C-347/03, *Raccolta*, p. I-3785, punto 115.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *Raccolta*, p. I-11519.

<sup>50</sup> Sentenza *SGAE*, cit., punto 35. Nella sentenza del 12 settembre 2006, causa C-479/04, *La-serdisken ApS c. Kulturministeriet*, *Raccolta*, p. I-8089, il problema della compatibilità della direttiva 2001/29 del 22 maggio 2001 è stato esaminato dalla Corte di giustizia con riferimento all'Accordo WCT, pervenendo alla conclusione che "il detto Trattato non pregiudica la facoltà

La Commissione non ha mai sottoposto alla Corte di giustizia problemi relativi alla legittimità di una norma CE per incompatibilità con il TRIPs. Né è stata intrapresa alcuna iniziativa del genere da parte di Stati o individui. Tuttavia, dato l'atteggiamento negativo seguito dalla Corte di giustizia riguardo ad analoghi problemi relativamente al GATT e il sistematico rigetto di ricorsi di quel tipo presentati da Stati membri o persone fisiche o giuridiche, risulta scontato che la Corte di giustizia seguirebbe il medesimo orientamento anche riguardo al TRIPs<sup>51</sup>. Quest'ultimo, essendo un accordo allegato alla WTO, ne condivide il carattere di flessibilità e reciprocità delle obbligazioni ad essa collegate: di conseguenza, le istituzioni comunitarie non accettano limitazioni nella gestione delle relazioni con Paesi terzi. Per gli stessi motivi la Corte di giustizia ha negato che le norme TRIPs abbiano effetti diretti<sup>52</sup>.

Siffatto atteggiamento ha suscitato perplessità presso numerosi commentatori, dal momento che priva i soggetti dell'ordinamento giuridico comunitario di uno strumento significativo per il controllo circa il modo in cui le istituzioni comunitarie esercitano le loro competenze. L'impostazione seguita dalla Corte

---

di cui dispongono le parti contraenti di determinare le eventuali condizioni in cui ha luogo il detto esaurimento dopo la prima vendita. In tal modo, esso consente alla Comunità europea di approfondire l'armonizzazione delle legislazioni nazionali anche per quanto riguarda la regola dell'esaurimento. Le menzionate disposizioni del Trattato della WIPO sul diritto d'autore e quelle della direttiva 2001/29 sono quindi complementari con riferimento all'obiettivo di armonizzazione perseguito" (*ibidem*, punto 42).

<sup>51</sup> Cfr. la sentenza Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-4973 e quella del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395. Sull'ammissibilità della revisione di atti della CE per incompatibilità con accordi internazionali diversi da quelli allegati alla WTO si veda la sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7079, punti 52-53. Cfr. anche A. LAGET-ANNAMAYER, *Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire: en attendant la consécration de l'invocabilité*, in *RTDE*, 2006, pp. 249-288.

<sup>52</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98, *Parfums Christian Dior (Dior)*, *Raccolta*, p. I-11307, punto 42: "Secondo la costante giurisprudenza della Corte, una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con paesi terzi va considerata direttamente efficace qualora, tenuto conto del suo tenore letterale, dell'oggetto e della natura dell'accordo, si può concludere che essa implica un obbligo chiaro, preciso e incondizionato la cui esecuzione e i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore" (si vedano, sul punto, anche le sentenze del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, *Raccolta*, p. 3719, punto 14, e del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta*, p. I-3655, punto 31). Tuttavia, con riferimento all'Accordo istitutivo della WTO e altri accordi allegati, la Corte ha dichiarato che, avuto riguardo alla loro natura e struttura, in linea di principio non possono costituire un parametro di riferimento per valutare gli atti comunitari ex art. 173, 1° comma TCE (attualmente art. 230, 1° comma TCE): cfr. la sentenza del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395, punto 47. Per questi motivi, le norme TRIPs sono state considerate prive dell'effetto di creare diritti che le persone possono far valere direttamente davanti al giudice richiamandosi al diritto comunitario. Secondo la sentenza del 5 ottobre 1994 (causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, cit. *supra*), l'unica ipotesi in cui tale efficacia diretta si può affermare si verifica quando gli atti comunitari facciano espresso riferimento a una disposizione del GATT o l'istituzione comunitaria abbia inteso dare esecuzione a un obbligo derivante dal GATT.

di giustizia con riferimento alle norme GATT sembra ancor meno fondata se si considerano le norme TRIPs: infatti, una delle peculiarità di questo Accordo consiste nel fatto che talune disposizioni si riferiscono espressamente all'obbligo di garantire i diritti in esso previsti a persone fisiche o a società (cfr., fra l'altro, il preambolo, l'art. 1 e le disposizioni contenute nella Parte III, sez. 3). Inoltre, alcuni Stati membri (ad es. la Germania) tradizionalmente hanno garantito applicabilità diretta alle regole stabilite per le Unioni amministrative dalla WIPO, recepite nei TRIPs. D'altra parte, la CE non ha mai negato il dovere delle istituzioni comunitarie di adeguarsi alle regole TRIPs<sup>53</sup>.

In realtà, il non accoglimento di ricorsi di annullamento relativi ad atti comunitari per incompatibilità con gli obblighi derivanti dalla partecipazione alla WTO si può spiegare in base all'esigenza di garantire alle istituzioni CE la libertà di gestire le relazioni internazionali con Stati terzi con la necessaria flessibilità. Tali considerazioni rendono le ambiguità della Corte di giustizia più comprensibili<sup>54</sup>. Nell'escludere che gli Stati membri o le persone fisiche o giuridiche possano ricorrere per incompatibilità con gli obblighi derivanti dalla partecipazione alla WTO, la Corte di giustizia ha contribuito alla costruzione di una posizione preminente delle istituzioni e a garantire il potere della Commissione quale unico controllore sulla coerenza della legislazione comunitaria alla luce degli accordi internazionali.

9. Nella pratica della Corte comunitaria, emerge quale obiettivo prioritario l'osservanza degli obblighi derivanti dalla partecipazione al TRIPs. La Comunità europea, intesa come la somma delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, incorrerebbe in una responsabilità internazionale qualora non desse piena attuazione ai propri obblighi giuridici internazionali. Di conseguenza, assume rilievo il ruolo della Corte di giustizia nel controllo sulla compatibilità con gli accordi internazionali non solo degli atti CE, ma anche della legislazione e degli strumenti di garanzia adottati dagli Stati membri.

L'atteggiamento della Corte di giustizia sembra fornire sostegno alla tesi che gli accordi conclusi dalla CE avrebbero per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri carattere vincolante identico agli atti emanati dalla CE: la formulazione letterale dell'art. 300, par. 7 TCE può essere interpretata in tal senso<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2003, p. 174, si esprime in senso favorevole alla facoltà degli Stati membri e delle persone fisiche o giuridiche di promuovere un ricorso per illegittimità di atti CE quando ritengano che essi siano incompatibili con la normativa WTO.

<sup>54</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Consiglio*, causa C-377/98, nella quale la Corte ha ammesso che si possa valutare la legittimità anche con riferimento ad un accordo internazionale.

<sup>55</sup> Art. 300, par. 7: "Gli accordi conclusi alle condizioni indicate nel presente articolo sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri". Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2002, causa C-13/00, *Commissione c. Irlanda*, *Raccolta*, p. I-2943, che riguardava la violazione da parte dell'Irlanda dell'obbligo di aderire alla Convenzione di Berna. Secondo la Corte, gli accordi misti hanno la medesima forza vincolante degli accordi conclusi soltanto dalla Comunità europea. Su questa tematica si veda il contributo di F. CASOLARI, *Le relazioni*

Siffatta prospettiva suscita talune perplessità dato il carattere del TRIPs, che è un accordo misto, avendo partecipato alla sua conclusione anche gli Stati membri, insieme alla CE: per questo motivo, essi dovrebbero rispondere singolarmente per non adempimento alle norme TRIPs ogniqualvolta ciò si verifici a causa della condotta di organi nazionali. Nel contesto delle relazioni giuridiche internazionali con Stati terzi, le problematiche inerenti la ripartizione delle competenze tra istituzioni comunitarie e Stati membri della CE dovrebbero in principio essere irrilevanti, dal momento tale ripartizione non è stata oggetto di condizioni specifiche di accettazione al momento dell'adesione alla WTO.

Dal punto di vista delle relazioni intra-comunitarie, il carattere unitario della partecipazione della CE al TRIPs trova fondamento nella competenza generale della CE a coordinare le norme degli Stati membri: come ha evidenziato la Corte di giustizia nel parere 1/94 del 15 novembre 1994, riferendosi anche alle disposizioni TRIPs relative a settori di competenza degli Stati membri, “la Comunità ha certamente competenza ad armonizzare le norme nazionali”<sup>56</sup>. Siffatta opinione era stata già espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Kupferberg*, concernente la partecipazione congiunta della CE e degli Stati membri a un accordo (nel caso specifico un accordo di libero commercio con Stati non comunitari) concluso sulla base dell'ex art. 228, par. 2 TCE (ora art. 300, par. 2). Secondo la Corte, “le disposizioni di accordi siffatti (...) costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario”<sup>57</sup>. Per questo motivo, un accordo misto non può essere ricostruito come un accordo che fa sorgere obblighi paralleli degli Stati membri e della CE, data la stretta relazione esistente tra le diverse disposizioni del medesimo accordo; dovrebbe invece essere assicurato un atteggiamento unitario riguardo alla interpretazione e “la loro applicazione uniforme nell'intera Comunità”<sup>58</sup>. In tal modo, all'estensione della competenza della CE a concludere accordi con Stati terzi perfino in campi nei quali sono competenti gli Stati membri, si accompagna l'assunzione di un ruolo autonomo anche per quel che concerne la loro applicazione.

Date queste considerazioni, si dovrebbe sostenere la priorità del ruolo della Comunità, ad eccezione dei campi nei quali residui una competenza esclusiva degli Stati membri. Tuttavia, la prassi comunitaria mostra ancora qualche incertezza riguardo alla possibilità di estendere tali conclusioni anche alla materia concernente i diritti di privativa. I casi nei quali la Corte di giustizia ha sottolineato la preminenza degli interessi connessi all'unitarietà dell'ordinamento

---

*tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea alla luce della giurisprudenza comunitaria* (tesi di dottorato, Bologna, 2006), pp. 121-127.

<sup>56</sup> Punto 104. La Corte di giustizia ha fatto riferimento alle misure da adottare per garantire una tutela efficace dei diritti di proprietà intellettuale a livello giudiziario, “quali la garanzia di un procedimento leale ed equo, le norme relative alla presentazione dei mezzi di prova, il diritto al contraddittorio, la motivazione delle decisioni, il diritto di ricorso, i provvedimenti provvisori e il risarcimento danni”.

<sup>57</sup> *Raccolta*, p. 3641, punto 13.

<sup>58</sup> *Ibidem*, punto 14.

comunitario riguardano accordi su materie diverse rispetto alla proprietà intellettuale. In proposito si può richiamare la sentenza del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, relativa a un accordo di associazione concluso sulla base dell'ex art. 238 TCE (ora art. 310): secondo la Corte di giustizia, date le caratteristiche specifiche dell'accordo, "che crea vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario", l'art. 238 doveva attribuire "necessariamente alla Comunità la competenza ad assumere gli impegni nei confronti di Stati terzi in tutti i settori disciplinati dal Trattato (...). Non si pone, perciò, la questione della competenza della Corte a pronunciarsi sull'interpretazione di una disposizione di un accordo misto implicante un impegno che solo gli Stati membri abbiano potuto assumere nell'ambito della propria competenza specifica"<sup>59</sup>. Alcune prese di posizione mostrano una tendenza favorevole a estendere tale orientamento anche rispetto ad accordi misti non rientranti nella categoria degli accordi di associazione. Come ha affermato l'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni relative al caso *Hermès*, può risultare difficile distinguere tra i settori nei quali è stata attribuita una competenza esclusiva alla CE e quelli nei quali quest'ultima condivide delle competenze con gli Stati membri: per tale motivo si esprimeva a favore dell'unitarietà degli obblighi derivanti da accordi misti quale il TRIPS<sup>60</sup>.

Un argomento a favore del carattere "comunitario" dell'obbligo di ottemperare agli accordi internazionali conclusi in forma mista è la potenziale espansione delle competenze della CE in settori che, pur costituendo oggetto di legislazione statale, sono strettamente connessi all'ordinamento giuridico comunitario<sup>61</sup>. In base a tale tesi, che può essere considerata un corollario della teoria dei poteri impliciti, la priorità e unitarietà degli interessi comunitari andrebbe salvaguardata a fronte del rischio che iniziative dei singoli Stati membri sul piano internazionale possano compromettere la coerenza del sistema. Tale punto di vista è stato espresso dalla Corte di giustizia nel suo parere sulla Convenzione di Lugano<sup>62</sup>: la Corte si è dichiarata competente a interpretare le norme introdotte mediante accordo, perfino in campi lasciati alla competenza degli Stati membri, data l'esigenza di coordinare la normativa in vigore nell'UE e di pervenire a un orientamento unitario, nonostante che gli Stati membri partecipino ai negoziati e, quindi, possano essere considerati a tutti gli effetti parti contraenti accanto alla CE. Da tali considerazioni emerge, indirettamente, il riconoscimento di un ruolo-guida della Corte di giustizia. Va tuttavia precisato che nel parere sulla Convenzione di Lugano la Corte di giustizia non ha preteso di svolgere considerazioni di ordine generale, ma ha inteso delimitare la sua analisi al caso sottopostole, prendendo come riferimento unicamente le disposi-

<sup>59</sup> Punto 9 del dispositivo.

<sup>60</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro del 13 novembre 1997, causa C-53/96, *Hermès*, sentenza del 16 giugno 1998, *Raccolta*, I- 3603, punto 20.

<sup>61</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Cosmos dell'11 luglio 2000, cause riunite C-300 e 392/98, *Dior*, *Raccolta*, p. I-11307, punto 43.

<sup>62</sup> Parere n. 1/03 del 7 febbraio 2006, *Raccolta*, p. I-1145, punto 168.

zioni del regolamento di Bruxelles 44/2001 e del progetto relativo alla nuova Convenzione di Lugano.

**10.** Il coinvolgimento della Comunità europea nelle vicende dell'Accordo TRIPs si è manifestato nella giurisprudenza relativa all'interpretazione delle norme internazionali sulla proprietà intellettuale. Sia nel caso *Hermès*<sup>63</sup>, sia nel caso *Dior*<sup>64</sup>, le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia riguardavano la portata del dovere del giudice nazionale di adottare provvedimenti provvisori (art. 50 TRIPs) e il diritto dei privati di agire in giudizio per la tutela dei disegni industriali contro la riproduzione illegale. La Corte ha affermato che le disposizioni dell'Accordo TRIPs che comportano obblighi per i giudici nazionali sulle misure di protezione dei diritti di privativa vincolano anche gli Stati membri nei confronti dell'UE<sup>65</sup>: di conseguenza, l'applicazione della normativa TRIPs deve avvenire secondo l'interpretazione fornita dalla Corte. Tale obbligo esiste anche quando le uniche disposizioni da applicare sono di origine statale. In questa prospettiva, dunque, la Corte di giustizia assicura la stretta cooperazione tra Stati membri e istituzioni comunitarie nell'attuare gli obblighi assunti in base al TRIPs e assume il ruolo di controllore circa la corretta attuazione degli accordi internazionali dei quali anche la CE è parte contraente.

È bene rilevare che nei procedimenti cui si riferiscono le citate pronunce pregiudiziali, la misura provvisoria da adottare riguardava unicamente titoli nazionali di privativa. Inoltre, nel momento in cui la questione pregiudiziale sul caso *Dior* era stata sottoposta alla Corte di giustizia, non erano ancora in vigore regole comunitarie di armonizzazione, l'unica disposizione CE richiamata dalla Corte essendo la decisione 94/800 del Consiglio del 22 dicembre 1994, con la quale la CE ha espresso il consenso all'Accordo istitutivo della WTO<sup>66</sup>, mentre nel caso *Hermès* l'uniformità di interpretazione era vista come un mezzo per prevenire possibili divergenze rispetto a situazioni alle quali si applica il regolamento 40/94 sul marchio commerciale comunitario<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Sentenza *Hermès*, cit., *Raccolta*, p. I-3603.

<sup>64</sup> Sentenza del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300/98 e C-392/98, *Dior*, *Raccolta*, p. I-11307.

<sup>65</sup> *Ibidem*, punto 35: "Allo stesso modo, quando una disposizione come quella dell'art. 50 dell'accordo TRIPs può trovare applicazione sia per situazioni che rientrano nel diritto nazionale sia per situazioni che rientrano nel diritto comunitario, come avviene in materia di marchi, la Corte è competente ad interpretarla per evitare future divergenze di interpretazione".

<sup>66</sup> Sentenza *Dior*, cit., punto 36: "(...) gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono vincolati da un obbligo di stretta cooperazione nell'esecuzione degli impegni che hanno assunto in virtù di una competenza ripartita per concludere l'accordo OMC, compreso l'accordo TRIPs (...). – 37. Poiché l'art. 50 dell'Accordo TRIPs costituisce una disposizione di procedura che va applicata nello stesso modo in tutte le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione e che può applicarsi sia a situazioni disciplinate dal diritto nazionale sia a situazioni disciplinate dal diritto comunitario, tale obbligo impone, per ragioni sia pratiche sia giuridiche, che i giudici degli Stati membri e la Comunità ne adottino un'interpretazione uniforme".

<sup>67</sup> Sentenza *Hermès*, cit., punto 32: "esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, questa disposizione [art. 50 TRIPs] riceva un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui essa verrà applicata".

La soluzione *Dior* è stata seguita anche nella sentenza *Anheuser-Busch c. Budjovicky Budvar*<sup>68</sup>: in quest'ultimo caso la controversia concerneva un problema che era stato oggetto di uno sforzo di armonizzazione attraverso la direttiva 89/104/CE del Consiglio, riguardante il dovere di prevenire l'uso di un segno qualora questo pregiudichi o contribuisca a pregiudicare la funzione essenziale del marchio, consistente nel garantire i consumatori sotto il profilo dell'origine delle merci. Era dunque possibile ravvisare in questa direttiva il fondamento dell'esercizio della competenza pregiudiziale da parte della Corte di giustizia. Nonostante ciò, la Corte sembra dare rilievo preminente alla già richiamata decisione 94/800/CE che ha autorizzato l'adesione della CE alla WTO, e alla finalità di controllare il rispetto da parte degli Stati membri dell'UE degli obblighi internazionali connessi alla partecipazione alla WTO.

Data questa impostazione, non c'è dubbio che, allorché in futuro si presenteranno casi che richiedano l'applicazione della normativa TRIPs, i giudici nazionali dovranno sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia per garantirne la corretta interpretazione e applicazione. D'altra parte, dato lo sviluppo significativo della legislazione CE nel campo dei marchi commerciali e del *copyright*, è prevedibile che la Corte di giustizia svolgerà un ruolo crescente e primario, senza che sia necessario ricorrere alla tesi dei poteri impliciti anche nel campo dei diritti di proprietà intellettuale.

**11.** L'interpretazione delle disposizioni del TRIPs consentirà alla Corte di giustizia di svolgere una funzione preventiva riguardo a possibili violazioni dei diritti di privativa nel contesto dell'ordinamento comunitario. Inoltre, data l'efficacia vincolante del TRIPs nell'ordinamento comunitario, il controllo sugli Stati membri può essere assicurato anche grazie alla competenza della Corte di giustizia sulla base degli articoli 226-228 TCE, ogni volta che la Commissione o uno Stato membro sottopongano alla Corte un problema di adempimento.

Il ricorso alla Corte di giustizia per la composizione di controversie tra gli Stati membri coesiste con diversi strumenti di ricorso disponibili nel sistema WTO per l'interpretazione e l'applicazione del TRIPs; tuttavia, esso costituisce l'unico utilizzabile in caso di controversie intra-comunitarie. Infatti, in base all'art. 292 TCE "gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del presente trattato a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso". Tale soluzione si impone data l'interpretazione seguita dalla Corte di giustizia nel senso di ritenere gli accordi conclusi dalla CE parte integrante dell'ordinamento comunitario, secondo quanto si ricava dall'art. 300, par. 7 del Trattato.

---

<sup>68</sup> Sentenza del 16 novembre 2004, causa C-245/02, *Raccolta*, p. I-10989, punto 41: "Dalla giurisprudenza della Corte emerge che essa è competente ad interpretare una disposizione dell'accordo ADPIC al fine di rispondere alle esigenze delle autorità giudiziarie degli Stati membri quando esse sono chiamate ad applicare le loro norme nazionali per disporre misure per la tutela di diritti derivanti da una normativa comunitaria che rientra nel campo d'applicazione di tale accordo".

Il ruolo esclusivo della Corte di giustizia in sede di soluzione delle controversie tra gli Stati membri in materie disciplinate da accordi vincolanti per la CE è stato chiaramente affermato nel parere 1/94 del 14 dicembre 1991, nel quale la Corte di giustizia ha negato la compatibilità dell'accordo istitutivo dello Spazio economico europeo (SEE) con il sistema comunitario, dal momento che il progettato sistema giurisdizionale avrebbe privato la Corte medesima delle sue prerogative, in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario<sup>69</sup>. Il medesimo concetto è stato riaffermato nella sentenza *Mox*<sup>70</sup>. Secondo la Corte, gli Stati membri sono obbligati a sottoporle tutte le controversie riguardanti essenzialmente impegni assunti in base a un accordo misto relativo a una materia nella quale le competenze rispettive della Comunità e degli Stati membri sono tra loro strettamente correlate<sup>71</sup>. Tale posizione, pur essendo stata occasionata da un procedimento avviato nel 2001 tra due Stati membri (causa *Irlanda c. Regno Unito*) davanti al Tribunale arbitrale istituito sulla base della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), è espressa in termini molto ampi, che comportano la generale preclusione della competenza concorrente di corti arbitrali o giurisdizionali alternative rispetto alla Corte di giustizia. Di conseguenza, problemi relativi all'interpretazione o all'applicazione del TRIPs sorti in una controversia tra Stati membri della CE non possono essere risolti attraverso il meccanismo di soluzione previsto nel sistema WTO.

Tuttavia, rimane aperta la questione di un possibile concorso tra procedimenti aperti davanti a un *panel* WTO e davanti alla Corte di giustizia. Infatti, la sottoposizione alla Corte di giustizia di un problema relativo all'interpretazione del TRIPs, oltre ad essere utile per risolvere relazioni intra-comunitarie, può anche servire nel più ampio contesto delle relazioni multilaterali con Stati terzi, che potrebbero essere coinvolti in un caso di attuazione di norme TRIPs e interessati all'esito del procedimento iniziato davanti alla Corte di giustizia.

Inoltre, può accadere che una controversia relativa a diritti di privativa venga portata parallelamente davanti alla Corte comunitaria e davanti al *panel* WTO, con il

<sup>69</sup> Parere del 14 dicembre 1991 n. 1/91, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, Raccolta, p. I-6079, paragrafi 44-46.

<sup>70</sup> Sentenza del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda (Mox)*, Raccolta, p. I-4635. Le informazioni relative al ricorso dell'Irlanda sono reperibili *on line* al sul sito [www.itlos.org](http://www.itlos.org).

<sup>71</sup> *Ibidem*, punti 174-176: "174. La Corte ha ricordato che, in tutti i settori che rientrano negli scopi della Comunità, l'art. 10 impone agli Stati membri di facilitare alla Comunità l'adempimento dei propri compiti e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi suddetti (...). – 175. La Corte ha inoltre sottolineato che gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono vincolati da un obbligo di stretta cooperazione nell'esecuzione degli impegni che hanno assunto in virtù di una competenza ripartita per concludere un accordo misto (...). – 176. Così avviene particolarmente nel caso di una controversia che, come quella del caso di specie, verte essenzialmente su impegni risultanti da un accordo misto che rientrano in un ambito, la tutela e la preservazione dell'ambiente marino, in cui le competenze rispettive della Comunità e degli Stati membri possono essere strettamente interconnesse, come testimoniano del resto la dichiarazione sulle competenze della Comunità e la sua appendice".

rischio di soluzioni divergenti. Tale esito rappresenterebbe un problema di un certo rilievo, dal momento che le decisioni WTO hanno carattere vincolante per le istituzioni CE e i suoi Stati membri. In un caso del genere risulterebbe impossibile sostenere che debba essere comunque garantito un ruolo esclusivo alla Corte di giustizia. È invece necessario assicurare la coerenza tra gli orientamenti della CE riguardo alle regole applicabili in materia di diritti di proprietà intellettuale e l'interpretazione seguita dagli organi WTO, in modo da evitare possibili responsabilità della CE per mancato adempimento al TRIPs<sup>72</sup>. Il rilievo dato dalla Corte di giustizia all'obbligo di osservare le regole internazionali non appare sufficiente per dedurne che ne verrà comunque garantito il rispetto anche in caso di contrasto riguardo all'interpretazione che emerge in ambito comunitario e quella risultante dalle procedure avviate nella WTO.

**12.** L'analisi condotta sulla normativa comunitaria e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia mette in luce come le istituzioni della CE siano consapevoli della necessità di migliorare la qualità e lo *standard* della tutela dei diritti di proprietà intellettuale promuovendo una legislazione uniforme nello spazio comunitario. La normativa adottata non riguarda soltanto i settori nei quali sussisteva fin dall'origine una competenza esclusiva della Comunità, per lo stretto collegamento con il commercio, ma anche i settori di competenza concorrente degli Stati membri e della Comunità. Tuttavia, questi risultati sono ancora limitati, dal momento che manca un adeguato sistema di attribuzione delle competenze in materia. Per queste ragioni la base giuridica degli atti rilevanti è stata trovata talvolta nelle disposizioni del TCE sull'armonizzazione delle norme nazionali o sulla politica commerciale o agricola. In quasi tutti gli atti si fa riferimento alla esigenza di assicurare l'adempimento degli obblighi risultanti dall'Accordo TRIPs. Ciò non elimina l'attuale frammentazione della legislazione comunitaria riscontrabile nel campo dei diritti di privativa. Allo scopo di pervenire ad un sistema coerente di regole, al di là dell'originario sistema che regola le questioni connesse al commercio, sarebbe necessario dare priorità all'obiettivo dell'innovazione e della cultura e a quello della ripartizione dei benefici, che non è stato adeguatamente valorizzato fino ad oggi. Occorre comunque tener presente che la partecipazione della CE al TRIPs costituisce un elemento dinamico con un impatto considerevole dal punto di vista delle relazioni intra-comunitarie. Essa ha fornito l'occasione per sottolineare la necessità di maggiore coesione e unità di rappresentanza, già emersa nel momento dell'adesione della CE alla WTO. Ne consegue un ruolo più pervasivo della CE, perfino in settori nei quali sussiste una competenza congiunta della CE e degli Stati membri, come si desume dalla giurisprudenza in materia di interpretazione e applicazione delle norme TRIPs<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sulla responsabilità connessa alla partecipazione della Comunità europea alla WTO cfr. E. STEINBERGER, *The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC's and the EC Member States' Membership of the WTO*, in *EJIL*, 2006, pp. 837-862.

<sup>73</sup> Si vedano, tra gli altri, i contributi di A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millen-*

Uno dei risultati recenti più significativi è l'adozione di atti finalizzati all'armonizzazione della legislazione in vigore negli Stati membri in materia di strumenti di garanzia dei diritti di proprietà intellettuale. Per questa via si è, sia pure parzialmente, realizzato un sistema uniforme perfino più avanzato rispetto agli *standard* richiesti dal TRIPs. Mediante queste norme la CE intende rafforzare l'efficacia del sistema a livello nazionale mentre, a livello internazionale, è stato conferito alla Commissione il potere di adottare misure commerciali dirette a garantire l'adempimento delle regole TRIPs da parte degli Stati terzi. Un altro importante risultato è rappresentato dal ruolo crescente della Commissione in quanto autorità competente a esaminare e riconoscere i titoli di proprietà intellettuale, anche se al momento la sua competenza copre un numero limitato di titoli che godono di tutela all'interno dello spazio comunitario.

Partendo da una concezione secondo la quale gli obblighi derivanti dal TRIPs comportano anche obblighi nei confronti della Comunità europea, la Corte di giustizia ha ritenuto che la normativa internazionale sui diritti di proprietà deve ricevere dagli Stati membri la medesima considerazione che essi riservano al diritto comunitario, dal punto di vista del valore sovranazionale. La Corte ha anche escluso che gli Stati membri possano pregiudicare le scelte effettuate dalle istituzioni della CE avviando procedimenti di annullamento di atti della CE finalizzati all'adempimento del TRIPs. Essa ha svolto un ruolo determinante nella interpretazione delle norme internazionali, non soltanto con riferimento a situazioni nelle quali le norme CE attribuiscono alle istituzioni comunitarie la competenza esclusiva di adottare misure relative ai traffici transfrontalieri, o di gestire taluni titoli di proprietà intellettuale (marchio commerciale comunitario, indicazioni geografiche per prodotti agricoli, disegni industriali), la cui registrazione e valutazione è di esclusiva competenza della Commissione, ma anche in situazioni nelle quali esiste un regime nazionale parallelo o esclusivo (ciò che giustifica la conclusione di un accordo misto, come nel caso del TRIPs). Ne consegue una definizione assai ampia di competenza congiunta, finalizzata alla coerenza nell'azione esterna condotta dall'UE e un ruolo più significativo della CE quale attore nelle relazioni internazionali per quel che concerne i diritti di proprietà intellettuale. Il coinvolgimento primario della Comunità nella materia della proprietà intellettuale è stato fondato sul dovere degli Stati membri di assolvere agli obblighi derivanti dalle norme TRIPs e sulla necessità di assicurare un'interpretazione e applicazione uniforme del TRIPs da parte della CE e degli Stati membri.

L'affermazione del ruolo primario delle istituzioni comunitarie comporta anche la responsabilità della CE nei confronti degli Stati terzi parti della WTO, oltre agli Stati membri in caso di inadempimento al TRIPs. L'attenzione dedicata dalla Corte di giustizia ai problemi relativi alla compatibilità della norma-

---

no, Milano, 2001, pp. 31-68 e, con speciale riguardo al TRIPs, J. DREXL, *The TRIPs Agreement and the EC: What Comes Next after Joint Competence?*, in F. K. BEIER, G. SCHRICKER (eds.), *op. cit.*, p. 18 ss.

tiva CE con il TRIPs dimostra quanto le istituzioni comunitarie siano consapevoli delle implicazioni connesse alla posizione della CE sul piano internazionale sotto il profilo della responsabilità. Permangono tuttavia delle perplessità quanto alla portata effettiva di tale responsabilità, mancando una chiara definizione delle competenze della CE rispetto a quelle dei suoi Stati membri. Si è visto come la Corte di giustizia, in qualche caso (come quelli, già ricordati, *Dior* e *Anheuser Busch*) sembri non tener conto della differenza tra i settori nei quali esiste una competenza esclusiva e quelli nei quali la CE condivide le sue competenze con gli Stati membri. Eppure, nella prospettiva del corretto adempimento delle norme di diritto internazionale, il rilievo di tale distinzione non può essere sottovalutato; di qui l'importanza di una chiarificazione anche nell'ottica di un'inequivoca legittimazione dei poteri esterni della CE<sup>74</sup>. In tal modo, sarebbe anche possibile ridurre il ricorso alla pratica degli accordi misti.

---

<sup>74</sup> Cfr. L. GRARD, *L'Union européenne sujet de droit international*, in *RGDIP*, 2006, p. 367.



# What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?\*

**SUMMARY:** 1. Executive summary. – 2. Comparing the American and the European Antitrust systems. The American system. – 3. The EU system. – 4. Free movement in the EC: mandatory requirements, proportionality and the “European” rule of reason. – 5. The “grey area” between competition and free movement. – 6. “American” Rule of Reason and Article 81 ECT. – 7. Flexibility and coherence: towards a general application of the “European” rule of reason?

1. From a general point of view, it can be argued that legal reasoning encompasses the concept of reasonableness, been as the establishment of a set of rules necessarily implies allowing a margin of flexibility. The latter may take one of several forms, ranging from exceptions and derogations to exemptions. Either way, a comparison of different competing values will need to be applied by the legislator, executive or the judiciary.

As far as competition law is concerned, the so-called “rule of reason”, a notion of elasticity allowing for exceptions from a rigid rule to be established, was developed in US antitrust law long before the creation of the European Union.

The aim of this paper is to determine whether such a concept can play a role in the EU internal market and to analyse if, and how, it has been applied in that context. A response to such a legal conundrum will be given by effecting a comparative analysis of two distinct facets, namely the market rules dealing with competition and those linked to the free movement of goods, persons, services and capital.

As a starting point, however, a few introductory remarks will be made on the rule of reason in its American and European dimensions. In fact, been as US antitrust law is the cradle of such a notion, it is appropriate to appraise that system drawing the necessary analogies, and highlighting the inevitable differences, with the European one.

2. It is the well-known Sherman Antitrust Act<sup>1</sup> which forbids anti-competitive agreements in the US. Section 1 states that “Every contract, combination in

\* Although research was conducted jointly and the conclusions reflect the viewpoint of both authors, paragraphs 2, 3 and 6 are to be attributed to L. S. Rossi whilst 4 and 5 to S. J. Curzon.

<sup>1</sup> Sherman Act, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C., para. 1-7.

the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

Notwithstanding the general prohibition set, the stated Act does not provide for any sort of derogation and seems to disregard the fact that in certain circumstances an agreement between undertakings may increase market efficiency, entail benefits for consumers, or pursue other legitimate objectives. Coupled with the inherent necessity that all legal systems maintain a degree of flexibility, it was not long before a question arose as to whether the stated interdiction was to be considered absolute (*per se* rule) or if it could be subject to derogation.

It was the US Supreme Court’s judgement in *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*<sup>2</sup> that first attempted to define, and limit, the scope of the Sherman Act by holding that only combinations and contracts *unreasonably* restraining trade were subject to actions under antitrust law<sup>3</sup>. Nevertheless, it is clear from that decision that US courts remained competent to determine that certain restraints are unreasonable simply by virtue of their “nature and character”, without the need to evaluate their effects. It follows that although the case provides a statement of principle from which one may infer the existence of a test of reasonableness, the large powers retained by the Courts seemed to ensure the continued relevance of the *per se* rule.

Over the past four decades, however, the United States Supreme Court has narrowed the category of restraints deemed unlawful *per se*, thereby subjecting a greater number of restraints to the fact-based rule of reason analysis<sup>4</sup>. Such case-law explicitly implements the statement of principle made in *Standard Oil*, simultaneously confirming that the rule of reason should focus on economic, and not social, consequences of a restraint<sup>5</sup>.

The system described envisages the possibility of recalling exceptions to the general rule prohibiting “any restraint of trade”. In fact, in interpreting the 1890 Sherman Antitrust Act, US Courts have given life to an authentic reasonableness test under which they are entitled to employ an effects analysis, balancing the pro and anti-competitive effects of an agreement. Contracts, combinations, or conspiracies will not be declared illegal in so far as the positive effects on competition in a given market outweigh the negative ones. It follows that the application of such a test is to be understood as a sort of *ex post* exception allowing a measure, otherwise in violation of the US antitrust rules, to fall outside their scope.

<sup>2</sup> 221 U.S. 1, 1911.

<sup>3</sup> Given the limits of the present paper the evolution of the rule of reason in the US system will only be schematized. For a more detailed picture see P. MANZINI, *L’esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, 1994, p. 177 et seq.; S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l’integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p. 85 et seq.

<sup>4</sup> See *Continental TV v GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, 1977.

<sup>5</sup> See *National Society of Professional Engineers v United States*, 435 U.S. 679, 1978. It must be noted that the Supreme Court still maintains the *per se* rule in areas such as those dealing with resale price maintenance or tying contracts.

In such a context three points are particularly noteworthy. Firstly, the “justification” provided by the rule of reason is exclusively based on a finding of positive *economic* effects. It is apparent that pursuing legitimate non-economic objectives will not suffice to guarantee compliance with antitrust laws. Secondly, the application of the stated doctrine is internal to the antitrust reasoning. In fact, due to the absence of specific justificatory provisions in the Sherman Act, it has fallen to the Supreme Court to interpret the latter as containing an intrinsic limit, i.e. the rule of reason, which guarantees the necessary flexibility of the law. Finally, for the purposes of the present paper, one must not overlook the fact that in *Parker v. Brown*<sup>6</sup> the US Supreme Court recognized the so-called “State action doctrine”, limiting the extent to which State measures are reviewed in light of antitrust rules. Subsequent case-law clarifies that measures will be excluded from the scope of the Sherman Act where they amount to the exercise of a State’s sovereign powers (i.e. a State measure) *and* in so far as their implementation is supervised by the latter<sup>7</sup>.

**3.** The EU antitrust system is more complex and articulated than that applicable in the US by reason of the Sherman Act. Articles 81 and 82 of the Treaty establishing the European Community (herein ECT), as given effect to by subsequent implementing regulations (adopted on the basis of Article 83 ECT), envisage a transfer of competences to the European Commission for such matters.

Moreover, with the entry into force of 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<sup>8</sup>, the old and cumbersome system established by Council Regulation No. 17 of 21 February 1962<sup>9</sup> has been reformed. In particular, the so-called modernisation regulation has removed the need for authorisation and notification of agreements to the Commission and has rendered Article 81(3) directly applicable by national judges and administrative authorities (see *infra*).

Keeping the aforesaid developments in mind, it must be noted that the EC antitrust system pivots around Article 81 ECT. It is to such an Article that we shall turn our attention in an attempt to determine whether the rule of reason can play a role in the EU.

Article 81 ECT, as defined and implemented by several EC regulations, involves a three-pronged analysis. First of all, subsection 1 requires the determination of whether an agreement is anti-competitive. In this sense it prohibits: “(...) all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States

---

<sup>6</sup> 317 U.S. 341, 1943.

<sup>7</sup> See J. T. DELACOURT, T. J. ZYWICKI, *The FTC and State Action: Evolving Views on the Proper Role of the Government*, in *Antitrust Law Journal*, 2005, pp. 1075-1090.

<sup>8</sup> *OJL* 1, 4 January 2003, pp. 1-25

<sup>9</sup> *European Communities Official Journal* 13, 21 February 1962, pp. 204-211.

and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”.

Secondly, by virtue of Article 81(2), all agreements that fall within the above prohibition are to be considered null and void, and have no effect as between contracting parties<sup>10</sup>. Finally, Article 81 subsection 3, provides undertakings with the possibility of obtaining an individual exemption where an agreement helps to improve the production or distribution of goods or to promote technical or economic progress (efficiency gain), ensures a fair share of the resulting benefit for consumers (fair share for consumers), and does not impose unnecessary restrictions or aims to eliminate competition for a substantial part of the products concerned (indispensability)<sup>11</sup>.

It is necessary to note that the interests protected by Article 81(3) ECT are of an economic nature. Moreover, the system of exemptions it creates does not exactly involve a balancing of interests but, on the contrary, seems to be a mere sequence of filters guiding the implementing authority towards a decision<sup>12</sup>. Agreements that fulfil all the conditions set will be deemed legitimate regardless of their anticompetitive nature and/or effects.

It follows that examination *ex Article 81(3) ECT* must be distinguished from the “American” rule of reason in so far as it allows derogations from the general rule rather than an evaluation of its applicability. Furthermore, until recently the former involved an *ex ante* balancing of the interests at stake, rather than an *ex post* analysis of an agreement’s effects on market efficiency. With the entry into force of Regulation No. 1/2003 and a legal exception system, however, it is clear that analysis *ex Article 81(3) ECT* is also conducted *ex post*.

In light of the above, it has been questioned whether the “American” rule of reason can be transposed to Article 81 ECT. The application of such a reasoning would obviously lead to an interpretation of subsection 1 as not embracing those agreements which satisfy an effects analysis, i.e. where pro-competitive effects outweigh the anti competitive ones. It seems that, in order to give an answer to such a question, it is necessary to briefly focus on the system of exceptions developed by the European Court of Justice (herein ECJ) for the rules on free movement, which constitute the core of the internal market. It should be preliminarily noted that in this context it is to Member States, and not to undertakings, that the ECT prohibitions are directed.

<sup>10</sup> See Case 22/71, 25 November 1971, *Béguelin Import Co.*, ECR, p. 949, para. 29, and Case 319/82, 14 December 1983, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l’Est SA v Kerpen & Kerpen*, ECR, p. 4173, para. 11.

<sup>11</sup> Whilst the first two subsections of Article 81 ECT are of mixed competence and fall to be applied by the EC Commission and national judges alike, until recently Article 81(3) was a prerogative of the former. It is to this division of competences that we shall return to in our conclusions to this paper, in an attempt to determine whether the rule of reason can play a role in EC competition law following the entry into force of Regulation No. 1/2003.

<sup>12</sup> P. NICOLAIDES, *The Balancing Myth: The Economics of Article 81(1) & (3)*, in *LIEI*, 2005, pp. 123-145.

4. It is generally acknowledged that the ECJ has adopted a genus of rule of reason in its case-law concerning the European Internal market. Such a methodology is mainly apparent in the framework of norms governing the free movement of goods, where the Treaty structure is particularly suitable for such a development.

In fact, whilst Article 28 ECT prohibits member States from introducing quantitative restrictions on imports or “measures having equivalent effect”, Article 30 ECT provides a list of interest which may be recalled to justify national measures otherwise caught by such a provision<sup>13</sup>. In light of the exhaustive character of the latter Article, and the fact that decades of case-law emphasize the need to interpret it restrictively<sup>14</sup>, it is not surprising that the ECJ has developed an “innovative” rule of reason to allow measures which pursue legitimate interests, not expressly provided for in the Treaty (e.g. protection of the environment, consumer protection), to escape the prohibition in Article 28 ECT. The birth of such a reasoning dates back to the seminal *Cassis de Dijon* judgement<sup>15</sup> in which the so-called notion of “mandatory requirements” was advanced.

Without being drawn into debates not consonant to the present paper, it is sufficient to recall that in exercising the powers of interpretation granted to it by virtue of Article 220 ECT, in *Dassonville* the Court widely construed the notion of “measures having equivalent effect”<sup>16</sup>. Subsequently, in *Cassis de Dijon*, it attempted to limit such an interpretation by drawing what seemed to be, and was later confirmed as, a distinction between distinctly and indistinctly applicable measures<sup>17</sup>. Whilst the former automatically entail a measure having equivalent effect, and as such contravene Article 28 ECT, the latter are not to be so-considered as long as they pursue “mandatory requirements”. It follows that whilst distinctly applicable measures can only be justified by an explicit derogation

---

<sup>13</sup> Article 30 ECT states: “The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States”.

<sup>14</sup> E.g. Case 177/83, 8 November 1984, *Kohl v Ringelhan & Rennett SA*, ECR, p. 3651, para. 19.

<sup>15</sup> Case 120/78, 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR, p. 649.

<sup>16</sup> See Case 8/70, 11 June 1974, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, ECR, p. 837, para. 5: “All trading rules enacted by member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions”.

<sup>17</sup> Distinctly applicable measures are loosely associated with discriminatory measures, i.e. those that treat imported goods less favourably than national ones. Indistinctly applicable measures, on the other hand, embrace those rules and practices which apply “equally” in law but, in fact, place added burdens on imported products.

provided by the Treaty itself, indistinctly applicable measure may also benefit from an added category of “justifications” which allows them to fall *outside* the scope of Article 28 ECT<sup>18</sup>.

Although in so doing the Court has created an open-ended list of justifications, which has progressively been expanded over the years, this does not connote the possibility of justifying indistinctly applicable measures on whatsoever interests. First of all, it is well established case-law that mandatory requirements, like Treaty justifications, must *not* have an *exclusively* economic character<sup>19</sup> and are thus to be considered as non-market values<sup>20</sup>. Secondly, such judge-made exceptions are limited to legitimate *Community* interests. In fact, by instating a system of coordination amongst Articles 28 and 95 ECT the *Cassis de Dijon* judgement aimed to ensure that mandatory requirements safeguard those objectives that should have been protected by EC harmonization measures. Thus, when a member State invokes what it deems to be a general (national) interest as justification for a violation of free movement rules, it is for the ECJ to determine whether it is compatible with the aims of the ECT<sup>21</sup>. Only if such conformity subsists, will the Court confirm the existence of a general Community interest, i.e. a mandatory requirement, which may prevail over EC Treaty rules.

That being so, when assessing whether an indistinctly applicable national measure can successfully escape the Treaty provisions on free movement, it is not sufficient for a State to recall that the former is based on a legitimate mandatory requirement. On the contrary, the ECJ has shown it will engage an actual balancing of interests, determining whether the adverse effects of the member State legislation on free movement can be justified in light of its stated goal. To this end, the Court applies a test of proportionality in which it examines whether the national measure is *suitable* to achieve its objective and *necessary* for such a purpose, i.e. whether the State could have adopted less restrictive measures to guarantee the same outcome<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Although such a distinction is firmly established in the Court’s “classic” case-law, see Case 113/80, 17 June 1981, *Commission of the European Communities v Ireland*, ECR, p. 1625, para. 10, numerous recent judgements have applied mandatory requirements regardless of the nature of the measure in issue, seemingly extending the scope of application of the rule of reason. See, for example, Case C-120/95, 28 April 1998, *Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés*, ECR, p. 1831; Case C-379/98, 13 March 2001, *PreussenElektra AG v Schleswag AG*, ECR, p. 2099; Case C-443/06, 11 October 2007, *Erika Waltraud Ilse Holmann v Fazenda Pública*. Also see E. SPAVENTA, *On Discrimination and the Theory of Mandatory Requirements*, in *Cambridge Yearbook of European Law Studies*, 2001, pp. 457-478; N. SHUIBHNE, *The Free Movements of Good and Article 28 EC: An Evolving Framework*, in *ELR*, 2002, pp. 408-425.

<sup>19</sup> J. SNELL, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in A. SCHRAUWEN (ed.), *Rule of Reason: Rethinking another Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2005, pp. 36-56.

<sup>20</sup> See Case C-398/95, 5 June 1997, *SETTG*, ECR, p. 3091, para. 23.

<sup>21</sup> In this respect see the Opinion of Advocate-General Van Gerven (8 July 1992), Case C-304/90, 16 December 1992, *Reading Borough Council*, ECR, p. 6457, para. 23.

<sup>22</sup> Although beyond the scope of this paper, it should be noted that the Courts’ application of the proportionality test is not always consistent. In certain cases it has adopted a “soft” approach

Originally developed for the free movement of goods, the notion of mandatory requirements is now firmly established in the remaining fundamental freedoms<sup>23</sup> and a similar instrument is in its embryonic stage in the field of procedural law<sup>24</sup>. The basic idea behind such developments is the need to balance rules and exceptions, giving adequate flexibility to the law and consideration to the different interests involved. In this sense, it is not inconceivable to draw an analogy with the “American” rule of reason, been as the outcome of both is a reasonable exception to the rule. Nonetheless, it is important to note that, unlike the former, which allows the weighing of economic effects on the relevant market, the notion of mandatory requirements ensures the contemplation of non-economic general interests such as the protection of the environment, consumer protection, cultural diversity, public health, and more<sup>25</sup>.

It follows from the above that, if the mandatory requirements doctrine were transposed to EC antitrust law, the latter’s rules could be discarded, subject to proportionality, whenever contrary or harmful to a legitimate non-economic general interest pursued by an agreement<sup>26</sup>. This would stand in stark contrast with the effects that would ensue from the application of the “American” rule of

---

in which it has left Member States a margin for manoeuvre (see Case C-36/02, 14 October 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECR, p. 9609; Case C-124/97, 21 September 1999, *Läärä*, ECR, p. 6067), whilst in others it has evinced a more “stringent” approach. The latter is particularly evident where it has applied an analysis of proportionality *stricto sensu*, also known as “true proportionality”, finding a national measure not to be proportional where its negative effects on the damaged parties were excessive when compared to the *intrinsic* value of the measure itself (see Case 302/86, 20 September 1988, *Commission of European Communities v Denmark*, ECR, p. 4607).

<sup>23</sup> For application in the free movement of services see Case C-76/90, 25 July 1991, *Manfred Säger*, ECR, p. 4221; in the free movement of workers see Case C-415/93, 15 December 1995 *Jean-Marc Bosman*, ECR, p. 4921; in the freedom of establishment see Case C-55/94, 31 November 1995, *Reinhard Gebhard*, ECR, p. 4165; in the free movement of capital see Case C-503/99, 4 June 1992, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, ECR, p. 4809

<sup>24</sup> This is noticeable in Joined cases C-430 and 431/93, 14 December 1995, *Jeroen van Schijndel*, and Case C-312/93, 14 February 1995, *Peterbroeck*, ECR, p. 4705 and p. 4599.

<sup>25</sup> It must also be noted that an increasingly important role seems to be granted to fundamental rights. This is apparent in Cases C-112/00, 12 June 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republic of Austria*, ECR, p. 5659, and C-36/02, *Omega Spielhallen*, cit., p. 9609.

<sup>26</sup> Such an approach has been proposed by Advocate-Generals Jacobs (23 March 2000) and Leger (10 July 2001) in their Opinions in *Pavlov* (Joined cases C-180 to 184/98, 12 September 2000, ECR, p. 6451, para. 163) and *Arduino* (Case C-35/99, 19 February 2002, ECR, p. 1529, para. 89-91) respectively. Both seemed to accept that, in cases involving a *State* measure infringing Articles 81(1) and 10 ECT, it is appropriate to allow member States to justify their conduct on public interest grounds, as long as the principle of proportionality is respected.

A similar logic was also defended by the Commission in its written observations to *Macrino et Capodarte* (Case 202/04, 5 December 2006, ECR, p. 11421) where it argued that an anti-competitive State measure infringes Articles 10 and 82 ECT, unless it is justified by public interest objectives and proportionate to such goals. On the more general issue of the relationship between national legislation and EC law see D. TRIANTAFYLLOU, *Les règles de la concurrence et l’activité étatique y compris les marchés publics*, in *RTDE*, 1996, pp. 57-76.

reason, and could allow interests not contemplated by Article 81(3) ECT (economic effects) to be taken into account. However, it must be emphasised that such a reasoning may conflict with the wording of Article 10 of Regulation No. 1/2003 and relevant guidance letters. In fact, although the latter grant the Commission the power to declare that an agreement does not conflict with competition rules, it seems that only economic factors can be considered for this purpose.

5. Deciding whether a matter is to be considered a competition or an internal market issue is not always clear-cut. In this respect, the case-law of the European Court of Justice reveals that a “grey area” exists between EC free movement and antitrust rules. An example of this may be noted in the field of services of general interest where, in cases such as *Corsica Ferries*<sup>27</sup>, the ECJ concluded that restrictions to both sets of norms, notably Articles 82 ECT (abuse of dominant position), 86 ECT (public services) and 28 ECT (free movement of goods), could be envisaged<sup>28</sup>.

For the purposes of this paper, it is interesting to note that the Court seems to have accepted that the doctrine of mandatory requirements, developed in the free movement context (*supra*), may apply to some agreements or practices falling into such “grey areas”. In *Albany*<sup>29</sup>, for example, the restrictive effects on competition, inherent to an understanding creating compulsory affiliation to a sectoral pension scheme, were held to be necessary in order to pursue social objectives. In light of this, the agreement was considered not to fall within the scope of Article 81(1) ECT.

Another interesting exemplification of such reasoning can be found in the *Wouters* judgement<sup>30</sup>, regarding a 1993 regulation adopted by the Bar of the Netherlands, prohibiting multi-disciplinary partnerships between members of the Bar and accountants. Although such legislation had clear anti-competitive effects, the Court stated that not all agreements or decisions which restrict the freedom of action of one or more parties must necessarily fall within the framework set by Article 81(1) ECT<sup>31</sup>. In fact, the background against which the agreement or decision is concluded, and the objectives it pursues, must be taken into account. Following such an appraisal, it has then to be determined whether

<sup>27</sup> Case C-266/96, 18 June 1998, *Corsica Ferries*, ECR, p. 3494.

<sup>28</sup> Similarly, in Joined cases C-115 to 117/97, 21.9.1999, *Brentjens*, ECR, p. 6025, the ECJ evaluated the compatibility of a compulsory affiliation to a sectoral pension scheme with competition rules, holding that: “Articles 86 and 90 of the EC Treaty (now Articles 82 EC and 86 EC) do not preclude the public authorities from conferring on a pension fund the exclusive right to manage a supplementary pension scheme in a given sector” (para. 123).

<sup>29</sup> Case C-67/96, 21 September 1999, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfondsvs Textielindustrie*, ECR, p. 5751.

<sup>30</sup> Case C-309/99, 19 February 2002, *J. C. J. Wouters*, ECR, p. 1577

<sup>31</sup> The Courts conclusions on Articles 43 (freedom of establishment) and 49 ECT (free movement of services) will not be analysed, as the existence of a rule of reason in those areas of law is not in doubt (see above, section 2).

“the consequential effects restrictive of competition are inherent in the pursuit of those objectives”<sup>32</sup> and, if that is so, the measure is deemed not to infringe Article 81(1) ECT<sup>33</sup>.

In the above cases, the Court showed it was willing to balance anti-competitive effects against public policy objectives. Despite the fact that the concept of “inherent restriction” remains vague, applying the Courts reasoning can lead an agreement which restricts competition to be *compatible* with Article 81(1) ECT where it pursues legitimate non-economic objectives. Though such an approach is clearly reminiscent of the mandatory requirements doctrine applied for free movement norms, the absence of a proportionality test is striking and, given the stated parallelism, difficult to explain.

Recent case-law suggests that sporting activities are also amid free movement and competition rules. In *Deliège*<sup>34</sup> the European Court of Justice accepted that sports rules, requiring professional or semi-professional athletes to obtain an authorisation (or be specifically selected) by their federation, in order to participate in international competitions, could not be considered as infringing the rules on free movement of services in so far as they were *inherent* in the organisation of sporting events. Even if not expressly mentioned, such a decision evidently stems from the Court’s consideration of the non-economic objectives attached to the subject-matter. As to the applicability of competition rules, the ECJ refused their assessment due to a lack of information and the consequent impossibility of giving an informed ruling on their interpretation<sup>35</sup>.

In the *Meca-Medina* judgement<sup>36</sup>, the Court of First Instance (herein CFI) confirmed *Deliège* when it held that purely sporting rules can not be linked to an economic activity or to an economic relationship of competition. Moreover, been as this characteristic is inherent to such rules, they not only fall outside the scope of Articles 39 and 49 ECT but are also not caught by Articles 81 and 82 ECT.

Notwithstanding the above, the concept of “inherent restriction” has suffered a blow following the appeal of the CFI’s judgement in *Meca-Medina* to the ECJ<sup>37</sup>. The latter reversed the previous decision with regard to anti-doping rules and criticised the CFI’s reasoning. In particular the judgement indicates that, in excluding the said rules from the scope of Articles 81 and 82 ECT, on the basis

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, para. 97.

<sup>33</sup> In *Wouters* the Court concluded that, despite its inherently restrictive effects on trade, the 1993 regulation adopted by the Netherlands Bar association was necessary to ensure the proper organization of the legal profession (emphasis being placed on the public interest ground linked to professional ethics), and was consequently not in breach of Article 81(1) ECT.

<sup>34</sup> Joined cases C-51/96 and 191/97, 11 April 2000, *Christelle Deliège*, ECR, p. 2549.

<sup>35</sup> See *Deliège*, cit., para. 38. Nonetheless, it seems that when the Courts are faced with possible violations of the free movement rules *and* Articles 81 and 10 ECT, they will, as far as possible, focus on the former in order to benefit from the application of the mandatory requirements doctrine.

<sup>36</sup> Case T-313/02, 30 September 2004, *David Meca-Medina*, ECR, p. 3291.

<sup>37</sup> Case C-519/04 P, 18 July 2006, *David Meca-Medina*, ECR, p. 6991

that they are classified as being of a “purely sporting” nature with regard to Articles 39 and 49 ECT, the CFI made an error of law. In fact, it should have positively determined whether they fulfilled the specific requirements set by EC antitrust rules, rather than merely recalling their inherently non-economic characteristics.

In conclusion it should be noted that, even though the case-law in “grey areas” leans towards the application of a rule of reason similar to that developed in free movement cases, it is evident that there are still some uncertainties in the Courts’ approach. Following the *Meca-Medina* saga, in fact, the flexible stance to “exceptions” adopted in *Wouters/Deliège/Meca-Medina* (CFI judgement), seems to be counterbalanced by a stricter approach in which a rigid application of the Treaty rules is preferred.

6. Despite the fact that the mandatory requirements doctrine is well-established in the free movement context and has been applied, even if inconsistently, in grey areas, the use of a rule of reason in “pure” competition cases seems much more problematic.

The difficulties faced in this area of law are readily apparent in the *Montecatini* judgement<sup>38</sup>. In that case, the EU Court of First Instance dismissed the theory of a rule of reason with reference to Article 81(1) stating that, due to the highly damaging nature of a price-fixing agreement on competition, there was no need to enquire as to the whether this could be offset by positive effects. The agreement was to be considered as a *per se* violation of Article 81(1), thus preventing the application of exceptions by virtue of a test of reasonableness.

Although such a decision was confirmed on appeal by the ECJ, the logic expressed by the latter is far from identical to that of the CFI. The highest jurisdictional Court of the EU, in fact, indicated that “even if the rule of reason did have a place in the context of Article 81(1) of the Treaty”<sup>39</sup>, its application was precluded by the clear nature of the infringement in question. Such terminology seems to open the doors to a possible future application of a rule of reason in EC competition law, especially in those cases where an agreement is not manifestly anti-competitive.

Notwithstanding the above, four recent judgements handed down by the CFI expressly reject the application of a rule of reason, explicitly confirming that it has no place in Article 81 ECT.

First of all, in *Métropole télévision (M6)*<sup>40</sup> it was observed that the use of a rule of reason has never been confirmed by Community Courts and, furthermore, there are numerous judgements that seem to indicate that its existence is

<sup>38</sup> Case C-235/92 P, 8 July 1999, *Montecatini SpA*, ECR, p. 4539.

<sup>39</sup> *Ibidem*, para. 133.

<sup>40</sup> Case T-112/99, 18 September 2001, *Métropole télévision (M6)*, ECR, p. 2459. On this case, see for example P. MANZINI, *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, in *ECLR*, 2002, p. 392 et seq.

doubtful<sup>41</sup>. Nevertheless, according to the CFI, this does not necessarily imply that all agreements restricting the freedom of action of one or more parties must automatically be caught by the prohibition in Article 81(1) ECT. On the contrary, when assessing compatibility with the latter, the economic context in which undertakings operate and the actual structure of the market concerned must be taken into account. In such a way the prohibition in issue is not extended “wholly arbitrarily and without distinction”<sup>42</sup> to all agreements affecting free competition.

The “supple” interpretation of Article 81(1) proposed in *Métropole*, and favoured in a number of other judgements<sup>43</sup>, does not, however, entail an analysis of the pro and anti-competitive effects of an agreement. The Court explicitly states that such an analysis can not be intrinsic to Article 81(1) ECT, thus shattering all hopes of letting the “American” rule of reason in “through the back door”.

Secondly, in *Van den Bergh Foods Ltd*<sup>44</sup> the CFI, recalling well-established case-law, gave another motive for not accepting the existence of a rule of reason in EC competition law. In fact, it stated that it would be difficult to conceive the interpretation of Article 81(1) as including such a balancing exercise, given the structure of the EC Treaty itself. Article 81(3) ECT expressly provides the possibility of exemption for agreements that restrict competition but which satisfy a number of conditions. It ensues that it is only within the framework set by that rule that the pro and anti-competitive effects of an agreement can be weighed<sup>45</sup>.

Thirdly, in *Brasserie Nationale*<sup>46</sup> the application of the mandatory requirements doctrine, the “European” rule of reason, was excluded in the context of competition law. The CFI explicitly stated that: “Once it has been established that the object of an agreement constitutes, by its very nature, a restriction of competition, such as a sharing of clientele, that agreement cannot, by applying a rule of reason, be exempted from the requirements of Article 81(1) EC by virtue of the fact that it also pursued other objectives [...]”<sup>47</sup>.

If read in conjunction with the Courts’ rejection of the applicants reference to the *Cassis de Dijon* case-law, it is obvious that a firm refusal to allow free movement reasoning to permeate competition law is in place.

Finally, in *O2*<sup>48</sup> the Community judges seemed to expand the concept developed in *Métropole*. In particular, they stated that in order to ascertain the applicability of Article 81(1), the assessment of an agreement need not be limited to

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, para. 72.

<sup>42</sup> *Ibidem*, para. 76-77.

<sup>43</sup> In particular, see Case 56/65, 30 June 1966, *Société Technique Minière*, ECR, p. 235 and Case C-250/92, 15 December 1994, *DLG*, ECR, p. 5641.

<sup>44</sup> Case T-65/98, 23 October 2003, *Van den Bergh Foods Ltd*, ECR, p. 4653, para. 107.

<sup>45</sup> A similar conclusion is expressed by the CFI in *Métropole*, cit., at para. 77 of its judgement.

<sup>46</sup> Joined cases T-49 to 51/02, 27 July 2005, *Brasserie Nationale*, ECR, p. 3033.

<sup>47</sup> *Ibidem*, para. 85.

<sup>48</sup> Case T-328/03, 2 May 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG*, ECR, p. 1231.

the relevant market structure and the economic (or legal) context in which it was concluded, but could involve the consideration of its object, effects and whether it affected intra-community trade. On this basis, the Court established the need to implement a “counterfactual” examination, balancing the impact of the agreement on potential and existing competition against the situation that would have existed in its absence.

Although the methodology utilised in *O2* ensures that Article 81(1) is not extended indistinctly to all agreements which affect the freedom of action of one or more parties, it must not be confused with a test of reasonableness. In fact, once again the CFI goes to lengths to confirm that the reasoning described does not involve the assessment of pro and anti-competitive effects and can thus not be associated with a rule of reason<sup>49</sup>.

7. It is clear from the case-law that the ECJ and CFI are unwilling to apply the same degree of flexibility when dealing with rules concerning free movement and those pertaining to antitrust/competition law. As regards the former, the European Courts have adopted an innovative test of reasonableness, based on the doctrine of mandatory requirements and allowing for the balancing of non-economic interests, which is visibly different from the “American” rule of reason. A similar, yet not so firmly established, *raison d’être* seems to pervade the grey areas dealt with in section three, where the Courts have generally followed the “free movement reasoning”. However, in areas of pure antitrust law, it is evident that the Courts are unwilling to permit the application of the same analysis<sup>50</sup>.

In this respect, it must be pointed out that such a statement has been tempered by the emergence of a quasi “European State Action Doctrine”, whereby public interest objectives seem to play an important role<sup>51</sup>. The ECJ has confirmed that national measures with an effect on competition law will be deemed unlawful *only* inasmuch as they favour the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 81 ECT or reinforce their effects<sup>52</sup>, or where the State divests its own rules of the character of legislation by delegating to private economic operators responsibility for adopting decisions affecting the economic sphere<sup>53</sup>. As noted by Advocate General Poiares Maduro such case-

<sup>49</sup> See para. 69.

<sup>50</sup> However, on the convergence of free movement and competition rules see K. MORTELMANS, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, in *CML Rev.*, 2001, pp. 613-649; J. W. VAN DE GRONDEN, *Rule of Reason and Convergence in Internal Market and Competition Law*, in A. SCHRAUWEN (ed.), *op. cit.*, pp. 79-96; R. WESSELING, *The Rule of Reason and Competition Law: Various Rules, Various Reasons*, *ivi*, pp. 59-78.

<sup>51</sup> This approach has been also analyzed in a law and economics perspective; see R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Rotterdam, 2001, p. 156 et seq.

<sup>52</sup> See C-198/01, *CIF*, 9 September 2003, *ECR*, p. 8055, para. 46.

<sup>53</sup> E.g. Case 136/86, 3 December 1987, *Aubert*, *ECR*, p. 4789 and Case C-250/03, 17 February 2005 (Order), *Mauri*, *ECR*, p. 1267.

law “must certainly be construed as meaning that it is necessary to be aware what aims the State is pursuing in order to determine when its action may be made subject to competition law”<sup>54</sup>. It ensues that, in a manner not so far removed from the doctrine of mandatory requirements, if a national measure aims to protect a public interest, it will fall outside the scope of antitrust rules. On the other hand, where such a general objective is overridden by a concern to protect private interests, the State action will necessarily be caught.

Leaving national measures and the “European State Action Doctrine” aside, the rationale behind the case-law rejecting the rule of reason in competition law is the existence of Article 81(3) ECT, which clearly amounts to a reasonableness clause with respect to the general prohibition set in subsection 1. Therefore, it seems that the existence of a rule of reason and consequent “additional exceptions”, is limited by the structure of the Treaty itself. Yet, been as the existence of justificatory provisions does not preclude the doctrine of mandatory requirements in the context of the free movement rules, one must question whether applying a different approach to antitrust law, which is an inherent part of the internal market, is both coherent and possible.

In support of the Court’s position it could be argued that whilst Articles 30 ECT *et similia* are exhaustive and to be applied restrictively, Article 81(3) is not subject to such limitations. On the contrary, it provides a series of conditions which an agreement must satisfy in order to benefit from the exemption provided therein, and does not therefore establish a closed list of justifications. When coupled with the fact that the distinction between distinctly/indistinctly applicable measure does not subsist in EC competition law, it is not entirely surprising that the Court has rejected the application of a rule of reason.

As already mentioned, starting May 1<sup>st</sup> 2004, the application of Articles 81 and 82 ECT has been reformed by Council Regulation No. 1/2003. According to the new discipline, although the Commission still retains the power to impose fines and grant block exemptions, it no longer maintains exclusive competence for the application of Article 81(3) ECT. In fact, it now falls to member States and national authorities, both administrative and judicial, to apply Article 81 ECT as a whole. It follows that, where satisfied that the requirements set in subsection 3 are fulfilled, they have the power to legitimately conclude that an agreement is not anti-competitive according to subsection 1. Nonetheless, does this imply that they can also consider that an “agreement” or “practice” falls outside the scope of Article 81(1) due to positive effects for the general interest? For this purpose, may they apply the proportionality test to determine exceptions to the rule, as occurs in the framework of the mandatory requirements doctrine? Alternatively, can they compare the costs and benefits for competition generated by an agreement, in conformity with the “American” rule of reason?

It seems likely that national judges, not accustomed to the subtle distinctions developed by the ECJ in the different fields, will deem that, in order to ensure

---

<sup>54</sup> See Opinion in Case C-94/04, 1 February 2006, *Federico Cipolla*, ECR, p. 11421, para. 33.

unity of interpretation of internal market rules, a uniform application of the same is necessary. In giving effect to such a presumption it is possible they will apply the free movement reasoning to competition law.

Moreover, it may be argued that since the entry into force of the so-called modernization regulation<sup>55</sup>, such logic is not necessarily contrary to the Courts case-law. In fact, if to-date the rejection of the rule of reason to EC competition law has been linked to the interpretation of Article 81 ECT as established by Council Regulation No. 17, such a conclusion might well not be justified in light of the changes implemented by Regulation No. 1/2003. It is suggested that only a clear pronouncement of the Luxembourg judges can prevent a gradual drift towards a rule of reason. In this sense, the ECJ may be called to interpret the new Regulation via a preliminary reference procedure whilst, on the other hand, the CFI is most likely to pronounce on the issue in actions against Commission decisions imposing fines.

In support of the above, it must be recalled that since it was first created, the Common market has evolved into an Internal market, establishing itself and growing beyond expectation. It is therefore worth questioning whether the system of exemptions provided by Article 81(3), and the economic interests listed therein, are still the only exigencies worthy of protection. This is even more so, if one considers that the mentioned evolution has caused a parallel growth in the relevance of non-market considerations. In this respect, a few recent developments in EC law appear to confirm the socio-economic character of the internal market, conferring value to non-economic objectives not considered in Article 81.

First of all, the family of integration clauses inserted into the ECT<sup>56</sup>, imposes that certain non-economic objectives must be integrated in the definition and implementation of all community policies.

Secondly, the new Lisbon Treaty seems to place added emphasis on services of general interest, rather than on free competition itself, and a recent communication of the Commission<sup>57</sup> stresses the importance that non-economic objectives play in this context.

Thirdly, the Commission Communication on the application of Article 81(3)<sup>58</sup> states that objectives pursued by other Treaty provisions must be taken into account. It follows that in applying such an Article, analysis should not be limited to considering market efficiency.

<sup>55</sup> On the reform of the EC competition rules see A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007. See also L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 282 et seq.

<sup>56</sup> The first integration clause, relating to the environment, was inserted by Article 130R (now 174-176 ECT) of the Single European Act. The Treaty on European Union inserted five further integration clauses linked to new European policies: culture (Title XII ECT), public health (Title XIII ECT), industry (Title XVI ECT), economic and social cohesion (Title XVII ECT), development cooperation (Title XX ECT).

<sup>57</sup> Communication of 20<sup>th</sup> November 2007 on *Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment*, in COM(2007)725.

<sup>58</sup> *OJ C* 101, 27 April 2004, p. 97.

Finally, recital 37 of Regulation No.1/2003 states: “This Regulation respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Accordingly, this Regulation should be interpreted and applied with respect to those rights and principles”.

Such a statement was most probably inserted to ensure the right of defence and the sharing of the burden of proof. Nonetheless, it is uncertain whether it can also allow national competition authorities to take fundamental rights into consideration as mandatory requirements, thus determining when competition rules apply to agreements<sup>59</sup>.

In light of the above developments, the necessity to fill the *lacunae* of Article 81(3) ECT is evident. In this respect, however, the “American” rule of reason seems inadequate as the internal market is a reality which goes beyond the protection of mere economic interests and requires an elevated level of uniformity to ensure its proper functioning.

For such reasons it would probably be better to open the doors of EU anti-trust rules to the “European” rule of reason. A “drift” in this direction is nonetheless likely, given the newly acquired competence of national judges and authorities to apply EU antitrust rules.

It is suggested that this will not, however, imply abandoning the objective of fair competition (as the Lisbon Treaty, instead, seems to suggest). In fact, the mandatory requirements analysis is well-established, and allows an effective balancing of different interests, whilst the proportionality test ensures that the measure adopted is necessary, suitable and that it is the least restrictive option. In this sense, the evaluation carried out by the ECJ is strict and seldom does a national measure satisfy all requirements. Keeping this in mind, the existence of a legitimate objective will be even more difficult to demonstrate in competition law, where private, and not public, concerns are normally involved<sup>60</sup>.

For this reason, applying the doctrine developed in the free movement context, will give undertakings the possibility (although remote) of justifying their agreements on “added grounds”, simultaneously guaranteeing that competition is not distorted amongst them.

---

<sup>59</sup> From a legal point of view, such a theory is difficult to uphold been as the recital refers to the “regulation” and not to substantial norms (such as Articles 81 and 82 ECT). Numerous authors have thus held that recital 37 merely aims to guarantee the respect of the right of defence of undertakings involved in a competition procedure. See C. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*, London, 2004, V ed., and W. WILS, *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between National and European Legislation and Case-Law*, in *World Competition*, 2006, pp. 3-24.

<sup>60</sup> Nonetheless, on some occasions, the Commission and the Courts have shown an inclination to allow the public interest to effective competition to prevail over the private interests of undertakings (see Case 374/87, 18 October 1989, *Orkem*, ECR, p. 3283; Joined cases 46/87 and 227/88, 21 September 1989, *Hoechst*, ECR, p. 2859; Case T-66/99, 11 November 2003, *Minoan*, ECR, p. 5515).



# La tutela del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizione del *legal privilege* e suo fondamento negli ordinamenti di *common law*, di *civil law* e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. L'applicabilità della CEDU al diritto comunitario della concorrenza. – 4. Il riconoscimento del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza. L'ambito di applicazione materiale e temporale. – 5. *Segue*: l'ambito di applicazione personale e il problema dell'*in-house lawyer*. – 6. *Segue*: l'ambito di applicazione spaziale. Gli aspetti procedurali. – 7. Conclusioni.

1. La recente pronuncia del Tribunale di primo grado delle Comunità europee nella causa *Akzo Nobel*<sup>1</sup> offre l'occasione per compiere alcune riflessioni in merito al riconoscimento e all'ambito di applicazione del principio della riservatezza delle comunicazioni tra l'impresa sottoposta a procedimento *antitrust* e il proprio avvocato (c.d. *legal privilege*) quale concreto limite ai poteri di cui dispone la Commissione europea<sup>2</sup> per l'individuazione e la repressione delle violazioni del diritto comunitario della concorrenza tra imprese di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Simili riflessioni paiono utili sia alla luce dei profili di novità che la pronuncia appena ricordata presenta rispetto alla precedente giurisprudenza *AM & S*<sup>3</sup>, sia con riferimento alla necessità di valutare la compatibilità del principio in esame, così come attualmente delimitato nel diritto comunitario, con il catalogo di diritti fondamentali contenuti nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 settembre 2007, cause riunite T-125/03 e T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Ackros Chemicals Ltd. c. Commissione (Akzo Nobel)*, non ancora pubblicata.

<sup>2</sup> E le autorità nazionali quando applicano il diritto comunitario della concorrenza: cfr. W. P. J. WILS, *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, p. 3 ss., spec. p. 24.

<sup>3</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982, nella causa C-155/79, *Australian Mining and Smelting Europe, Ltd. c. Commissione (AM & S)*, *Raccolta*, p. 1575 ss. Si veda anche l'ordinanza del Tribunale di primo grado del 4 aprile 1990, causa T-30/89, *Hilti Aktiengesellschaft c. Commissione (Hilti)*, *Raccolta*, p. II-163 ss.

<sup>4</sup> Firmata a Roma il 4 novembre 1950. La CEDU è stata ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, in *GURI* n. 221, 24 settembre 1955, che reca anche il relativo ordine di esecuzione.

In considerazione della disciplina giuridica sulla quale va a incidere il limite in esame, appare necessario premettere alcuni sintetici cenni alla procedura *anti-trust* comunitaria che, com'è noto, si compone di una fase preliminare e di una procedimentale vera e propria<sup>5</sup>. Nella fase preliminare, che va dall'apertura di un fascicolo a carico di una o più imprese per sospetta violazione delle norme sulla concorrenza<sup>6</sup> fino alla notifica della comunicazione degli addebiti di cui all'art. 10 regolamento n. 773/04<sup>7</sup>, la Commissione dispone attualmente di una serie di poteri di indagine più penetranti rispetto alla normativa previgente<sup>8</sup>. Infatti, oltre alla possibilità di svolgere indagini per settore economico o per tipo di accordo (art. 17 regolamento n. 1/03), l'autorità *antitrust* comunitaria può richiedere alle imprese sotto indagine tutte le informazioni necessarie per l'accertamento della sospetta violazione (art. 18 regolamento n. 1/03), può raccogliere dichiarazioni da parte di persone fisiche e giuridiche ma solo previa accettazione da parte di queste ultime (art. 19 regolamento n. 1/03) e soprattutto ha il potere di svolgere ispezioni presso la sede delle imprese indagate (art. 20 regolamento n. 1/03)<sup>9</sup> così come presso altri locali, compresi i domicili privati dei membri della compagine aziendale (art. 21 regolamento n. 1/03). Qualora la Commissione sia convinta che si ricada in un'ipotesi di violazione delle regole a tutela della concorrenza si apre la fase formalmente procedurale, il cui primo atto consiste

<sup>5</sup> È appena il caso di ricordare come le disposizioni che regolano entrambe le fasi, prima contenute nel regolamento (CEE) n. 17/1962 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, *GUCE* 13, 21 febbraio 1962, p. 204 ss., e successive modifiche (sul quale per tutti A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, IV ed., *passim*), siano state recentemente riformulate nel 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, *GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss. In dottrina vedi tra gli altri G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004, e A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.

<sup>6</sup> In argomento G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., pp. 691-692, e L. BELLODI, *Le denunce*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>7</sup> Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del trattato CE, *GUUE* L 123, 27 aprile 2004, p. 18 ss.

<sup>8</sup> Per un esame generale dei poteri di indagine preliminare previsti negli articoli da 17 a 22 del regolamento n.1/03, nonché sulle sanzioni e le penali di mora, si rinvia al nostro *Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 78-84, e ai commenti di F. P. MANSI, S. POLI, C. SANNA e C. SCHEPISI in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, *passim*. Sulla disciplina previgente cfr. C. LISTER, *Dawn Raids and Other Nightmares: The European Commission's Investigatory Powers in Competition Law Matters*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1990, p. 45 ss., e A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *op. cit.*, pp. 387-399.

<sup>9</sup> In giurisprudenza vedi le sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst AG c. Commissione (Hoechst)*, *Raccolta*, p. 2859, punti 33-35, e del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (Roquette Frères)*, *Raccolta*, p. I-9011 ss.

nell'invio di una comunicazione degli addebiti alle imprese indagate allo scopo di fissare il *thema decidendum* e permettere a quelle di predisporre le loro difese prima della decisione finale<sup>10</sup>. Durante questa fase l'autorità *antitrust* comunitaria ha in particolare l'obbligo di consentire alle parti l'accesso al fascicolo<sup>11</sup> e la possibilità di essere ascoltate oralmente nel corso di un'audizione<sup>12</sup>. La fase procedimentale termina con la richiesta del parere al Comitato consultivo in materia di intese e abusi di posizione dominante, composto dai rappresentanti degli Stati membri, e l'adozione collegiale della decisione finale da parte della Commissione.

All'interno del procedimento appena descritto è dato rilevare un ambito di applicazione del generale principio del rispetto dei diritti della difesa. Giova sottolineare come tale principio, non previsto nel regolamento n. 17/62, sia stato ricavato dalla giurisprudenza sulla base di alcuni principi generali desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri e dalla CEDU<sup>13</sup> ma circoscritto in funzione del procedimento su cui andava a incidere, procedimento a sua volta finalizzato al raggiungimento del superiore obiettivo della tutela dell'assetto concorrenziale del mercato comunitario.

Per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari, oltre alle previsioni relative ai diritti e doveri sia delle imprese che della Commissione in caso di richiesta di informazioni o di ispezioni aziendali e domiciliari, sono stati individuati alcuni limiti all'obbligo di fornire informazioni o documenti. Innanzitutto è stato riconosciuto il diritto delle imprese indagate a non contribuire alla propria incriminazione<sup>14</sup>. Simile diritto è stato tuttavia inteso non tanto come principio generale ma come limite specifico ai poteri di indagine della Commissione e dunque costruito in termini alquanto ristretti in ragione degli opposti doveri gravanti sulle imprese di collaborare attivamente con questa e di fornire ai suoi agenti informazioni complete, esatte e non fuorvianti<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Così G. BIAGIONI, S. GOBBATO, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, pp. 336-337. Cfr. anche L. BELLODI, *Poteri di inchiesta e avvio della procedura*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *op. cit.*, pp. 148-153.

<sup>11</sup> In argomento si veda la sentenza del Tribunale del 12 ottobre 2007, causa T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c. Commissione (Pergan)*, non ancora pubblicata.

<sup>12</sup> Quest'ultima è condotta dal consigliere-auditore, una figura che opera in condizione di terzietà rispetto a tutte le parti interessate, compresa la Commissione, con il compito di organizzare l'audizione nel suo complesso, verificare che i diritti di difesa siano stati rispettati nel corso del procedimento e adottare decisioni in materia di accesso al fascicolo (G. BIAGIONI, S. GOBBATO, *op. cit.*, pp. 349-350). La posizione di terzietà del consigliere-auditore è garantita dall'essere alle dipendenze non della Direzione generale "concorrenza" ma direttamente del Commissario responsabile della concorrenza.

<sup>13</sup> A partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione (Hoffmann-La Roche)*, *Raccolta*, p. 461.

<sup>14</sup> In occasione sia delle risposte alle richieste di informazioni disposte a mezzo di decisione formale (ma non per le richieste di esibizione di documenti: conforme G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust*, in *RDI*, 1994, p. 1006-1008) che oralmente durante le ispezioni aziendali.

<sup>15</sup> Le parti indagate, pur non potendosi sottrarre all'obbligo di produrre i documenti specificamente richiesti e di rispondere a quesiti di mero fatto (es. informazioni su date e luoghi delle riunioni

In secondo luogo, la giurisprudenza ha ricavato anche il limite della riservatezza della corrispondenza tra impresa e avvocato, limite oggetto della presente indagine, sottraendola in quanto tale all'ambito materiale dei documenti soggetti al potere di controllo degli agenti comunitari<sup>16</sup>. Salvo questi due limiti, costruiti come si diceva in termini restrittivi, né il regolamento n. 1/03 né la giurisprudenza comunitaria si sono preoccupati di stabilire il pieno diritto delle imprese di essere assistite da un avvocato durante le indagini preliminari a fronte delle richieste di spiegazioni durante le ispezioni aziendali (possibilità viceversa non prevista per le ispezioni negli altri locali) e, più in generale, nella fase della ricerca documentale nei locali dell'impresa come negli altri locali<sup>17</sup>.

Nella fase formalmente procedimentale, invece, i diritti della difesa sembrano essere meglio garantiti già dall'invio della comunicazione degli addebiti, nella misura in cui quest'ultima dev'essere redatta in termini sufficientemente chiari da permettere alle imprese di conoscere i rilievi mossi dalla Commissione nei loro confronti e di presentare le opportune controdeduzioni. Altri elementi che militano in questo senso sono rinvenibili nelle già ricordate disposizioni regolamentari che prevedono in termini inequivoci il diritto di accesso al fascicolo, pur con le sue limitazioni materiali, e quello di essere ascoltati nel corso di un'audizione. Una tale constatazione sembra infine avvalorata, come pure è stato notato<sup>18</sup>, dal più generale complesso normativo che sembrerebbe attribuire alle imprese altre facoltà quali il diritto dei destinatari della comunicazione degli addebiti di essere assistiti da un consulente legale durante la fase formale, il diritto di presentare in base all'art. 10 regolamento n. 773/04 osservazioni scritte entro un termine prefissato dalla Commissione, e il diritto di assistere alle audizioni di terzi quando esse abbiano luogo dopo l'inizio del procedimento formale.

In presenza del quadro appena descritto, esigenze di tutela della riservatezza delle comunicazioni tra impresa e consulente legale sembrano suscettibili di venire in rilievo in diversi momenti. Durante la fase formale tale esigenza appare meglio garantita in ragione dell'attribuzione al consigliere-auditore del potere di organizzare le audizioni, di verificare il rispetto dei diritti della difesa e di adottare decisioni relative alle richieste di accesso al fascicolo. Ciò al contrario non può dirsi con riferimento alla fase delle indagini preliminari in cui la Commissione gode di poteri in massima parte non sottoposti a controllo da parte di soggetti

---

con i concorrenti), che solo "indirettamente" possono risultare pregiudizievoli per la loro posizione, hanno invece la facoltà di tacere sulle richieste di valutazione dei fatti in quanto "direttamente" incrinanti. Si vedano la sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem Sa, ex CDF Chimie Sa, c. Commissione (Orkem)*, Raccolta, p. 3283, nonché le due sentenze del Tribunale di primo grado del 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94 e al., *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv e al. c. Commissione (PVC II)*, Raccolta, p. II-931, e del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione (Mannesmannröhren)*, Raccolta, p. II-729.

<sup>16</sup> Sentenze *AM & S* e *Akzo Nobel*, entrambe citate.

<sup>17</sup> Per approfondimenti si veda il nostro *Indagini preliminari*, cit., pp. 105-106, nonché C. LISTER, *op. cit.*, p. 57, e A. FRIGNANI, *I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa antitrust dell'Unione europea*, in *Contr. imp./E.*, 2004, p. 1023.

<sup>18</sup> Da G. BIAGIONI, S. GOBBATO, *op. cit.*, p. 338.

terzi e ove i diritti delle imprese si configurano come un'eccezione a detti poteri. Proprio in considerazione di tale ultimo rilievo, e dell'opposta impostazione garantista ricavabile dalle disposizioni normative e dalla giurisprudenza degli organi della CEDU, si ritiene di doverci muovere nell'individuazione del preciso ambito di applicazione della tutela in esame all'interno del diritto della concorrenza, tenendo a mente che la ricostruzione proposta dalla giurisprudenza comunitaria non può dirsi ad oggi del tutto soddisfacente.

2. Le espressioni “*legal privilege*” e “*attorney-client privilege*”, tra loro sostanzialmente equivalenti e di derivazione anglosassone<sup>19</sup>, vengono utilizzate in quegli ordinamenti per indicare l'ampio riconoscimento del carattere riservato di determinate comunicazioni tra il cliente e il consulente legale ai fini della formazione della prova nei procedimenti *lato sensu* legali<sup>20</sup>. È appena il caso di sottolineare come la tutela in esame sia suscettibile di coprire il contenuto delle rilevanti comunicazioni ma non si estenda ai fatti oggetto delle stesse, nella duplice misura in cui questi ultimi per un verso non risultano coperti da riservatezza per il solo fatto di essere stati comunicati a un consulente legale e per altro verso possono essere utilizzati come prova e opposti alla persona sottoposta al procedimento qualora divenuti noti in altra maniera<sup>21</sup>.

Il riconoscimento del *legal privilege* nei sistemi giuridici anglosassoni ha comportato il divieto per il professionista legale di rivelare tali comunicazioni e il contestuale obbligo per le autorità civili, amministrative o penali di non accedervi e utilizzarle salvo il consenso rispettivamente del cliente e del soggetto sottoposto a procedimento. Ne consegue sia la legittimità dell'opposizione del rifiuto in risposta ad un ordine di divulgazione da parte delle autorità sia la non ammissibilità delle stesse come prova nel caso in cui siano state acquisite al fascicolo contro la volontà del cliente<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Il termine *legal (professional) privilege* è utilizzato nel Regno Unito, mentre quello *attorney-client privilege* negli Stati Uniti. Cfr. G. MURPHY, *CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In-house Lawyers*, in *ECLR*, 2004, p. 453, secondo cui il *legal privilege* è stato riconosciuto nel Regno Unito a seguito delle pronunce *Berd v. Lovelace* del 1577, in *21 English Reports*, p. 33 ss., e *Dennis v. Codrington* del 1580, *ivi*, p. 53 ss., mentre negli Stati Uniti l'*attorney-client privilege* risale alla sentenza *Hunt v. Blackburn* del 1880, in *128 U.S.*, p. 464 ss. Per un'analisi delle differenze tra i due concetti si veda per tutti R. S. PIKE, *The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys*, in *Loyola International Law Review*, 2006, p. 51 ss.

<sup>20</sup> L'espressione “procedimento legale” è usata in questa sede in senso ampio e corrispondente a quella anglosassone “*legal proceeding*”, suscettibile in quanto tale di ricomprendere sia i procedimenti giurisdizionali civili, penali e amministrativi che si svolgono davanti a un organo terzo, sia i procedimenti – come quelli in materia di concorrenza – condotti da parte di un'authority amministrativa dotata di poteri di indagine e capace di irrogare una sanzione.

<sup>21</sup> Sottolineano questa distinzione T. CHRISTOFOROU, *Protection of Legal Privilege in EEC Competition Law: The Imperfections of a Case*, in *LIEI*, 1985, n. 2, p. 4, e P. R. RICE, *Attorney-Client Privilege: The Eroding Concept of Confidentiality Should Be Abolished*, in *Duke Law Journal*, 1998, p. 855.

<sup>22</sup> Secondo E. GRIPPINI FOURNIER, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance*, in *Fordham ILJ*, 2005, p. 976,

Allo scopo di mettere in rilievo i diversi presupposti su cui si fonda il principio della tutela delle comunicazioni tra cliente e avvocato ai fini della formazione della prova nei distinti ordinamenti di *common* e di *civil law*, e di conseguenza valutare la sua estensione nel diritto comunitario della concorrenza, sembra non inutile ripercorrere brevemente l'evoluzione che l'istituto in oggetto ha avuto nei due grandi sistemi giuridici appena ricordati. Ciò proprio a mente della particolare ricostruzione operata dalla giurisprudenza comunitaria sulla base delle tradizioni giuridiche degli Stati membri<sup>23</sup>, e dunque in base a elementi sia di *common* che di *civil law*.

Nei sistemi anglosassoni, il *legal privilege* è inizialmente emerso come un'ampia prerogativa soggettiva dell'avvocato in virtù del suo particolare *status* sociale, in quanto *gentleman* degno di onore e rispetto e dunque non soggetto alle normali regole sull'obbligo di testimonianza e sulla rivelazione del contenuto delle sue comunicazioni<sup>24</sup>. Tuttavia, poiché una tutela basata sullo *status* sociale dell'avvocato non poteva conservare a lungo la sua ragion d'essere, essa si è evoluta a partire dalla seconda metà del Settecento su basi utilitaristiche, trovando la sua giustificazione nella necessità di preservare il rapporto di fiducia tra cliente e avvocato nell'ottica del benessere generale della società<sup>25</sup>. La teoria utilitaristica infatti afferma come il professionista legale non possa adempiere al suo incarico nel migliore dei modi senza la maggior conoscenza possibile dei fatti relativi alla posizione del suo cliente, la qual cosa a sua volta risulta funzionale non tanto alla protezione della riservatezza delle comunicazioni quanto alla promozione del ruolo dell'avvocato in virtù di un obiettivo superiore, quello cioè della migliore applicazione del diritto: se tutte le comunicazioni con tutti i consulenti legali sono coperte da una forma di tutela nei confronti della loro utilizzazione come prova a carico di tutti i clienti, questi ultimi verranno incoraggiati a consultare sempre più frequentemente i primi su come comportarsi in maniera conforme al dettato normativo, provocando in ultima analisi un miglioramento netto del benessere dell'intera società<sup>26</sup>.

---

nonostante il preciso ambito di applicazione del *legal privilege* differisca da ordinamento a ordinamento, la maggior parte degli elementi che compongono la fattispecie è tra questi ultimi comune.

<sup>23</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 18.

<sup>24</sup> Ciò, nonostante in determinati momenti esso abbia avuto un ambito di applicazione più ristretto e limitato alla possibilità di non rispondere solo a certe domande che riguardavano il suo coinvolgimento nelle vicende oggetto di un procedimento legale: cfr. il commento *Privileged Communication: III. Attorney-Client Privilege*, in *Harvard LR*, 1985, p. 1502.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 1503.

<sup>26</sup> In questo senso è il *leading case* della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Upjohn v. United States* del 1981, in 449 *U.S.*, p. 389. In dottrina, tra i tanti, G. M. GIESEL, *The Legal Advice Requirement of the Attorney-Client Privilege: A Special Problem for In-House Counsel and Outside Attorneys Representing Corporations*, in *Mercer Law Review*, 1997, pp. 1175-1179; A. STEVENS, *An Analysis of the Troubling Issues Surrounding In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege*, in *Hamline Law Review*, 1999, pp. 295-296; B. A. KING, *Preserving the Attorney-Client Privilege in the Corporate Environment*, in *Alabama Law Review*, 2002, p. 628 ss. Sul bilanciamento degli interessi tra tutela del singolo e benessere della società alla base della teoria utilitaristica e sui suoi

Negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, invece, la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato ai fini della formazione della prova in un procedimento legale è stata concepita non tanto nell'ottica finalistica dell'oggettivo benessere della società quanto piuttosto come attribuzione soggettiva della persona sottoposta a tale procedimento e dunque ricompresa nei diritti fondamentali. Da un punto di vista generale, in tali ordinamenti le diverse forme di tutela delle comunicazioni tra cliente e consulente legale possono essere astrattamente ricondotte nell'alveo di due distinti diritti fondamentali, il diritto alla *privacy* e il diritto di difesa<sup>27</sup>. Tali diritti sono entrambi previsti nella CEDU, dalla quale pertanto conviene prendere le mosse per la corretta individuazione dell'ambito di applicazione della tutela oggetto del presente lavoro nei suoi Stati parte e, in prospettiva, nel diritto comunitario della concorrenza.

Il diritto alla *privacy* tutelato dall'art. 8 CEDU<sup>28</sup>, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>29</sup>, si compone di una sfera "interna" concernente il diritto di ogni soggetto di mantenere uno spazio di libertà personale nei confronti delle ingerenze da parte delle autorità pubbliche al fine di sviluppare e realizzare la propria personalità, e di una sfera "esterna" relativa al diritto di stringere e sviluppare relazioni sociali con altri individui<sup>30</sup>. A mente degli ampî contorni che il diritto alla *privacy* ha assunto nella CEDU, e per suo tramite negli ordinamenti degli Stati parte, si potrebbe essere tentati di concludere come l'ambito di operatività dell'art. 8 CEDU sia sufficiente a fornire tutela alla riservatezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato ai fini della formazione della prova in misura perlomeno paragonabile a quella, altrettanto ampia, dei sistemi di *common law*. Da quest'angolo visuale, infatti, ben si potrebbero concepire le comunicazioni con l'avvocato come parte di quel complesso di manifestazioni della personalità che ogni individuo desidera mantenere nella propria sfera privata. Tuttavia, se per un verso la ricostruzione del principio in oggetto quale estrinsecazione del più ampio diritto al rispetto della vita privata di ogni indivi-

---

profili di incongruenza si vedano E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 980-988, e P. R. RICE, *op. cit.*, pp. 888-898.

<sup>27</sup> Così esattamente E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, p. 990.

<sup>28</sup> Si utilizza in questa sede il termine *privacy* per indicare tutte le situazioni riconducibili al "diritto al rispetto della vita privata" di cui alla norma appena citata. In dottrina si vedano per tutti D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg, 1997, p. 245 ss.; P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-New York, 1998, p. 489 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, Art. 8, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 307 ss.; C. PAVARANI, Art. 8, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, p. 291 ss.

<sup>29</sup> Di seguito indicata alternativamente come "Corte europea", "Corte CEDU" o "Corte di Strasburgo". Le sentenze della Corte europea sono reperibili *on line* all'indirizzo [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>30</sup> Sentenza del 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, par. 29.

duo – nella particolare forma del diritto alla riservatezza e segretezza delle comunicazioni intercorse con un altro soggetto avverso la loro divulgazione a terzi – può apparire necessaria al riconoscimento della sua esistenza, per altro verso essa non sembra sufficiente a spiegare la giustificazione ultima della relativa tutela.

Una ricostruzione nell’ottica del diritto alla *privacy*, invero, implica a rigor di logica la sovrapposizione e la confusione di due fattispecie – quella del *legal privilege* e quella della tutela della riservatezza delle comunicazioni in generale – che tuttavia per presupposti, àmbiti di applicazione e finalità appaiono ben differenti. Il *legal privilege*, infatti, sembra avere un’estensione molto più circoscritta e concettualmente diversa rispetto alle normali regole che governano i rapporti di confidenzialità tra due o più soggetti dell’ordinamento giuridico. In particolare, esso si differenzia nettamente da quegli obblighi di riservatezza e di segreto professionale tra cliente e avvocato, presenti peraltro anche negli ordinamenti di *common law*, che in quanto tali sono suscettibili di tutelare la divulgazione nei confronti dei terzi di tutte le comunicazioni che intercorrono sia all’interno che al di fuori di un procedimento legale e comportano per il professionista l’obbligo di garantirne la stretta confidenzialità: qualora simile obbligo venga disatteso, l’avvocato può, a seconda degli ordinamenti nazionali, essere sottoposto a sanzioni disciplinari, a sanzioni penali oppure ad azioni per responsabilità contrattuale o extracontrattuale<sup>31</sup>.

Ciò che osta, dunque, all’inquadramento *tout court* del *legal privilege* nell’alveo dell’art. 8 CEDU risulta essere proprio il suo specifico àmbito di applicazione materiale, nella misura in cui la relativa tutela non pare ipotizzabile al di fuori di un procedimento legale. In altri termini, il riconoscimento del principio in esame implica il divieto nei confronti dell’uso delle, e prima ancora dell’accesso alle, comunicazioni tra il cliente e l’avvocato da parte degli organi procedurali ai fini della formazione della prova contro il primo. La medesima tutela dunque non è suscettibile di estendersi, da un lato, a tutte le altre comunicazioni con soggetti diversi dal professionista legale e, dall’altro, avverso la loro divulgazione nei confronti di qualunque soggetto terzo<sup>32</sup>. La tutela fornita dal *legal privilege* risulta essere peraltro solo parzialmente inquadrabile nel diritto al rispetto della vita privata, in quanto un’operazione di questo tipo potrebbe

<sup>31</sup> Si veda, ad esempio, l’ampio dovere di segretezza e riservatezza di cui all’art. 9 del Codice deontologico forense italiano. Conforme E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell’Unione europea*, Napoli, 2005, pp. 159-160, ove ulteriore bibliografia.

<sup>32</sup> La specificità del *legal privilege* a fronte dei generici doveri di riservatezza e segreto professionale avverso la divulgazione a terzi è peraltro ulteriormente apprezzabile in ragione del fatto che questi ultimi gravano, nella maggior parte degli ordinamenti sia di *common* che di *civil law*, anche in capo ad altri soggetti quali i medici o i consulenti fiscali, e in generale a tutti coloro che vengono a conoscenza di qualcosa per ragioni inerenti all’esercizio della loro professione o a causa del loro impiego. Nell’ordinamento italiano si veda ad es. l’art. 622 c.p. (“Rivelazione di segreto professionale”). Analoghe disposizioni sono previste nelle legislazioni di altri Paesi europei: si vedano ad es. l’art. 378 *Code pénal* francese, l’art. 458 *Code pénal* belga oppure l’art. 199 *Código Penal* spagnolo.

risolversi, a tacer d'altro, in inammissibili disparità di trattamento tra persone fisiche e persone giuridiche in danno di queste ultime<sup>33</sup>. Al contrario, essa è per sua natura capace di estendersi solo a uno specifico aspetto della *privacy* del cliente, quello cioè che attiene alla riservatezza delle comunicazioni intercorse con il suo legale rispetto all'uso che l'autorità pubblica potrebbe farne nei suoi confronti quale persona sottoposta a procedimento legale. Se ciò è vero, si deve allora sottolineare come il privilegio legale non sia suscettibile di essere correttamente inquadrato nel diritto al rispetto della vita privata, salvo voler intendere quest'ultimo non come fine in sé considerato ma in un'ottica strumentale al pieno rispetto dei diritti di difesa<sup>34</sup>.

Molto più corretta appare dunque l'impostazione del *legal privilege* come corollario del principio relativo all'effettivo esercizio del diritto di difesa dei soggetti sottoposti a procedimento legale<sup>35</sup>, impostazione che permette di apprezzare al meglio l'estensione e i limiti accordati alla tutela della riservatezza di questo tipo di comunicazioni negli ordinamenti di *civil law*. In questi ultimi sistemi giuridici, le fattispecie che sembrano presupporre un qualche riconoscimento della tutela in oggetto appartengono a due tipi, entrambi rinvenibili all'interno delle disposizioni nazionali che disciplinano la formazione della prova nel procedimento penale<sup>36</sup>. Si tratta, da un lato, delle previsioni che stabiliscono

---

<sup>33</sup> Com'è noto, la Corte europea ha esteso l'ambito di applicazione *ratione loci* dell'art. 8 CEDU anche ai locali commerciali (sentenza *Niemietz*, cit., par. 30), pur nell'intesa che tale estensione comporta per le autorità pubbliche la possibilità di godere, durante tali ispezioni, di un margine di ingerenza maggiore in ragione del minor rischio di lesione del diritto alla *privacy* rispetto alle normali ispezioni domiciliari (*ibidem*, par. 31). Poiché tuttavia la stessa Corte ha ritenuto di ricomprendere nell'ambito di applicazione *ratione personae* dell'art. 8 CEDU anche le persone giuridiche (sentenza del 6 aprile 2002, *Société Colas Est e altri c. Francia*, par. 41) sembra doversi concludere come la riconduzione del *legal privilege* nell'alveo di quest'ultima norma abbia l'incontestabile conseguenza di un affievolimento della relativa tutela nel caso, peraltro il solo realisticamente ipotizzabile nel diritto comunitario della concorrenza, in cui il cliente sia una persona giuridica: gli articoli 81 e 82 TCE si riferiscono infatti solo alle imprese, mentre dal complesso delle disposizioni del regolamento n. 1/03 si deduce *a fortiori* come né le ammende né le penali di mora possano essere comminate a persone fisiche, il cui comportamento va necessariamente imputato alle imprese di cui fanno parte.

<sup>34</sup> Le conseguenze pratiche della differenza tra concepire il principio della tutela della riservatezza tra cliente e consulente legale in base al solo diritto di difesa in un procedimento legale oppure in combinato disposto tra quest'ultimo e il diritto al rispetto della vita privata appaiono irrilevanti, atteso che le comunicazioni da tutelare sono solo quelle necessarie per provare il coinvolgimento o meno della persona sottoposta a procedimento.

<sup>35</sup> Conforme E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 995-996.

<sup>36</sup> Questo perché negli ordinamenti di *civil law* l'esibizione di documenti nella fase istruttoria dei procedimenti civili è alquanto limitata nonché diretta dal giudice terzo, e pertanto non sorgono rilevanti problemi di tutela della riservatezza delle comunicazioni con il legale. Viceversa, nei procedimenti penali di entrambi i sistemi giuridici in linea di massima (ma la prassi è variegata) il *legal privilege* svolge un suo ruolo in ragione dei poteri investigativi degli organi inquirenti. In argomento I. S. FORRESTER, *Legal Professional Privilege: Limitations on the Commission's Powers of Inspection Following the AM&S Judgment*, in *CML Rev.*, 1983, pp. 77-78, e A. KOHL, *Les notes internes du juriste d'entreprise peuvent-elles bénéficier de la confidentialité accordée aux membres du barreau?*, in *CDE*, 1989, pp. 187-206.

forme di protezione nei confronti dell'obbligo di divulgazione e della relativa acquisizione di informazioni rilevanti per il procedimento con riferimento al dovere di testimonianza<sup>37</sup>, e, dall'altro, delle disposizioni concernenti il divieto di procedere presso lo studio professionale dell'avvocato al sequestro di documenti relativi all'oggetto della difesa (salvo che le stesse non costituiscano corpo del reato), di sequestrare o esercitare qualunque forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il suo difensore, ovunque essa si trovi, nonché di intercettare con qualsivoglia modalità le conversazioni e le comunicazioni tra questi ultimi, i consulenti tecnici e i loro ausiliari: divieti, questi ultimi, presidiati dalla regola dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita<sup>38</sup>.

A mente di queste disposizioni, c'è dunque da rilevare come esse non coincidano perfettamente con la nozione di *legal privilege* sviluppata nei Paesi anglosassoni per almeno tre ragioni. Innanzitutto quest'ultimo è principio di creazione giurisprudenziale laddove le disposizioni dei Paesi europei appena ricordate sono previste di regola dalla legge ordinaria. In secondo luogo, la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra cliente e consulente legale nei Paesi di *common law* trascende il procedimento penale per riverberarsi anche su quello civile o amministrativo sanzionatorio. Infine, ma con esclusivo riferimento alle disposizioni sulla testimonianza, negli ordinamenti anglosassoni il *legal privilege* impone, da un lato, un preciso obbligo in capo al professionista piuttosto che una semplice facoltà di astensione, dall'altro, è limitato alle comunicazioni scambiate con quest'ultimo e non si estende *ratione personae* ad altri soggetti.

Anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra ancorare la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra la persona sottoposta a procedimento e il suo consulente legale al più generale principio del rispetto dei diritti della difesa di cui all'art. 6 CEDU. Quest'ultima disposizione, com'è noto, codifica il principio dell'equo processo e rappresenta un punto di riferimento imprescindibile per la predisposizione di uno *standard* minimo di tutela a garanzia dell'individuo in rapporto all'esercizio della giurisdizione da parte degli Stati contraenti della CEDU<sup>39</sup>. Sebbene la norma convenzionale appena ricordata – pur riconoscendo alla lett. c) del par. 3 il diritto di ogni accusato di avere l'assistenza di un difensore – non preveda espressamente un diritto alla riservatezza nei rapporti tra l'accusato e il proprio legale, questo è stato riconosciuto in via interpretativa dalla Corte europea come, appunto, un aspetto fondamentale del più ampio principio del *fair trial*<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Si vedano ad es. gli articoli 199 e 200 c.p.p italiano.

<sup>38</sup> Si veda, nel nostro sistema processualpenalistico, l'art. 103 c.p.p. In argomento la recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezione seconda, 8 novembre 2007 – 6 febbraio 2008, n. 6002, non ancora pubblicata.

<sup>39</sup> Così M. CHIAVARIO, *Art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *op. cit.*, p. 154. Si vedano anche, in senso analogo, D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *op. cit.*, p. 171; P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 428 ss.; M. PILLA, *Art. 6, Diritto ad un equo processo*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss.

<sup>40</sup> Sentenza del 28 novembre 1991, S. c. Svizzera, par. 48.

La conclusione raggiunta dalla Corte di Strasburgo appare dunque conforme a un'impostazione del *legal privilege* quale corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa, e non invece come uno degli aspetti del diritto alla *privacy*. In proposito non si deve dimenticare che, anche se in taluni casi la Corte europea ha fondato la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato sul diritto al rispetto della vita privata, essa in realtà si è preoccupata di ribadire che una lesione del generico segreto professionale gravante in capo ad alcuni soggetti, eventualmente sanzionabile in base all'art. 8 CEDU, può avere ripercussioni sulla corretta amministrazione della giustizia ai sensi dell'art. 6 CEDU qualora sia coinvolto un professionista legale in conseguenza del suo ruolo di difensore del detenuto<sup>41</sup>, oppure in caso di ispezione del suo studio professionale<sup>42</sup> e di intercettazione delle sue comunicazioni<sup>43</sup>, soprattutto se queste ultime misure sono finalizzate a ottenere prove a carico del cliente<sup>44</sup>. Al contrario, la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati e i propri clienti può essere tutelata sulla base dell'art. 8 CEDU nelle differenti ipotesi in cui questi ultimi siano terzi rispetto alla vicenda processuale<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda l'estensione *ratione personae* della tutela in esame, la Corte europea si riferisce al diritto dell'accusato<sup>46</sup> sottolineando come sia funzionale all'impostazione della difesa di tale soggetto. Con riferimento all'estensione *ratione temporis*, poi, la formulazione dell'art. 6, par. 3, lett. c) CEDU induce a ritenere che esigenze di tutela dei diritti della difesa – e dunque non solo relative all'effettiva assistenza di un difensore<sup>47</sup>, ma anche concernenti la più specifica riservatezza delle comunicazioni tra quest'ultimo e l'accusato<sup>48</sup> – emergano non solo durante il processo vero e proprio ma sin dal momento in cui l'accusa penale viene formulata<sup>49</sup>. Per di più la Corte di Strasburgo ha riconosciuto i medesimi diritti anche durante le fasi che precedono l'atto formale di accusa, ad esempio durante le indagini preliminari compiute dalla polizia<sup>50</sup>. Le

---

<sup>41</sup> *Ibidem*. Vedi anche la sentenza del 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno Unito*, par. 46. Discorso analogo per la violazione delle comunicazioni tra avvocato e detenuto finalizzate a presentare ricorso individuale alla Corte europea ai sensi dell'art. 34 CEDU: sentenza del 19 dicembre 2006, *Oferta Plus SRL c. Moldova*, paragrafi 145-147.

<sup>42</sup> Sentenze *Niemietz*, cit., par. 37, e più di recente 25 febbraio 2003, *Roemen e Schmit c. Lussemburgo*, paragrafi 69-72.

<sup>43</sup> Sentenze del 25 marzo 1998, *Kopp c. Svizzera*, paragrafi 73-74, e del 20 giugno 2000, *Foxley c. Regno Unito*, paragrafi 43-44 e 50.

<sup>44</sup> Sentenze del 7 giugno 2006, *Smirnov c. Russia*, par. 48, e del 16 ottobre 2007, *Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*, paragrafi 66-68.

<sup>45</sup> Da ultimo la sentenza del 24 ottobre 2006, *Taner Kiliç c. Turchia*, paragrafi 40-44.

<sup>46</sup> Evidentemente nell'ambito di un processo penale: sentenza *S. c. Svizzera*, cit., par. 48.

<sup>47</sup> Sentenza del 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, par. 99.

<sup>48</sup> Sentenza del 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia*, par. 39.

<sup>49</sup> Sentenza del 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, par. 36.

<sup>50</sup> Ma solo nella misura in cui le particolari circostanze del caso o le attività poste in essere dalle autorità in mancanza di un'effettiva assistenza legale siano suscettibili di pregiudicare l'esercizio dei diritti della difesa nella fase più propriamente processuale: sentenze dell'8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, par. 66, e recentemente del 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, par. 89.

stesse particolari circostanze hanno infine indotto la Corte europea a riconoscere il diritto all'assistenza legale in connessione al diritto di presentare ricorso ad un tribunale affinché venga valutata la legittimità delle misure di privazione temporanea della libertà in base all'art. 5, par. 4 CEDU<sup>51</sup>.

È appena il caso di sottolineare, inoltre, come la tutela del *legal privilege* sia funzionale anche al pieno esercizio del più generale diritto di ogni persona sottoposta a procedimento di non contribuire alla propria incriminazione. Nonostante il principio di non autoincriminazione non sia espressamente previsto nell'art. 6 CEDU, la Corte europea, come già si è detto altrove<sup>52</sup>, ha nel tempo delineato una nozione di diritto al silenzio come “diritto di tacere durante un interrogatorio” e “diritto di non contribuire alla propria incriminazione” in modo da mettere al riparo l'accusato da abusive coazioni da parte delle autorità e assicurare per questa via il risultato di cui alla disposizione convenzionale<sup>53</sup>. In considerazione di ciò sembra pertanto chiaro che, se non vi fosse alcuna forma di tutela del *legal privilege* e il professionista fosse di conseguenza tenuto, dietro precisa richiesta delle autorità, a divulgare le comunicazioni intercorse col cliente ai fini della loro utilizzazione come prova a carico di quest'ultimo, il diritto a non contribuire alla propria incriminazione sarebbe ontologicamente violato. Il cliente si troverebbe infatti di fronte alla scelta, ugualmente pregiudizievole, di dover tacere le informazioni autoincriminanti persino al proprio avvocato, rinunciando a una parte importante del diritto all'assistenza legale, oppure di divulgarle col rischio che vengano successivamente utilizzate contro di lui.

Dalle fattispecie sinora sottoposte alla valutazione della Corte europea è possibile affermare come la *ratio* sottesa all'art. 6 CEDU implichi una tutela quasi assoluta<sup>54</sup> della riservatezza delle comunicazioni tra il cliente e il suo avvocato sin dalle prime fasi di una procedura investigativa suscettibile di sfociare in accusa penale. In proposito, è appena il caso di notare come la medesima tutela non paia operare prima dell'inizio di quest'ultima procedura, e in generale rispetto a comunicazioni non rilevanti per l'attività difensiva vera e propria, potendo queste ultime al contrario essere tutelate a fronte della divulgazione a

<sup>51</sup> Cfr. la recente sentenza del 25 ottobre 2007, *Lebedev c. Russia*, paragrafi 84-91.

<sup>52</sup> Si veda il nostro *Indagini preliminari*, cit., p. 93 ss. Vedi anche P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOFF, *op. cit.*, p. 436, e M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>53</sup> Si vedano le sentenze del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, par. 44, *John Murray*, cit., par. 45, e del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, par. 68. Se la tutela offerta dal principio appena ricordato non è suscettibile di estendersi all'uso di dati che possono ottenersi dal soggetto incriminato con il ricorso a poteri coercitivi ma che esistono indipendentemente dalla sua volontà, come ad esempio i documenti acquisiti in base a regolare mandato o i prelievi corporali a fini di analisi chimiche, viceversa essa si applica nei confronti sia delle domande “direttamente” incriminanti sia di tutti i quesiti fattuali tendenti ad ottenere dal soggetto dichiarazioni in base alle quali sarà possibile trarre “indirettamente” elementi per fondare la sua colpevolezza (sentenza *Saunders*, cit., paragrafi 69-71).

<sup>54</sup> Il privilegio può essere negato solo in circostanze eccezionali, giustificate dal bilanciamento degli interessi in gioco.

terzi in base ai generici obblighi di riservatezza e di segreto professionale di cui all'art. 8 CEDU<sup>55</sup>.

3. A mente dei principî ricavabili dall'art. 6 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea con riferimento alla tutela delle comunicazioni tra cliente e avvocato nell'ottica della formazione della prova, ci si deve chiedere se e quale ruolo detti principî possano rivestire nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza. Ciò però implica in via preliminare la necessità di esaminare – ancorché brevemente – in che modo i due sistemi normativi, quello della CEDU e quello comunitario, interagiscono tra loro da un punto di vista sia formale che sostanziale.

Bisogna innanzitutto ricordare come attualmente non appaia configurabile un rapporto formale tra i due ordinamenti in quanto né la Comunità né l'Unione europea sono membri della CEDU<sup>56</sup>, e come tale circostanza abbia comportato l'impossibilità sia per il giudice comunitario che per quello convenzionale di fornire in via "diretta" la propria rispettiva valutazione in merito alla conformità del diritto comunitario rispetto a quello convenzionale<sup>57</sup>.

Il sistema convenzionale di garanzia sembra tuttavia possedere più ampi margini di manovra, potendo la Corte europea scrutinare la conformità del diritto comunitario alle norme CEDU in via "indiretta" nel caso le venga chiesto di pronunciarsi sulla compatibilità con le previsioni convenzionali degli atti e dei comportamenti degli Stati parte della Convenzione europea assunti conformemente agli obblighi loro derivanti dalla partecipazione alla Comunità (e all'Unione) europea<sup>58</sup>. In questi casi il giudice di Strasburgo si è basato sul prin-

---

<sup>55</sup> Condivide tale rilievo E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, p. 1003.

<sup>56</sup> Nel noto parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, *Adesione della Comunità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, *Raccolta*, p. I-1759 ss., la Corte di giustizia aveva negato la competenza della Comunità ad aderire al sistema convenzionale sulla base del fatto che alla data nessuna disposizione del Trattato attribuiva alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in quella materia.

<sup>57</sup> A ciò si aggiunga la mancata possibilità per i giudici comunitari di compiere, sempre in via diretta, detto accertamento anche con riguardo alle norme nazionali attuative del diritto comunitario. Su tali aspetti si vedano le sentenze del 1° febbraio 1996, causa C-177/94, *Procedimento penale a carico di Gianfranco Perfili (Perfili)*, *Raccolta*, p. I-161 ss.; del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Friedrich Kremzow c. Repubblica d'Austria (Kremzow)*, *Raccolta*, p. I-2629; del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Daniele Annibaldi c. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio (Annibaldi)*, *Raccolta*, p. I-7493.

<sup>58</sup> In proposito si vedano U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 97 ss., e S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *CML Rev.*, 2006, pp. 636-639. Prima della riforma disposta dal Protocollo n. 11 CEDU (su cui C. RUSSO, P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, p. 19 ss.), la "vecchia" Commissione europea dei diritti dell'uomo, nonostante avesse stabilito in via di principio come in caso di trasferimento di determinate competenze ad un'organizzazione internazionale gli Stati parte della CEDU fossero comunque tenuti ad assicurare il rispetto dei diritti umani (cfr. S. DOUGLAS-

cipio della “presunzione di equivalenza” qualora agli Stati non sia rimesso alcun margine di discrezionalità<sup>59</sup>. Nel caso in cui tuttavia detti Stati possiedano simile margine, esso si è dichiarato competente ad esaminare appieno la normativa nazionale<sup>60</sup> arrivando addirittura a censurare per contrarietà alla Convenzione alcune disposizioni nazionali, assunte nel quadro del diritto comunitario<sup>61</sup>, in materia di elezione del Parlamento europeo<sup>62</sup> e di estradizione<sup>63</sup>. Nei pochi e recenti casi in cui, al contrario, si è trovato a dover decidere su ricorsi diretti non avverso singole disposizioni nazionali originate dall’esecuzione di obblighi comunitari bensì contro veri e propri atti della Comunità (e dell’Unione) europea, seppure nella forma del ricorso avverso tutti gli Stati membri, il giudice convenzionale pur dichiarandosi competente non ha avuto modo di pronunciarsi nel merito: detti ricorsi sono stati infatti considerati irricevibili per incompatibilità *ratione materiae*<sup>64</sup> o per mancanza dello *status* di “vittime” dei ricorrenti<sup>65</sup>.

SCOTT, *op. cit.*, il quale a p. 636 in nota 34 cita la decisione *X c. Germania* del 1958, n. 342/57, non pubblicata), aveva per lungo tempo evitato di pronunciarsi in concreto sull’esistenza di simile responsabilità sia in generale (decisione del 10 gennaio 1994, *Heinz c. Stati parte della Convenzione sul brevetto europeo*, in *DR*, 1990, 76-A, p. 125 ss.) che con specifico riferimento agli Stati membri del Trattato di Roma (decisione del 10 luglio 1978, *Confédération française démocratique du travail (CFDT) c. Comunità europea*, in *DR*, n. 13, p. 231 ss.). Nella nota decisione del 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Germania*, in *DR*, n. 64, p. 138, la Commissione CEDU aveva invece affermato il principio della “presunzione di equivalenza”, secondo cui uno Stato parte non può essere considerato inadempiente dal punto di vista della Convenzione europea nel momento in cui dà esecuzione ad un atto di un’altra organizzazione internazionale, qualora tale Stato non abbia in proposito alcun potere discrezionale e nell’organizzazione internazionale considerata i diritti fondamentali siano in linea di massima controllati e rispettati.

<sup>59</sup> Pur specificando che tale presunzione non assoluta può essere ribaltata dalla opposta dimostrazione della manifesta insufficienza della protezione fornita: sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, par. 156, sulla quale si veda S. DOUGLAS-SCOTT, *Comment on Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland case*, in *CML Rev.*, 2006, p. 243 ss.

<sup>60</sup> Sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*.

<sup>61</sup> Ma un simile controllo è stato compiuto anche con riferimento all’esecuzione di atti provenienti da Stati non parti della CEDU né della Comunità europea, nella fattispecie di una sentenza ecclesiastica di nullità di un matrimonio: sentenza del 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*. Come ricorda U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 101-102, tale principio è tuttavia suscettibile di essere applicato *mutatis mutandis* agli atti comunitari.

<sup>62</sup> Sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*.

<sup>63</sup> Sentenza del 7 marzo 2000, *T.I. c. Regno Unito*.

<sup>64</sup> Decisione del 4 luglio 2000, *Guérin Automobiles c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia*, non pubblicata, sulla quale U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 100.

<sup>65</sup> Decisione del 23 maggio 2002, *Segi e Gestoras Pro-Amnistia c. i 15 Stati dell’Unione europea*, relativa alla compatibilità con la CEDU di alcune posizioni comuni PESC adottate dall’Unione europea nell’ambito della lotta al terrorismo (la medesima vicenda, peraltro, ha avuto un seguito nelle sentenze della Corte di giustizia del 27 febbraio 2007, cause C-354/04 P, *Gestoras Pro-Amnistia e al. c. Consiglio, Raccolta*, p. I-1579, e C-355/04 P, *Segi e al. c. Consiglio, Raccolta*, p. I-1657). Si veda anche la decisione del 10 marzo 2004, *Senator Lines GmbH c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia*, in cui la Corte europea ha negato la qualità di vittima

Al di là del dato formale, tuttavia, entrambe le Corti hanno sostanzialmente riconosciuto e tenuto in debito conto le disposizioni normative e la giurisprudenza prodotta dall'altra, con risultati che di regola mostrano una certa deferenza nei confronti delle soluzioni reciprocamente raggiunte ma che, in determinati casi, presentano momenti di frizione. Dal punto di vista del sistema comunitario, che in origine non recava disposizioni in tal senso, la tutela dei diritti fondamentali si è per lungo tempo sviluppata come diritto pretorio. A parte alcuni iniziali tentennamenti<sup>66</sup>, dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso la Corte di giustizia ha costantemente sostenuto una lettura dei Trattati che includesse tra i suoi principi generali il rispetto dei diritti fondamentali quali risultanti sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che dalla CEDU<sup>67</sup>. La qual cosa, non essendo il sistema comunitario vincolato alla giurisprudenza convenzionale, ha comportato l'elaborazione di principi formalmente autonomi<sup>68</sup>. L'impostazione pretoria della protezione dei diritti fondamentali ha successivamente ricevuto una significativa conferma sia a livello di diritto primario attraverso la previsione dell'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea del 1992<sup>69</sup>, sia nel diritto

---

alla società ricorrente – che lamentava la violazione di alcune norme convenzionali dovuta alla mancata sospensione cautelare da parte delle corti comunitarie di un'ammenda della Commissione in materia di concorrenza – in quanto nel frattempo la medesima ammenda era stata annullata nel giudizio di merito del Tribunale di primo grado (sentenza del 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e al. c. Commissione (Atlantic)*, Raccolta, p. II-3275).

<sup>66</sup> Dovuti probabilmente alla volontà di rafforzare l'autonomia delle neonate istituzioni comunitarie: sentenza del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Friedrich Stork e al. c. Alta Autorità (Stork)*, Raccolta, p. 41.

<sup>67</sup> Sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt (Stauder)*, Raccolta, p. 419; del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (Internationale Handelsgesellschaft)*, Raccolta, p. 1125; del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione (Nold)*, Raccolta, p. 491. Questo *revirement* sembra rappresentare la reazione della Corte comunitaria nei confronti di alcune pronunce di Corti costituzionali nazionali che avevano affermato in via di principio la possibilità di controllare il diritto comunitario alla luce dei diritti fondamentali nazionali: si vedano rispettivamente la sentenza della Corte costituzionale del 27 dicembre 1973 n. 183, *Frontini*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 314 ss., e l'ordinanza del Bundesverfassungsgericht del 29 maggio 1974 n. 18, causa 2BvR 52/71, *Solange I*, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 37, p. 271 ss.) Per una valutazione critica dei possibili contrasti tra norme comunitarie e principi costituzionali italiani si rimanda a U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *DUE*, 2007, p. 13 ss.

<sup>68</sup> Così esattamente U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 75-76. In proposito si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 5 marzo 1980, causa 98/79, *Josette Pecastaing c. Stato belga (Pecastaing)*, Raccolta, p. 691, e recentemente del 25 gennaio 2007, cause riunite C-403/04 P e C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel Corp. c. Commissione (Sumitomo)*, Raccolta, p. I-735. Come giustamente ricorda U. DRAETTA, *op. cit.*, pp. 15-16, l'affermazione da parte della Corte di giustizia dell'esistenza di principi comunitari a tutela dei diritti fondamentali (e *a fortiori* la successiva predisposizione di testi normativi da parte delle istituzioni comunitarie) non ha mai inteso né in futuro intende sostituirsi alla tutela accordata a tali diritti, nei singoli Stati membri, dalle rispettive carte costituzionali.

<sup>69</sup> Tale previsione, tuttavia, non sembra aver attribuito alla CEDU un peso formale superiore rispetto al passato, costituendo il testo convenzionale non tanto un parametro di legittimità per

derivato con la Carta di Nizza del 2000, che contiene un dettagliato elenco di diritti fondamentali per più aspetti ricalcato su quello della CEDU<sup>70</sup>. La Carta, pur non potendo essere compresa allo stato tra gli atti aventi efficacia giuridica vincolante<sup>71</sup>, svolge comunque un ruolo politico importante per l'adozione degli atti delle istituzioni comunitarie<sup>72</sup> come anche una funzione strumentale alla migliore definizione da parte dei giudici di Lussemburgo di quei diritti dell'uomo già parte del patrimonio giuridico comunitario<sup>73</sup>. Una simile tendenza risulta avvalorata, peraltro, dalla recente istituzione della "Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali" con il compito di fornire alle competenti istituzioni, organi, uffici e agenzie della Comunità e agli Stati membri, nell'attuazione del diritto comunitario, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali in modo da aiutarli a rispettare pienamente tali diritti quando essi adottano misure o definiscono iniziative nei loro rispettivi settori di competenza<sup>74</sup>.

La convergenza del sistema previsto nei Trattati comunitari verso un più puntuale riconoscimento e una migliore tutela dei diritti fondamentali, tuttavia, non ha condotto solamente all'elaborazione di principi e norme autonomi, ma ha anche spinto i giudici di Lussemburgo a riconoscere in materia la specifica importanza della CEDU e il ruolo svolto dalla Corte europea nell'interpretazione di quest'ultima. Sotto il primo aspetto la Corte di giustizia ha mostrato di "ispirarsi" al dettato convenzionale<sup>75</sup> in modo da espandere al massimo il proprio scrutinio nei confronti

---

gli atti comunitari ma piuttosto la formalizzazione della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia. Sul significato del differente richiamo ai principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi comuni agli Stati membri, operato dal Trattato di Amsterdam del 1997 mediante l'inserimento della previsione di cui all'art. 6, par. 1 TUE, si veda per tutti U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 27 ss.

<sup>70</sup> Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, *GUCE* C 364, 18 dicembre 2000, p. 1 ss.

<sup>71</sup> In questo senso U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 76-82. Vedi anche F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità per gli atti comunitari?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 377 ss.

<sup>72</sup> Così U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 82-89, ove ulteriori richiami dottrinarî e giurisprudenziali.

<sup>73</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5769, su cui *amplius* F. SEATZU, *op. cit.*, *passim*.

<sup>74</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 2 del regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *GUUE* L 53, 22 febbraio 2007, p. 1 ss. L'Agenzia ha assunto i compiti prima spettanti all'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia.

<sup>75</sup> Sentenze del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Interieur (Rutili)*, *Raccolta*, p. 1219, e del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz (Hauer)*, *Raccolta*, p. 3727. Mentre in queste due pronunce la CEDU è stata collocata in posizione subordinata rispetto alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, è solo con la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commissione (National Panasonic)*, *Raccolta*, p. 2033, che il dettato convenzionale viene messo sullo stesso piano di quelle.

delle violazioni commesse sia dalle istituzioni comunitarie<sup>76</sup> sia dagli Stati membri in attuazione del diritto comunitario<sup>77</sup>, così come per valutare la fondatezza delle giustificazioni addotte da questi ultimi nella misura in cui avevano derogato alle libertà del Trattato per ragioni di tutela dei diritti fondamentali<sup>78</sup> o di ordine pubblico interno<sup>79</sup>. Non sono tuttavia mancate pronunce in cui è stato al contrario adottato un approccio *self-restrained* in ragione del principio di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri<sup>80</sup>. Sotto il secondo aspetto, recentemente è stata data sempre maggior importanza alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo da parte sia degli avvocati generali che della stessa Corte di giustizia<sup>81</sup>.

Dal canto suo anche la Corte di Strasburgo, nelle poche occasioni in cui ha avuto modo di farlo, ha tenuto conto della giurisprudenza comunitaria, mostrando non solo approvazione o tutt'al più un atteggiamento deferente nei confronti delle soluzioni ivi raggiunte, ma arrivando anche a basarsi sulla normativa comunitaria per condannare ai sensi delle norme convenzionali uno Stato parte della Convenzione e membro della Comunità<sup>82</sup>.

Se dunque non mancano esempi di indirizzi uniformi tra le due Corti<sup>83</sup>, d'altro canto, si sono verificati anche alcuni contrasti, come quello in tema di propaganda a favore dell'aborto<sup>84</sup>, di estensione del principio del contraddittorio<sup>85</sup> e in

---

<sup>76</sup> Si veda la recente sentenza del Tribunale di primo grado del 12 settembre 2007, causa T-36/04, *Association de la presse internationale ASBL c. Commissione (API)*, non ancora pubblicata.

<sup>77</sup> Recentemente la sentenza del 25 gennaio 2007, causa C-370/05, *Procedimento penale a carico di Uwe Kay Festersen (Festersen)*, *Raccolta*, p. I-1135.

<sup>78</sup> Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (Omega Spielhallen)*, *Raccolta*, p. I-9609.

<sup>79</sup> Sentenza *Rutili*, cit.

<sup>80</sup> Tra le altre la sentenza del 4 ottobre 1991, causa 159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e al. (SPUC)*, *Raccolta*, p. I-4733 ss.

<sup>81</sup> Vedi a titolo esemplificativo le sentenze dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department (Carpenter)*, *Raccolta*, p. I-6279, del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria (Köbler)*, *Raccolta*, p. I-10239, e del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino (Pupino)*, *Raccolta*, p. I-5285. Più recentemente si segnala la sentenza del 18 gennaio 2007, causa C-229/05 P, *PKK e KNK c. Consiglio (Ocalan)*, *Raccolta*, p. I-445.

<sup>82</sup> Si veda la sentenza del 17 gennaio 2006, *Aristimuño Mendizabal c. Francia*, in cui la Corte europea ha riscontrato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte delle autorità francesi che non avevano concesso il titolo permanente di soggiorno ad una cittadina spagnola, titolo che le era dovuto proprio in base alla disciplina comunitaria.

<sup>83</sup> In tema di non assimilazione dell'unione omosessuale al matrimonio si vedano le sentenze sostanzialmente convergenti della Corte di giustizia del 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *Regno di Svezia c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-4319, e della Corte europea del 26 febbraio 2002, *Frette c. Francia*. In merito alle pronunce convergenti vedi M. T. STILE, *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in *DCSI*, 2007, p. 246.

<sup>84</sup> Si veda la vicenda relativa al divieto in Irlanda di diffondere informazioni relative alle cliniche situate all'estero che praticavano l'interruzione di gravidanza, divieto considerato legittimo dalla Corte di giustizia (sentenza *SPUC*, cit.) ma censurato dalla Corte europea (sentenza del 29 ottobre 1992, *Open Door e Dublin Well Woman c. Ireland*).

<sup>85</sup> Nella sentenza del 20 febbraio 1996, *Vermeulen c. Belgio*, la Corte europea aveva riscontrato una violazione del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1, CEDU in riferimento alla

materia di diritti della difesa delle imprese sottoposte a procedimento *antitrust*<sup>86</sup>. Tali contrasti, insieme alla possibilità – tutt’altro che remota – di uno scrutinio, da parte della Corte di Strasburgo, del diritto comunitario attraverso i ricorsi contro tutti gli Stati membri della Comunità, non appaiono scongiurabili neanche qualora venga attribuita portata giuridica obbligatoria alle previsioni contenute nella Carta di Nizza<sup>87</sup>, tale portata anzi rendendo ulteriormente indifferibile la questione dell’adesione formale della Comunità e dell’Unione europea alla CEDU<sup>88</sup>.

A tal proposito già il “Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa”<sup>89</sup>, mai entrato in vigore e ormai accantonato, sembrava considerare l’opportunità che questi due aspetti procedessero di pari passo nella misura in cui, per un verso, attribuiva forza vincolante alla Carta di Nizza inserendola, con gli opportuni adattamenti, quale sua Parte II<sup>90</sup>, e, per altro verso, prevedeva una specifica base giuridica per l’adesione dell’Unione europea alla CEDU<sup>91</sup>.

Tali due aspetti sono stati sostanzialmente mantenuti nel Trattato modificativo di Lisbona<sup>92</sup>. Qualora, dunque, si perfezionassero le procedure di adesione

---

mancata possibilità per le parti di replicare al parere del pubblico ministero presso la Cour de cassation in un procedimento civile belga. Al contrario l’ordinanza della Corte di giustizia del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba, Raccolta*, p. I-665 ss., ha stabilito che l’impossibilità per le parti di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni dell’Avvocato generale non rappresentava simile violazione. Successivamente la Corte europea, ritornando sul punto e citando espressamente l’ordinanza *Emesa Sugar*, nella sentenza del 7 giugno 2001, *Kress c. Francia*, ha ribadito la giurisprudenza *Vermeulen* anche con riferimento alle giurisdizioni amministrative.

<sup>86</sup> Con riferimento ad esempio al principio di non autoincriminazione, che la Corte di giustizia nella sentenza *Mannesmannröhren*, cit., ha ritenuto non doversi estendere ai quesiti fattuali “indirettamente” incriminanti, in ciò discostandosi dalla giurisprudenza della Corte europea nel caso *Saunders*, cit., che viceversa relega le domande fattuali nel novero di quelle vietate. In proposito si rimanda al nostro *Indagini preliminari*, cit., p. 91 ss.

<sup>87</sup> In argomento P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell’Unione Europea: problemi interpretativi posti dall’art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002, p. 132, nonché U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 102-105.

<sup>88</sup> Conforme T. GROPPI, *Art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 360.

<sup>89</sup> Firmato a Roma il 29 ottobre 2004, in *GUUE C 310*, 16 dicembre 2004. Per un esame d’insieme del “Trattato costituzionale” vedi E. TRIGGIANI, *Un Trattato per la futura “unità europea”*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*, supplemento del periodico *Sud in Europa*, Bari, 2004, p. 9 ss.

<sup>90</sup> Si trattava degli articoli da II-61 a II-114 Tr. cost.

<sup>91</sup> Art. I-9, par. 2 Tr. cost. Sul dibattito che ha condotto alla formulazione della norma appena ricordata si veda U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 109-114.

<sup>92</sup> Il “Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull’Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea”, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 contempla al suo art. 1, par. 8, la modifica dell’attuale art. 6 TUE con una nuova disposizione ai sensi della quale da un lato l’Unione “riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali (...) che ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (nuovo art. 6, par. 1 TUE) e dall’altro “aderisce

dell'Unione europea alla CEDU, la Corte europea potrebbe legittimamente sindacare in via "diretta" gli atti e i comportamenti delle istituzioni dell'Unione europea, mentre le Corti comunitarie non potrebbero far altro che esaminare "direttamente" alla luce della CEDU le disposizioni comunitarie<sup>93</sup> nonché conformarsi alla giurisprudenza convenzionale anche nell'interpretazione della Carta di Nizza<sup>94</sup>. È d'altro canto il caso di concludere con una precisazione di carattere assolutamente generale, relativa alla circostanza per cui l'eventualità di uno scrutinio delle norme comunitarie operato dalla Corte europea, non configurandosi quest'ultima come istanza di grado superiore e non potendo dunque né dichiarare l'invalidità delle norme degli Stati parte della CEDU né pretendere che il giudice nazionale disapplichi la normativa interna contrastante con la medesima Convenzione<sup>95</sup>, non pare capace di diluire, in caso di adesione dell'Unione europea a quest'ultima, il ruolo della Corte di giustizia quale giudice di ultima istanza del diritto comunitario<sup>96</sup>.

---

alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati" (nuovo art. 6, par. 2 TUE). Il testo del Trattato di Lisbona è riprodotto in *GUUE* L 306, 17 dicembre 2007, p. 1 ss.; per un primo commento vedi *Sud in Europa*, febbraio 2008 con i contributi di U. VILLANI, G. STROZZI, L. DANIELE, R. MASTROIANNI, E. CANNIZZARO, L. S. ROSSI, F. MUNARI, R. CAFARI PANICO, C. MORVIDUCCI, M. C. BARUFFI, P. PUOTI, G. CAGGIANO e C. GABRIELLI (reperibili anche *on line* all'indirizzo [www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net)).

<sup>93</sup> In realtà, ci pare che la Corte di giustizia abbia già iniziato a compiere tale valutazione "diretta" della normativa comunitaria alla luce di quella convenzionale: si veda ad esempio la sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e al. c. Conseil des Ministres*, *Raccolta*, p. I-5305, in cui la disposizione controversa è stata ritenuta legittima in quanto non violava il diritto ad un equo processo garantito dagli articoli 6 CEDU e 6, par. 2 TUE.

<sup>94</sup> In proposito – e più in generale sui problemi di coordinamento formale e sostanziale tra il sistema giurisdizionale convenzionale e quello comunitario in caso di adesione dell'Unione europea alla CEDU – si veda V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 19 dicembre 2007, reperibile *on line* all'indirizzo [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>95</sup> Gli aspetti relativi alla natura della CEDU nell'ordinamento italiano e all'efficacia delle sentenze della Corte europea sono stati messi in luce dalla Corte costituzionale nella recente sentenza del 22 ottobre 2007 n. 349, *Comune di Avellino*, con la quale si è ribadita la perdurante "non-costituzionalizzazione" del sistema CEDU nell'ordinamento italiano: con la conseguenza che alle norme CEDU non è possibile applicare la giurisprudenza costituzionale relativa al primato del diritto comunitario e all'obbligo di disapplicazione della norma interna con esso contrastante da parte dei giudici nazionali (sentenza 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062 ss.). Per una prima analisi della sentenza n. 349/2007 (e della pronuncia "gemella" resa nella medesima data, la n. 348) si veda C. ZANGHÌ, *La Corte Costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le Sentenze del 24 ottobre 2007*, disponibile *on line* all'indirizzo [www.sidi-isil.it](http://www.sidi-isil.it).

<sup>96</sup> D'altro canto, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni permetterebbe comunque alla Corte di giustizia di esplicitare le proprie funzioni in maniera piena, mentre, per altro verso, nell'art. 6, par. 2 TUE modificato a sèguito del Trattato di Lisbona si specifica che l'eventuale adesione alla CEDU "non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati". Conforme V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 4. Non si può tuttavia negare – e l'esperienza degli Stati CEDU lo

Come si diceva poc'anzi, uno degli àmbiti in cui è dato rilevare un contrasto sostanziale tra la giurisprudenza convenzionale e comunitaria è quello, che ci interessa, relativo alla tutela dei diritti fondamentali delle imprese sottoposte a procedimento *antitrust*. La Corte di giustizia già dall'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso si era posta il problema dell'applicabilità sostanziale delle disposizioni della CEDU a tale procedimento<sup>97</sup>. Bisognava tuttavia risolvere il quesito preliminare relativo alla possibilità di qualificare la Commissione come "tribunale" ai sensi dell'art. 6 CEDU.

In proposito la Corte europea ha affermato, da un lato, che la qualificazione di un organo interno come tribunale ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU dipende non tanto dall'eventuale definizione nazionale quanto dalla natura delle decisioni che tale organo è in grado di assumere<sup>98</sup>; dall'altro, che la nozione di "accusa penale" di cui alla medesima norma è autonoma<sup>99</sup> e si riferisce a ogni illecito di natura generale il cui procedimento può condurre al risultato di imporre sanzioni le quali per la loro natura e gravità appartengano alla sfera del penale<sup>100</sup>.

Le corti comunitarie al contrario hanno sempre sostenuto la natura amministrativa e non giudiziaria della Commissione europea, negando in radice la qualificazione di quest'ultima come "tribunale" *ex art. 6 CEDU*<sup>101</sup> e di conseguenza non ritenendo applicabile all'autorità di Bruxelles la giurisprudenza della Corte europea poc'anzi ricordata. Tuttavia tale posizione è stata mitigata, come si è ricordato in precedenza, dall'affermazione secondo cui la Commissione deve garantire comunque il diritto di difesa anche nella fase delle indagini preliminari<sup>102</sup>.

---

conferma – il forte impatto che il positivo accertamento dell'incompatibilità con la CEDU di una determinata norma comunitaria avrebbe nel senso della sua modificazione ad opera delle istituzioni dell'Unione europea.

<sup>97</sup> Vedi la sentenza *National Panasonic*, cit.

<sup>98</sup> Sentenza del 23 ottobre 1995, *Schmautzer c. Austria*. Vedi P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 451.

<sup>99</sup> Sentenze del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, paragrafi 50-52.

<sup>100</sup> Sentenze *Öztürk*, cit., par. 53, e del 25 agosto 1987, *Lutz c. Repubblica Federale Tedesca*, par. 55. In dottrina C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 314 ss. La Corte europea non ha ancora avuto modo di applicare direttamente la propria interpretazione di affare penale al diritto della concorrenza, benché abbia ricompreso in questa nozione un divieto di fissazione dei prezzi (27 febbraio 1980, *Deweer c. Belgio*, par. 81) e una maggiorazione d'imposta per frode fiscale (24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, par. 47). Viceversa, la Commissione CEDU ha avuto occasione di affermare una simile estensione con riferimento al diritto *antitrust* nazionale francese: rapporto del 30 maggio 1991, *Stenuit c. Francia*, in *Série A*, n. 232-A, p. 9 ss. In argomento si rimanda al nostro *Indagini preliminari*, cit., pp. 89-90, e a D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedure be left to an Independent Judge? – The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, in *YEL*, 1994, pp. 119-121.

<sup>101</sup> Vedi da ultimo la sentenza del Tribunale di primo grado del 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02 e al., *Bolloré SA e al. c. Commissione (Bolloré)*, non ancora pubblicata. Per approfondimenti D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, *op. cit.*, pp. 114-117, e K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CML Rev.*, 1997, p. 531 ss.

<sup>102</sup> Sentenze *Hoechst*, cit., punti 12-16, e *Orkem*, cit., punto 33.

Ad ogni modo, non si può fare a meno di evidenziare come una lettura complessiva del regolamento n. 1/03, specie alla luce degli aumentati poteri inquisitori della Commissione europea, renda alquanto difficile una lettura del procedimento in esame come non avente carattere afflittivo e quindi non assimilabile a uno di tipo penale<sup>103</sup>. Né d'altro canto pare sia di ostacolo alla qualificazione della Commissione come tribunale *ex art. 6 CEDU* il fatto che nel sistema *antitrust* comunitario essa svolga funzioni sia investigative che giudicanti, in quanto le sue decisioni sono comunque suscettibili di essere sottoposte a revisione da parte del giudice comunitario<sup>104</sup>. In ragione di questi rilievi, pertanto, sembra potersi ragionevolmente concludere nel senso della necessità o quanto meno dell'opportunità dell'applicazione a siffatto procedimento della lettera e della giurisprudenza dell'art. 6 CEDU, e questo sia in base al richiamo operato dall'art. 6, par. 2 TUE<sup>105</sup> che, soprattutto, in chiave prognostica alla luce della futura quanto probabile adesione della nuova Unione europea alla CEDU.

4. Prima di esaminare il preciso ambito di applicazione del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza, ci sembra non inutile fornire un sintetico quadro dell'evoluzione che esso ha avuto nella giurisprudenza comunitaria.

La prima pronuncia<sup>106</sup> con cui la Corte di giustizia ha affermato l'esistenza e delimitato l'ambito di operatività del principio in esame risale al caso *AM & S* del 1982<sup>107</sup>, nella quale aveva statuito come dovesse essere tutelata da riservatezza tutta la corrispondenza scambiata al fine e nell'interesse del diritto alla difesa del cliente. Secondo la Corte, la tutela si estendeva alla corrispondenza scambiata dall'apertura del procedimento in poi, ma anche a quella anteriore avente elementi di connessione con l'oggetto del procedimento, a patto tuttavia che provenisse da avvocati esterni indipendenti e abilitati all'esercizio della pro-

---

<sup>103</sup> Per approfondimenti si rimanda al nostro *Indagini preliminari*, cit., pp. 90-91. Conforme W. P. J. WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, in *CDE*, 1996, p. 334, nonché ID., *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2004, pp. 208-209.

<sup>104</sup> In questo senso Corte europea, sentenza del 26 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, par. 51. Conformi D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, *op. cit.*, pp. 125-133, nonché W. P. J. WILS, *The Combination*, cit., pp. 208-209.

<sup>105</sup> In tal senso W. P. J. WILS, *La compatibilité*, cit., *passim*, successivamente in ID., *The Principle of Ne Bis In Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 133.

<sup>106</sup> Come ricorda B. VESTERDORF, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, in *Fordham ILJ*, 2005, p. 1183-1184, già nel 1978 la Commissione, su interrogazione di un parlamentare europeo, aveva dichiarato che non avrebbe utilizzato come prova in un procedimento *antitrust* i documenti strettamente finalizzati a richiedere o fornire opinioni giuridiche oppure collegati alla predisposizione della difesa.

<sup>107</sup> La pronuncia derivava dal ricorso proposto da un'impresa inglese soggetta a procedimento *antitrust* avverso la decisione con cui la Commissione le aveva intimato di esibire alcuni documenti ritenuti da quella coperti da riservatezza in quanto scambiati con il suo consulente legale.

fessione forense in uno degli Stati membri<sup>108</sup>. A parte la precisazione contenuta nell'ordinanza *Hilti* del 1990<sup>109</sup>, la giurisprudenza *AM & S* è rimasta sostanzialmente immutata fino alla recente sentenza *Akzo Nobel*, nella quale il Tribunale ha, per un verso, ampliato l'ambito di applicazione materiale del *legal privilege*<sup>110</sup> e, per altro verso, sancito il principio secondo cui, in caso di dubbio sul carattere riservato o meno dei documenti contestati, la Commissione non può consultarli neanche sommariamente. Essa deve invece inserirli in una busta sigillata al fine di salvaguardare l'eventuale prova e poi adottare una decisione formale di esibizione degli stessi al fine di preservare il contenuto dei documenti contestati fino alla valutazione da parte del giudice comunitario in sede di eventuale opposizione alla decisione medesima<sup>111</sup>.

Già a sèguito di questo esame sommario, ci sembra di dover sottolineare l'incongruenza delle premesse alla base della ricostruzione del *legal privilege* da parte della Corte di giustizia, incongruenza che consiste precisamente nel modo di atteggiarsi della tutela in esame nell'economia del procedimento *antitrust*. Nella sentenza *AM & S* la Corte di giustizia ha statuito in maniera inequivoca come la corrispondenza fra l'impresa sottoposta a procedimento *antitrust* e il suo avvocato, nella misura in cui riguardi l'attività delle imprese sul mercato, debba rientrare nella categoria dei documenti ai quali si estende l'attività d'indagine della Commissione<sup>112</sup>, salvo poi riconoscere che a determinate condizioni alcuni documenti aziendali possono essere sottratti a causa del loro carattere riservato. Ebbene, da tale ragionamento sembra potersi evincere come la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra impresa e professionista legale sia intesa non tanto come principio generale quanto piuttosto, da un lato, come strumento per garantire una migliore applicazione del diritto<sup>113</sup> e, dall'altro, soprattutto, come limite procedurale ai poteri di indagine della Commissione in funzione del rispetto dei diritti di difesa delle imprese indagate<sup>114</sup>.

Benché il risultato possa sembrare lo stesso, il privilegio essendo stato comunque riconosciuto, in realtà la differenza non è di poco momento. Una

<sup>108</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punti 21-28. Quanto al procedimento da seguire (che il Tribunale di primo grado nella sentenza *Akzo Nobel*, cit., punti 45-48, ha ribadito essere "procedimento speciale distinto da quello che deve consentire alla Commissione di pronunciarsi sull'esistenza di un'infrazione alle regole di concorrenza"), invece, vedi *infra*, par. 6.

<sup>109</sup> Con cui il Tribunale di primo grado aveva stabilito l'estensione della tutela anche alle note interne meramente riprodotte di comunicazioni e pareri giuridici provenienti dall'avvocato esterno.

<sup>110</sup> Facendovi rientrare anche i documenti preparatori redatti esclusivamente al fine di chiedere un parere giuridico a quest'ultimo: sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123. Vedi *infra* in questo paragrafo.

<sup>111</sup> *Ibidem*, punti 81-85. Si veda *infra*, par. 6.

<sup>112</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 16.

<sup>113</sup> Secondo l'ottica utilitaristica propria degli ordinamenti di *common law* (su cui *supra*, par. 2).

<sup>114</sup> Sembra giungere alla stessa conclusione L. GOFFIN, *De la confidentialité des communications entre l'avocat et son client*, in *CDE*, 1982, p. 393.

ricostruzione del “principio” del *legal privilege* quale specificazione del più generale principio della tutela dei diritti della difesa comporterebbe, a fronte di altri principî ugualmente meritevoli di tutela, un’attenta opera di bilanciamento delle opposte esigenze e una precisa individuazione delle rispettive limitazioni che dovrebbero essere solo e soltanto quelle strettamente necessarie al buon funzionamento del sistema. L’impostazione fornita dai giudici comunitari, invece, implica che ad essere interpretato in maniera restrittiva sia quello che si potrebbe agevolmente qualificare come il “limite” del *legal privilege*, nel senso che l’esigenza alla base di quest’ultimo si configura nel ragionamento dei giudici comunitari come un’eccezione, un limite appunto, al pieno dispiegamento di altre esigenze meritevoli di miglior tutela. Proprio per il fatto che costruisce il *legal privilege* non come principio generale ma come eccezione rispetto al perseguimento di altri obiettivi, la tutela del privilegio legale comunitario ci sembra già nelle sue premesse essere in contrasto con quella della Corte europea. Quest’ultima, infatti, intende la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra cliente e consulente legale quale corollario del più ampio principio del rispetto dei diritti della difesa di cui all’art. 6 CEDU, limitabile solo in ragione di ben motivate esigenze contrapposte.

In proposito, tuttavia, nella sentenza *Akzo Nobel* ci pare di cogliere un certo ripensamento. Vero è che il Tribunale in quest’ultima pronuncia ha ribadito più volte la tradizionale impostazione che vede il privilegio legale quale limite ai poteri di accertamento della Commissione<sup>115</sup>, ma è altrettanto vero come esso abbia sancito in maniera piuttosto netta l’obbligo per la Commissione di non consultare neanche sommariamente i documenti per i quali le imprese reclamano il *legal privilege*<sup>116</sup>. Sembra pertanto di poter dedurre come il giudice di prime cure, invece di delimitare il *legal privilege* in maniera restrittiva quale eccezione rispetto ai poteri della Commissione, abbia al contrario voluto operare un preciso bilanciamento tra due principî entrambi meritevoli di protezione<sup>117</sup>.

Per quanto riguarda l’ambito di applicazione materiale e temporale del *legal privilege*, dalle pronunce *AM & S*, *Hilti* e *Akzo Nobel* si osserva come esso sia suscettibile di coprire tutta la corrispondenza scambiata tra l’impresa indagata e l’avvocato esterno al fine e nell’interesse del diritto alla difesa della prima. Tale corrispondenza rilevante comprende pertanto quella effettivamente scambiata o predisposta per essere scambiata dall’inizio del procedimento *antitrust*, quella anteriore che presenta elementi di connessione con l’oggetto del procedimento, le note interne meramente riproduttive della corrispondenza scritta intercorsa con l’avvocato esterno e, infine, tutti i documenti preparatori redatti all’esclusivo scopo di chiedere un parere giuridico a detto avvocato.

---

<sup>115</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punti 124, 172 e 176.

<sup>116</sup> Vedi *infra*, par. 6.

<sup>117</sup> A sèguito del bilanciamento, peraltro, le esigenze di tutela della riservatezza sono parse esse-  
re preponderanti rispetto a quelle di indagine della Commissione, ragion per cui il comportamento  
dell’autorità *antitrust* comunitaria è stato considerato non conforme alla corretta procedura: *ibi-*  
*dem*, punto 101, su cui *infra*, par. 6.

Nonostante la tutela fornita da *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza sia attualmente capace di estendersi a un'ampia categoria di comunicazioni, essa comprende pur tuttavia solo i documenti "scritti"<sup>118</sup>, ad esclusione delle comunicazioni intercorse oralmente tra i membri dell'impresa e l'avvocato<sup>119</sup>. Da questo punto di vista, la tutela non pare estendersi alle istruzioni interne redatte in base a un parere orale fornito dall'avvocato esterno e non destinate a essere ritrasmesse a quest'ultimo<sup>120</sup>, mentre quelle predisposte al fine di richiedere un simile parere orale sono al contrario tutelabili<sup>121</sup>. Benché già implicito nel ragionamento della Corte di giustizia, la recente sentenza *Akzo Nobel* sembra aver inoltre chiarito come la tutela debba estendersi non solo alla corrispondenza proveniente<sup>122</sup>, ma anche a quella diretta a un avvocato esterno, e dunque a tutte le rilevanti forme di comunicazione scritta tra i due soggetti<sup>123</sup>.

Presupposto per la tutela di tali comunicazioni scritte è il loro carattere confidenziale, nel senso che il contenuto di queste non deve essere conosciuto al di fuori dell'impresa e dell'avvocato esterno<sup>124</sup>. Ad essere considerato degno di tutela, evidentemente, non è il documento inteso come supporto fisico bensì il suo contenuto informativo<sup>125</sup>. Ne consegue che non possono essere ritenute confidenziali le comunicazioni scritte scambiate tra i due soggetti appena ricordati

<sup>118</sup> Devono essere ricompresi nella tutela non solo le lettere dattiloscritte ma anche i telegrammi, i telex e tutte le possibili forme di comunicazione tramite supporti elettronici.

<sup>119</sup> La circostanza per cui la tutela si estende solo ai documenti scritti è confortata da due considerazioni di carattere generale. La prima riguarda il rapporto tra impresa e avvocato nella particolare materia del diritto della concorrenza, la cui complessità implica la necessità da parte della prima di sottoporre questioni fattuali piuttosto articolate e la redazione da parte del secondo di pareri approfonditi nonché la descrizione delle diverse opzioni a disposizione del cliente (in termini sostanzialmente analoghi la sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 18). La seconda considerazione attiene invece alla particolare estensione dei poteri di indagine a disposizione della Commissione, la quale a' termini del regolamento n. 1/03 può entrare nella disponibilità del contenuto delle comunicazioni intercorse tra l'impresa e il suo avvocato esterno solo in base ad una richiesta di esibizione di "documenti scritti".

<sup>120</sup> Ordinanza *Hilti*, cit., punto 17. Il requisito della previa comunicazione scritta da parte dell'avvocato esterno ha una sua ragione intrinseca: solo raffrontando il testo della nota interna con quello del previo parere scritto esterno si può avere la prova che la prima meriti tutela quanto il secondo.

<sup>121</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123.

<sup>122</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 21.

<sup>123</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 122. In argomento già C. LISTER, *op. cit.*, p. 68, nonché G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1014. Per alcune considerazioni in merito all'uso dell'*e-mail* si veda E. BERGAMINI, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>124</sup> Per un esame comparato della nozione di "confidenzialità" negli ordinamenti di *civil* e *common law* cfr. J. T. MACKINTOSH, K. M. ANGUS, *Conflict in Confidentiality: How E.U. Laws Leave In-House Counsel Outside the Privilege*, in *The International Lawyers*, 2004, p. 35 ss. Poiché tuttavia il limite del *legal privilege* opera a favore del cliente e non dell'avvocato esterno, solo il primo può legittimamente spogliarsi della tutela e rendere nota la corrispondenza scambiata con l'avvocato se ritiene di avere interesse a farlo. Cfr. la sentenza *AM & S*, cit., punto 28.

<sup>125</sup> La precisazione sembra rilevante soprattutto per quanto riguarda i moderni supporti informatici, nella misura in cui il contenuto delle comunicazioni tra impresa e avvocato non perde il suo carattere confidenziale in caso di trasferimento da un supporto all'altro.

e terze persone<sup>126</sup>, così come quelle che pur originariamente riservate in un secondo momento hanno perso tale qualità<sup>127</sup>. Al contrario, posto che la tutela fornita dal *legal privilege* si è detto essere applicabile al contenuto delle comunicazioni ma non ai fatti sottostanti, mantengono carattere riservato quelle comunicazioni che descrivono fatti altrimenti conosciuti. Sulla base della dottrina dell'unità economica<sup>128</sup> si osserva inoltre come non perdano il carattere della riservatezza i documenti scambiati all'interno della compagine aziendale o di un gruppo di imprese soggette a controllo unico purché meramente riproduttivi delle comunicazioni scambiate con l'avvocato esterno oppure predisposti all'esclusivo fine di richiedere un parere giuridico a quest'ultimo<sup>129</sup>. Appare, per altro verso, non pregiudizievole il fatto che la Commissione sia venuta a conoscenza del contenuto di comunicazioni scritte non attraverso la loro materiale apprensione ma a sèguito di una richiesta di spiegazioni orali durante l'ispezione oppure di una dichiarazione spontanea<sup>130</sup>: finché l'autorità procedente non entra nella materiale disponibilità di una copia del documento, infatti, il suo contenuto deve ritenersi coperto da riservatezza<sup>131</sup>.

Venendo alle singole categorie di documenti tutelabili, l'ipotesi che pone minori difficoltà interpretative riguarda quelli scambiati dall'inizio del procedimento, consistenti in pareri giuridici sugli addebiti mossi nonché in previsioni sull'esito del procedimento, e più in generale in tutto il carteggio intercorrente tra l'impresa e l'avvocato esterno e finalizzato all'esercizio del diritto della

---

<sup>126</sup> A meno che questi terzi non siano imprese appartenenti al medesimo gruppo economico, nel qual caso esso si considera un'unica entità dal punto di vista dell'imputazione della condotta anticoncorrenziale.

<sup>127</sup> Ne deriva che il carattere confidenziale di una comunicazione riprodotta in più copie e/o su diversi supporti viene meno a sèguito della divulgazione di uno solo di essi.

<sup>128</sup> La dottrina della *single economic unity* afferma che due o più imprese aventi personalità giuridica distinta si considerano come una singola unità economica (cioè, un gruppo di imprese) ai fini del diritto della concorrenza quando la natura dei rapporti esistenti tra di loro sia tale da lasciar presumere la mancanza di indipendenza di dette imprese e la loro sottoposizione ad una forma di controllo esterna. Si veda *ex multis* la sentenza della Corte di giustizia del 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm BV e Adriaan De Pijper c. Sterling Drug Inc. (Centrafarm)*, Raccolta, p. 1147.

<sup>129</sup> In base rispettivamente all'ordinanza *Hilti*, cit., punto 18 e alla sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123.

<sup>130</sup> Si tratta delle ipotesi di cui rispettivamente agli articoli 20, par. 2, lett. e) e 19 regolamento n. 1/03.

<sup>131</sup> Ciò discende sia dalla differenza tra contenuto (tutelato) e fatto sottostante (non tutelato), sia dal fatto che godono della tutela sono le comunicazioni scritte e non quelle orali. D'altro canto, una testimonianza orale *de relato* sull'esistenza e sul contenuto di un documento scritto coperto da tutela appare ben misera prova in assenza della materiale disponibilità del documento stesso, il solo suscettibile di provare il nesso tra il suo contenuto, l'autore e il destinatario. Nel caso, altamente improbabile, in cui sia lo stesso avvocato a divulgare alla Commissione il contenuto della corrispondenza riservata in base a una dichiarazione volontaria *ex art.* 19 regolamento n. 1/03, si pongono due distinti problemi: il primo, di ammissibilità della prova (da valutare evidentemente in sede di opposizione alla decisione finale di infrazione), e il secondo, di violazione del segreto professionale (da risolversi in base alle pertinenti disposizioni nazionali).

difesa nelle diverse fasi procedurali<sup>132</sup>. A tal proposito ci si limita a ricordare che a' termini dell'art. 2 regolamento n. 773/04 l'avvio del procedimento coincide di regola con la notifica della comunicazione degli addebiti alle imprese indagate.

La categoria dei documenti scambiati in un momento precedente l'avvio del procedimento, a causa della sua ampiezza e indeterminatezza, presenta invece maggiori difficoltà in relazione all'individuazione del suo ambito materiale. L'unico punto fermo, sottolineato sin dalla sentenza *AM & S*, riguarda il fatto che tale categoria non è capace di ricomprendere ai fini della tutela fornita dal *legal privilege* le comunicazioni non connesse con "l'oggetto" del procedimento. Simile espressione potrebbe essere interpretata in senso restrittivo, tale da abbracciare solo i documenti che abbiano un legame "formale" con il medesimo procedimento<sup>133</sup>. Tuttavia, benché in principio ammissibile, la ricostruzione appena evidenziata non sembra consona alla (pur limitata) ottica garantista che informa il ragionamento della Corte<sup>134</sup>. Al contrario, una seconda interpretazione di tipo estensivo, nella misura in cui amplia l'ambito di applicazione del *legal privilege* fino a ricomprendervi da un punto di vista "sostanziale" tutti quei documenti contenenti informazioni connesse all'oggetto del procedimento, per un verso non esclude la corrispondenza considerata rilevante in base alla opposta interpretazione restrittiva e per altro verso appare più conferente alla *ratio* del sistema<sup>135</sup>. Da motivazioni di ordine sistematico, attinenti all'attuale configurazione del sistema di applicazione del diritto della concorrenza, l'ambito materiale del *legal privilege* deve ritenersi inoltre esteso anche ai documenti scambiati tra impresa e avvocato esterno nel corso di altri procedimenti in qualche modo connessi a quello in cui le esigenze di tutela vengono in rilievo<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> La tutela della riservatezza dei documenti relativi alla causa è contemplata anche nella successiva (quanto eventuale) fase giurisdizionale: si vedano l'art. 38, par. 2, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 2 maggio 1991, *GUCE L* 136, 30 maggio 1991, p. 34 e l'art. 32, par. 2, del regolamento di procedura della Corte di giustizia delle Comunità europee del 19 giugno 1991, *GUCE L* 176, 4 luglio 1991, p. 7 (entrambi da ultimo modificati il 18 dicembre 2006, *GUUE L* 386, 29 dicembre 2006, p. 44 e p. 45).

<sup>133</sup> In base a tale interpretazione, dovrebbero considerarsi coperte da riservatezza solo le comunicazioni tra il cliente e l'avvocato esterno che prefigurino, in chiave prognostica, l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione.

<sup>134</sup> Così E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, p. 1009.

<sup>135</sup> Si ritiene pertanto che rientri nella tutela della riservatezza non solo tutta la corrispondenza relativa ai consigli sul modo in cui comportarsi in caso di eventuali richieste di informazioni, sui comportamenti da tenere durante le ispezioni nonché su quali documenti conservare in un posto sicuro e quali invece mettere a disposizione degli agenti della Commissione, ma anche quella contenente pareri giuridici e analisi fattuali ad esempio sul testo di un accordo, sulle condizioni della sua attuazione o ancora su un determinato comportamento unilaterale o concordato da tenere sul mercato. In questo senso, esattamente, G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1015. Appare conforme a tale impostazione anche la sentenza della *House of Lords* inglese nella causa *Three Rivers District Council and others v Governor and Company of the Bank of England* [2004] UKHL 48.

<sup>136</sup> Si pensi ad esempio alla corrispondenza intercorsa nell'ambito del procedimento per l'adozione di una misura provvisoria da parte della Commissione *ex art. 8* regolamento n. 1/03 (che

È appena il caso di notare come l'estensione della tutela alle comunicazioni anteriori connesse all'oggetto del procedimento rappresenti *de facto* un'eccezione al principio secondo cui le imprese non possono appellarsi al diritto di non autoincriminazione per rifiutarsi di esibire i documenti richiesti, dal momento che tale diritto (o meglio, tale limitazione ai poteri della Commissione) è invocabile solo a fronte delle domande "direttamente" incriminanti e formulate oralmente. Tuttavia non sembra sia possibile inferire da tale piana constatazione la diversa conclusione secondo cui l'ampliamento dell'ambito di applicazione della tutela in esame alla corrispondenza precedente sia stato disposto dai giudici comunitari esclusivamente sulla base del legame tra il *legal privilege* e il *right against self-incrimination*<sup>137</sup>. Se è vero che esiste una connessione oggettiva tra questi due diritti (*rectius*, limitazioni), entrambi parti del più ampio principio del rispetto dei diritti della difesa, è tuttavia altrettanto vero come la predetta estensione discenda piuttosto dalle caratteristiche stesse del diritto della concorrenza, materia che implica accurate analisi in fatto e in diritto di una gran mole di informazioni e dati econometrici. Orbene, un siffatto scrutinio da parte del professionista legale e la conseguente prospettazione al cliente delle opzioni disponibili – che non si vede come possa svolgersi in maniera corretta ed esaustiva se non attraverso materiale scritto – è finalizzato all'individuazione del corretto comportamento dell'impresa sul mercato a fronte delle possibili censure da parte dell'autorità *antitrust*. Di conseguenza, sembra che sia la stessa peculiarità del diritto della concorrenza a richiedere che la corrispondenza anteriore venga tutelata nell'ottica del pieno rispetto dei diritti della difesa del cliente.

In base a questo ragionamento deve inoltre ritenersi destituita di fondamento la tesi che afferma come l'ambito di applicazione materiale del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza offra una tutela maggiore rispetto a quella prevista nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>138</sup>. Quello che ad un'occhiata superficiale può sembrare come un ambito di tutela *ratione materiae* più limitato nella giurisprudenza convenzionale rispetto a quella comunitaria, in realtà è la necessaria conseguenza delle diverse fattispecie contemplate dalle due Corti. Nell'ambito di vicende concernenti, ad esempio, misure restrittive a carico di detenuti oppure intercettazioni telefoniche e ambientali, la necessità di predisporre una difesa adeguata a fronte della condotta del cliente viene in rilievo *ratione temporis* a procedimento iniziato oppure nella fase delle indagini preliminari. Viceversa nel diritto della concorrenza, come peraltro in tutte quelle

---

in ragione dell'esercizio del diritto di difesa è opportuno rimanga riservata anche nell'ambito del procedimento principale) oppure ai documenti scambiati tra l'impresa e l'avvocato esterno nel quadro di una decisione con cui la Commissione accetta e rende obbligatori gli impegni proposti dalle parti di cui all'art. 9 regolamento n. 1/03 (nella misura in cui è data possibilità all'autorità *antitrust* comunitaria di riaprire, a determinate condizioni, il procedimento di infrazione).

<sup>137</sup> Come invece fa E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, p. 1009.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 1003.

fattispecie che richiedono complesse valutazioni giuridico-economiche<sup>139</sup>, la medesima necessità di regola emerge in un momento di gran lunga anteriore e pertanto anche la tutela delle comunicazioni deve necessariamente retroagire fino al (e non oltre il) momento in cui vengono predisposti i documenti relativi alla migliore condotta che l'impresa deve seguire per non incorrere in censure da parte dell'autorità *antitrust*<sup>140</sup>.

Se l'ambito di applicazione materiale del *legal privilege* alle categorie di comunicazioni appena esaminate era ricavabile direttamente o indirettamente già dalla sentenza *AM & S*, i successivi sviluppi giurisprudenziali hanno invece riguardato l'ampliamento della medesima tutela ai documenti elaborati all'interno dell'impresa. Già l'ordinanza *Hilti*, come si è visto, ha fatto rientrare nel *legal privilege* le note interne meramente riproduttive del testo o del contenuto di comunicazioni scritte intercorse con avvocati esterni, in considerazione del fatto che tali note da un punto di vista sostanziale non si differenziano dal testo che riproducono.

L'estensione alla categoria dei documenti puramente interni di cui alla recente sentenza *Akzo Nobel* merita invece qualche considerazione in più. Nelle parole del Tribunale, i “documenti preparatorî, anche se non sono stati scambiati con un avvocato o non sono stati predisposti per essere materialmente trasmessi ad un avvocato, possono comunque beneficiare della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti, dato che sono stati elaborati esclusivamente al fine di chiedere un parere giuridico ad un avvocato, nell'ambito dell'esercizio dei diritti della difesa”<sup>141</sup>.

Innanzitutto, l'aggettivo “preparatorio” implica come la loro elaborazione si collochi in un momento precedente a quello in cui l'avvocato esterno ne prende coscienza<sup>142</sup>. La categoria dei documenti preparatorî così delineata, si noti,

<sup>139</sup> Conforme I. S. FORRESTER, *op. cit.*, p. 79, secondo cui il ruolo del professionista legale nel diritto della concorrenza è simile a quello svolto in materia di diritto tributario.

<sup>140</sup> La bontà della linea argomentativa appena svolta sembra essere confermata indirettamente dalla sentenza della Corte europea nel caso *Wieser*, *cit.*, ove, a fronte di un accertamento ispettivo condotto in maniera non conforme alla legge presso lo studio di un avvocato, la tutela della riservatezza è stata estesa a tutti i documenti elettronici contenenti comunicazioni tra detto avvocato e i propri clienti, a prescindere dal momento in cui erano stati scambiati.

<sup>141</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, *cit.*, punto 123. È appena il caso di notare come, nel fornire tale definizione, la Prima sezione ampliata del Tribunale abbia ripreso in larga misura le considerazioni già espresse dal suo Presidente in sede cautelare: ordinanza del 30 ottobre 2003, cause riunite T-125 e 253/03 R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akros Chemicals Ltd. c. Commissione, Raccolta*, p. II-4771, punto 104, su ricorso delle imprese avverso la sospensione dell'esecuzione delle decisioni con cui la Commissione aveva rigettato le loro istanze volte al riconoscimento del *legal privilege* per i documenti controversi. Tale ordinanza, a sèguito dell'impugnazione proposta dalla Commissione, è stata successivamente annullata dal Presidente della Corte nell'ordinanza del 27 settembre 2004, causa C-7/04 P(R), *Commissione c. Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akros Chemicals Ltd., Raccolta*, p. I-8739, per mancanza del requisito del *periculum in mora* (dato che, in effetti, la Commissione aveva già esaminato sommariamente tali documenti).

<sup>142</sup> Da questo punto di vista, dunque, essi si differenziano nettamente dalla corrispondenza scambiata prima dell'avvio del procedimento perché mentre in quest'ultimo caso il criterio dell'ante-

sarebbe in astratto capace di attrarre nella sfera della tutela un numero tanto ampio quanto indeterminato di documenti a vario titolo predisposti all'interno dell'impresa. Così tuttavia non è, in quanto non tutti i documenti interni sono capaci di usufruire della copertura offerta dal *legal privilege* ma solo quelli "elaborati esclusivamente al fine di chiedere un parere giuridico all'avvocato nell'ambito dell'esercizio dei diritti di difesa"<sup>143</sup>.

L'espressione utilizzata dal Tribunale richiede, a rigor di logica, che i documenti preparatori soddisfino due requisiti cumulativi: uno teleologico e l'altro contenutistico. Per quanto riguarda quest'ultimo elemento, valgono le considerazioni che si sono fatte con riferimento alle altre comunicazioni tutelate in virtù del limite del rispetto dei diritti di difesa. L'elemento teleologico, invece, pare implicare la necessità che i documenti rilevanti vengano predisposti esclusivamente al fine di richiedere un parere all'avvocato esterno, pur nell'intesa che sono idonei a rientrare nella categoria anche quelli non destinati a essere poi materialmente trasmessi al professionista<sup>144</sup>.

I maggiori problemi interpretativi riguardano, com'è agevole intendere, il preciso significato da attribuire all'avverbio "esclusivamente". Nel negare la tutela del *legal privilege* a entrambi i tipi di documenti sottoposti alla sua attenzione<sup>145</sup> e di conseguenza respingere il ricorso, il giudice comunitario ha fornito una serie di criteri fattuali su cui è possibile basarsi per stabilire se un documento è stato preparato in via esclusiva per richiedere un parere giuridico<sup>146</sup>. In termini

---

riorità si basa su un dato *formale e positivo*, quello cioè della notifica della comunicazione degli addebiti, nel caso dei documenti preparatori esso sembra invece legato a un elemento, *sostanziale e negativo*, quale l'assenza di trasmissione all'avvocato. E infatti nella sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123, si specifica che i documenti in esame possono essere tutelati "anche se non sono stati scambiati con un avvocato".

<sup>143</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123. Al precedente punto 122 si ricorda infatti che possono rientrare nella tutela quei "documenti di lavoro o di sintesi" predisposti "allo scopo di riunire informazioni che saranno utili, se non indispensabili, [all'avvocato esterno] per comprendere il contesto, la natura o la portata dei fatti a proposito dei quali viene richiesta la sua assistenza".

<sup>144</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 123.

<sup>145</sup> I documenti contestati erano stati elaborati nell'ambito di un programma di adeguamento alle regole di concorrenza (*competition law compliance program*) predisposto dalla Akzo Nobel. Quelli della c.d. "serie A" consistevano in due diverse copie di un memorandum dattiloscritto redatto dal direttore generale della Akcros Chemicals indirizzato a un suo superiore gerarchico (una delle due copie riportava un'indicazione manoscritta in cui si faceva cenno ad una conversazione avvenuta tra il direttore generale della Ackros e un avvocato esterno avente ad oggetto lo stesso memorandum). Quelli della c.d. "serie B", invece, erano formati da alcune note manoscritte redatte dal medesimo direttore generale ai fini della predisposizione del memorandum della serie A, nonché da due messaggi di posta elettronica scambiati tra questi e un avvocato membro del servizio giuridico della Akzo Nobel responsabile dell'attuazione del programma di adeguamento al diritto *antitrust* (programma a sua volta predisposto da un avvocato esterno per tutte le società facenti parte del gruppo).

<sup>146</sup> Per quanto riguarda le note dattiloscritte della "serie A", da un lato, non è stato considerato sufficiente il fatto che esse fossero state elaborate nell'ambito di un *compliance program*, mentre, dall'altro, si è evidenziato come le annotazioni manoscritte relative alla conversazione telefonica con l'avvocato esterno dimostrassero soltanto l'avvenuta discussione del contenuto del memoran-

pratici se ne ricava che i documenti preparatorî, per godere della tutela accordata dal *legal privilege*, devono essere tanto formalmente quanto sostanzialmente creati con la sola finalità di richiedere un parere giuridico a un avvocato esterno, non essendo cioè sufficiente che gli stessi assolvano anche ad altre funzioni oppure che costituiscano il mero oggetto di una conversazione con detto professionista. Da questo punto di vista, pertanto, simili documenti alternativamente devono recare nell'intestazione il nome dell'avvocato (o di suoi collaboratori) oppure il loro contenuto deve inequivocabilmente riferirsi a quest'ultimo per la specifica richiesta di un parere giuridico, non ricadendo nella tutela i documenti predisposti nell'ambito dei normali rapporti gerarchici tra membri dell'impresa anche se relativi all'oggetto del procedimento. Peraltro, il flusso delle informazioni tutelate deve in via di principio<sup>147</sup> scorrere dall'impresa verso l'avvocato e non viceversa, il Tribunale avendo chiarito come le note redatte a mo' di promemoria a sèguito di conversazioni orali intercorse con l'avvocato esterno non sono di per sé tutelabili. Al contrario, ci pare che possano essere coperte da tutela le note interne trasmesse da un membro all'altro dell'impresa qualora rechino in allegato il testo di un parere da richiedere all'avvocato esterno<sup>148</sup>.

Restano del tutto escluse dalla tutela del *legal privilege* le comunicazioni tra impresa e avvocato estranee all'esigenza di tutela dei diritti della difesa<sup>149</sup>, quelle che hanno perso il carattere della confidenzialità<sup>150</sup>, quelle intercorse in forma

---

dum con il professionista e non, viceversa, il fatto che il predetto documento fosse stato elaborato all'esclusivo scopo di chiedere a quest'ultimo un parere giuridico. Con riferimento ai documenti della "serie B", invece, la tutela non è stata accordata né alle note manoscritte redatte per la preparazione del *memorandum* della "serie A" (dato che quest'ultimo era già stato considerato privo dell'elemento teleologico) né alle *e-mails* scambiate tra un membro della Ackros e un membro del servizio giuridico della Akzo Nobel (ma in base alla diversa argomentazione relativa al difetto della qualificazione di quest'ultimo come avvocato "esterno", su cui *infra*, par. 5).

<sup>147</sup> In quanto l'ampliamento del *legal privilege* disposto dalla sentenza *Akzo Nobel* comprende anche le informazioni "non ancora scambiate" nonché quelle contenute in documenti "non destinati ad essere scambiati" ma solo discussi oralmente.

<sup>148</sup> Nell'intesa che, per un verso, da tale allegato sia possibile dedurre l'esclusiva finalità di richiesta di un parere legale e, per altro verso, che la nota circoli all'interno dell'impresa al fine di ottenere l'approvazione da parte del superiore gerarchico (o dei suoi collaboratori) per l'invio al professionista di tale richiesta. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la circolazione di simili note non deve rappresentare un comodo mezzo per eludere le finalità dell'estensione della tutela disposta nella sentenza *Akzo Nobel*.

<sup>149</sup> Come ad esempio quelle non riguardanti l'oggetto del procedimento oppure quelle finalizzate non tanto a conformarsi quanto a violare i precetti *antitrust*: cfr. A. KOHL, *op. cit.*, p. 215. L'avvocato che partecipa all'attività anticoncorrenziale dell'impresa potrebbe addirittura essere sanzionato dalla Commissione in concorso con quest'ultima.

<sup>150</sup> Ciò sia in base a una decisione dell'impresa in questo senso (quando cioè essa ritenga di avere interesse a renderla nota alla Commissione: sentenza *AM & S*, cit., punto 28) sia a sèguito della loro materiale apprensione da parte della Commissione (si ritiene pertanto che perda il suo carattere confidenziale la corrispondenza legale e i documenti preparatorî inviati alla Commissione dal dipendente infedele, il quale è ovviamente suscettibile per ciò stesso di incorrere in responsabilità contrattuale). Su questi aspetti si vedano le interessanti considerazioni di T. CHRISTOFOROU, *op. cit.*, pp. 32-34.

non scritta e infine quelle provenienti da membri dell'impresa e/o da ausiliari dell'avvocato non espressamente o implicitamente delegati a trasmetterle.

In conclusione, è appena il caso di rilevare come l'estensione della tutela del *legal privilege* alla categoria dei documenti preparatori disposta nella sentenza *Akzo Nobel* abbia accolto in parte le richieste delle ricorrenti, e della comunità forense europea, in merito alla necessità di allargare le maglie dei documenti sottratti al potere di indagine della Commissione in ragione del mutato contesto normativo con il passaggio dal sistema delle notifiche di cui al regolamento n. 17/62 a quello dell'eccezione legale e, dunque, dell'autovalutazione del regolamento n. 1/03. Più in generale, ci sembra che il predetto ampliamento dell'ambito di applicazione *ratione materie* del privilegio legale – nonostante quest'ultimo sia stato inteso dalla giurisprudenza comunitaria come un limite ai poteri della Commissione e non come aspetto specifico del generale principio del rispetto dei diritti della difesa – appaia tuttavia sostanzialmente conforme all'impostazione della tutela delle comunicazioni tra avvocato e cliente nella CEDU. Infatti, di fronte a un'ipotesi peculiare come quella del diritto della concorrenza, prima la Corte di giustizia e ora il Tribunale di primo grado hanno tenuto in conto e, tutto sommato, correttamente bilanciato sia le esigenze della Commissione nell'espletamento dei propri compiti di repressione delle condotte contrarie agli articoli 81 e 82 TCE sia quelle delle imprese a valutare liberamente, nel rinnovato contesto normativo, il loro comportamento sul mercato.

5. Maggiori problemi sembra invece porre l'ambito di applicazione *ratione personae* del *legal privilege* con riferimento alla perdurante mancata estensione della tutela in esame ai documenti scambiati tra l'impresa e il consulente legale interno alla stessa.

Innanzitutto, c'è da ricordare che la nozione di impresa rilevante ai fini dell'imputazione soggettiva della tutela del *legal privilege* non sembra differire da quella accolta in generale nel diritto comunitario della concorrenza, essendo tale ogni entità fisica o giuridica che svolge un'attività economicamente rilevante<sup>151</sup>. I membri dell'impresa che possono validamente richiedere un parere giuridico all'avvocato esterno sono, di regola, coloro che ne hanno la rappresentanza per legge o per statuto nonché tutti gli altri membri delegati da questi ultimi<sup>152</sup>. Ne consegue che le comunicazioni tra l'avvocato e un membro dell'impresa che non ha un potere generale o *ad hoc* di manifestare la volontà esterna dell'impresa, come peraltro già detto, non sono suscettibili di rientrare nell'ambito della tutela almeno finché un tale potere non sia successivamente attribuito a quest'ultimo espressamente o per fatti concludenti.

---

<sup>151</sup> Cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 623 ss., ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>152</sup> Se ne trae indiretta conferma dalle disposizioni regolamentari: l'art. 18 regolamento n. 1/03 afferma che l'obbligo di fornire spiegazioni incombe sui proprietari o sui rappresentanti legali, mentre l'art. 4 regolamento n. 773/04 ricorda che le domande rivolte oralmente in corso di ispezione ai membri non autorizzati a parlare a nome dell'impresa possono essere successivamente rettificare, modificate o integrate.

Per quanto invece attiene ai requisiti che deve possedere l'avvocato affinché le proprie comunicazioni con l'impresa sua cliente possano usufruire della tutela fornita dal *legal privilege*, ai sensi della sentenza *AM & S* questi dev'essere in una posizione di indipendenza rispetto all'impresa<sup>153</sup> tale da assicurare il tradizionale "doppio ruolo" che l'avvocato riveste negli Stati membri quale collaboratore all'amministrazione della giustizia e soggetto la cui attività è diretta a fornire l'assistenza legale di cui il cliente ha bisogno<sup>154</sup>. Secondo la Corte, tale doppio ruolo implica come contropartita la sottoposizione del professionista alle regole deontologiche sull'esercizio della professione legale previste in tutti gli Stati membri<sup>155</sup>. Tuttavia, poiché le regole di tali Stati presentano una disciplina non omogenea quanto alla possibilità per il giurista d'impresa non solo di iscriversi agli albi professionali ma anche di usufruire del *legal privilege*<sup>156</sup>, la Corte ha concluso nel senso di escludere tutti gli avvocati legati al cliente da un rapporto di impiego dall'ambito personale della tutela<sup>157</sup>.

La ricostruzione operata dalla Corte di giustizia nella sentenza *AM & S*, ampiamente criticata in dottrina<sup>158</sup> e dalle associazioni di categoria<sup>159</sup>, lasciava un certo margine di dubbio sul fatto se il criterio dell'indipendenza dovesse essere interpretato in base al requisito "negativo" dell'assenza di un rapporto d'impiego oppure a quello "positivo" della sottoposizione alla disciplina professionale. Ai sensi della prima ipotesi tutti gli *in-house lawyers* sarebbero rimasti esclusi dalla tutela, mentre in base alla seconda il *legal privilege* si sarebbe esteso anche alle comunicazioni scambiate con quei giuristi d'impresa vincolati al rispetto delle regole deontologiche. Nella causa *Akzo Nobel* le ricorrenti e le associazioni intervenenti avevano motivato la necessità di adottare l'interpreta-

<sup>153</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 21.

<sup>154</sup> *Ibidem*, punto 24.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> In proposito E. BERGAMINI, *op. cit.*, p. 164 in nota 24.

<sup>157</sup> Tale impostazione è stata immediatamente seguita dalla Commissione, la quale ha utilizzato la corrispondenza indirizzata o proveniente dal legale interno per rilevare la violazione delle norme sulla concorrenza: si vedano ad esempio le decisioni del 14 dicembre 1984, n. 85/79/CEE, *John Deere*, GUCE L 35, 7 febbraio 1985, p. 58, e del 4 novembre 1988, n. 88/589/CEE, *London European/Sabena*, GUCE L 317, 24 novembre 1988, p. 47.

<sup>158</sup> Si vedano, tra gli altri, L. GOFFIN, *op. cit.*, p. 398; T. CHRISTOFOROU, *op. cit.*, p. 11 ss.; P. H. BURKHARD, *Attorney-Client Privilege in the EEC: The Perspective of Multinational Corporate Counsel*, in *The International Lawyers*, 1986, p. 677 ss., *passim*; A. M. HILL, *A Problem of Privilege: In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege in the United States and the European Community*, in *Case Western Reserve JIL*, 1995, p. 182 ss.; G. MURPHY, *op. cit.*, p. 454.

<sup>159</sup> Si veda CONSEIL DES BARREAUX DE L'UNION EUROPEENNE (CCBE), *Regulated Legal Professional and Professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European Jurisdictions*, rapporto del febbraio 2004, nonché ID., *Protection of Confidences between European Lawyer and Client*, dicembre 2004, entrambi reperibili *on line* all'indirizzo [www.ccbe.org](http://www.ccbe.org). Si veda anche EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION (ECLA), *Legal Privilege before National Competition Authorities*, giugno 2001, reperibile *on line* all'indirizzo [www.ecla.org](http://www.ecla.org)., ove un'interessante comparazione in merito alla tutela del *legal privilege* nelle normative *antitrust* dei diversi Stati membri.

zione estensiva ma il Tribunale ha accolto la definizione in negativo, ribadendo come risulti “indipendente” ai fini della nozione in esame non tanto il consulente legale sottoposto a disciplina professionale quanto colui che non è legato all’impresa da un rapporto di impiego<sup>160</sup>. Secondo i giudici comunitari, quindi, il requisito dell’indipendenza richiede che il legale interno sia “terzo” rispetto all’impresa nei cui confronti redige pareri giuridici coperti da riservatezza, essendone pertanto esclusi quei soggetti che, pur vincolati alle regole deontologiche, non sono strutturalmente, gerarchicamente e funzionalmente esterni rispetto all’impresa che beneficia della loro assistenza legale<sup>161</sup>.

Nella sentenza *AM & S* la Corte aveva stabilito un ulteriore requisito affinché le comunicazioni potessero godere della tutela della riservatezza, e cioè il fatto che gli avvocati fossero non solo indipendenti ma anche abilitati all’esercizio della professione in uno Stato membro<sup>162</sup>. Una tale previsione, motivata in buona parte dal fatto che solo l’avvocato iscritto all’albo di uno degli Stati membri può stare validamente in giudizio davanti alla Corte e al Tribunale<sup>163</sup>, è stata ulteriormente specificata mediante l’esplicito rinvio alla direttiva n. 77/249<sup>164</sup>. Ciò ha comportato, per un verso, in virtù delle norme del Trattato relative alla libera prestazione di servizi, l’estensione della tutela a qualunque avvocato “comunitario” senza distinzioni in base alla nazionalità, ma, per altro verso, l’esclusione degli avvocati abilitati all’esercizio della professione nei Paesi extracomunitari<sup>165</sup>.

Come si è accennato, la ricostruzione fornita dai giudici comunitari sembra ad un più attento esame non corretta nella misura in cui priva della tutela in

---

<sup>160</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 168.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 25.

<sup>163</sup> *Ibidem*, punto 24. Attualmente si vedano l’art. 19, par. 4 dello Statuto della Corte di giustizia (vers. gennaio 2007), nonché gli articoli 38, par. 3 del regolamento di procedura della Corte di giustizia e 44, par. 4 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado. Lo Statuto della Corte lascia presumere che sia necessaria solo l’abilitazione al patrocinio e non la condizione di strutturale terzietà rispetto al cliente: tuttavia quest’ultima è stata richiesta nell’ordinanza del Tribunale dell’8 dicembre 1999, causa T-79/99, *Euro-Lex European Law Expertise GmbH c. Office for Harmonisation in the Internal Market (Euro-Lex)*, Raccolta, p. II-3555, e nelle ordinanze della Corte del 5 dicembre 1996, cause C-174 e 175/96 P, *Orlando Lopes c. Corte di giustizia delle Comunità europee (Lopes)*, Raccolta, pp. I-6401 e I-6409.

<sup>164</sup> Cfr. direttiva n. 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l’esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, *GUCE L 78*, 16 marzo 1977, p. 17 ss. e successive modificazioni. All’art. 6 viene specificato che ogni Stato membro può escludere gli avvocati dipendenti, legati da un contratto di lavoro ad un ente pubblico o privato, dall’esercizio delle attività di rappresentanza e di difesa in giudizio di questo ente nella misura in cui gli avvocati stabiliti in detto Stato non siano autorizzati ad esercitare tali attività. Secondo L. GOFFIN, *op. cit.*, p. 398, la Corte nella sentenza *AM & S* sarebbe stata influenzata dalla limitazione prevista da quest’ultima norma e dalla sua attuazione in alcuni Stati membri.

<sup>165</sup> Critico nei confronti di tale esclusione L. GOFFIN, *loc. ult. cit.*, anche perché l’interpretazione logico-sistematica della direttiva 77/249 porta a concludere che rientrino nell’ambito personale di questo strumento normativo anche i cittadini di Paesi terzi abilitati all’esercizio della professione legale in uno degli Stati membri. Conforme T. CHRISTOFOROU, *op. cit.*, p. 20-21, ove un’approfondita analisi del problema. Vedi anche E. BERGAMINI, *op. cit.*, pp. 7-24.

oggetto i giuristi d'impresa vincolati al rispetto delle regole deontologiche nei loro rispettivi ordinamenti nazionali. Posto che le comunicazioni scambiate con un legale interno non sottoposto a norme deontologiche non paiono obiettivamente meritevoli di tutela – dato l'alto rischio che quest'ultimo si "identifichi" con il suo datore di lavoro in misura superiore a quanto è auspicabile per il corretto espletamento della propria attività e in assenza di qualunque vincolo disciplinare –, al contrario l'esclusione degli *in-house lawyers* cui l'ordinamento nazionale di appartenenza impone o permette di seguire le pertinenti norme deontologiche sembra in via di principio inaccettabile.

A mente del "doppio ruolo" che l'avvocato assume negli ordinamenti degli Stati membri, infatti, la spiegazione fornita dalla Corte e dal Tribunale per escludere tutti i giuristi d'impresa, a prescindere dal fatto che essi siano o meno vincolati alle norme deontologiche, sembra riposare più sulla concezione del ruolo del professionista quale collaboratore all'amministrazione della giustizia che su quello di soggetto che svolge un'attività intesa a fornire assistenza legale al cliente. Secondo tale schema, solo l'avvocato non legato a rapporto di impiego offre le migliori garanzie che la condotta dell'impresa sua cliente si svolga in maniera tendenzialmente conforme ai precetti *antitrust*. Tuttavia, come pure è stato notato, la collaborazione dell'avvocato all'amministrazione della giustizia – lungi dal concorrere al raggiungimento della verità sostanziale secondo l'antiquato schema del modello processuale "cooperativo" – pare sostanziarsi precisamente in un obbligo di non utilizzare in maniera scorretta i mezzi giuridici a sua disposizione e di non violare le regole dell'ordinamento nella sua attività di difesa del cliente<sup>166</sup>. Il dovere del professionista nei confronti dell'amministrazione della giustizia risulta essere di conseguenza quello di assicurare che la propria condotta professionale si mantenga nei limiti del diritto<sup>167</sup>. Ma una tale garanzia, all'evidenza, discende nella quasi totalità dei Paesi membri dalla sottoposizione dell'avvocato a quel *corpus* di regole deontologiche appositamente previste e non dalla sua pretesa indipendenza, che al più rappresenta una conseguenza e non il presupposto della corretta condotta professionale. Men che meno deriva dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, che infatti in quei Paesi in cui viene imposta o permessa l'applicazione delle regole deontologiche ai giuristi d'impresa non pone particolari problemi in questo senso. D'altro canto, le stesse regole deontologiche assolvono anche ad una funzione di garanzia nei confronti – questa volta – del cliente, in quanto forniscono a quest'ultimo

<sup>166</sup> Si veda il recente saggio di F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007, p. 45 ss. Merita notare come questa impostazione sia predominante nei modelli processuali (ormai accolti in quasi tutti i Paesi europei) in cui le parti concorrono alla formazione della prova in contraddittorio e sono messe in posizione di tendenziale parità, pur con le differenze riscontrabili nei diversi ordinamenti quanto alla misura più o meno ampia dell'intervento del giudice nella formazione della prova.

<sup>167</sup> Ad esempio l'art. 5 del Codice deontologico forense italiano ("Doveri di probità, dignità e decoro") e soprattutto l'art. 14 dello stesso ("Dovere di verità"), ai sensi del quale l'avvocato non può presentare in giudizio fatti non veri o comunque tali da indurre il giudice in errore né può introdurre intenzionalmente nel giudizio prove false.

l'unica prova preventiva che il professionista ottempererà al proprio ministero con perizia e competenza. Ferma restando la sottoposizione a dette regole, dunque, l'avvocato può e deve svolgere il proprio ministero a favore e nell'interesse esclusivo del suo cliente in modo da raggiungere il risultato ultimo dell'effettivo esercizio dei diritti della difesa.

Se ciò è vero per gli ordinamenti interni dei Paesi membri dell'Unione europea, sul piano del diritto comunitario della concorrenza esso non può che tradursi nella necessità ma anche nella sufficienza che il consulente legale sia vincolato a delle regole di condotta stabilite dalle pertinenti associazioni professionali nazionali. Tale vincolo impedisce a quest'ultimo di partecipare ad attività non conformi alle norme *antitrust* e di ostacolare indebitamente lo svolgimento del procedimento condotto dalla Commissione, ma al contempo gli permette di svolgere appieno il proprio incarico nell'interesse dell'impresa che si avvale dei suoi servizi. Poiché si è già detto che il riconoscimento del *legal privilege* è un corollario del più ampio principio del rispetto dei diritti della difesa (pur nella sua peculiare ricostruzione di "limite" ai poteri della Commissione) se ne conclude come tale principio – e non altre pretese funzioni ausiliarie – debba essere il punto di riferimento per l'esatta ricostruzione dell'ambito personale della tutela, e come pertanto esso non possa non estendersi a tutti quei professionisti, e solo a quelli, sottoposti alle pertinenti regole deontologiche<sup>168</sup>.

Per quanto riguarda, poi, l'equiparazione compiuta dalla giurisprudenza tra l'avvocato le cui comunicazioni possono essere considerate riservate e quello che può rappresentare il cliente di fronte alle giurisdizioni nazionali e comunitarie, essa appare del tutto destituita di fondamento. La protezione fornita dal *legal privilege* è infatti finalizzata alla tutela dei diritti dell'impresa indagata e non dell'avvocato in quanto tale. In ragione di ciò, già non sembra ammissibile il fatto che il legale che riceve o invia tutta la corrispondenza scambiata dal momento in cui ha inizio il procedimento amministrativo debba necessariamente essere, per usufruire della tutela, la stessa persona fisica che in un momento precedente è risultato mittente o destinatario della corrispondenza connessa con l'oggetto del procedimento oppure colui che ha fornito il parere giuridico per la cui richiesta sono stati redatti i documenti preparatori<sup>169</sup>. Ma sembra ancor più inammissibile negare tale tutela per le comunicazioni scambiate con i giuristi d'impresa solo perché, in un momento successivo ed eventuale come quello del giudizio di opposizione alla decisione della Commissione, questi non hanno la possibilità di patrocinare innanzi alle competenti giurisdizioni<sup>170</sup>. Quello che

---

<sup>168</sup> Conformi a questa ricostruzione le conclusioni dell'Avvocato generale Slynn nella causa *AM & S*, cit., p. 1655. In argomento vedi T. CHRISTOFOROU, *op. cit.*, p. 13.

<sup>169</sup> Ben potendo essere due soggetti diversi in ragione delle più diverse motivazioni, quali ad esempio la cessazione del rapporto di fiducia oppure la rinuncia all'incarico.

<sup>170</sup> Tanto più perché, a mente dell'art. 18, par. 4 regolamento n. 1/03 e *a contrario* dell'art. 4, par. 3 regolamento n. 773/04, il giurista d'impresa può rappresentare il suo cliente in caso di richiesta di spiegazioni e di domande orali in corso di ispezione, e inoltre se presente durante l'ispezione può fornire assistenza legale ai rappresentanti dell'impresa sull'esecuzione dell'accertamento e

sembra rilevante al fine della concessione o meno della tutela è invece la circostanza, ugualmente rinvenibile in capo agli avvocati esterni e a quelli interni vincolati al rispetto delle regole deontologiche, per cui le comunicazioni o i documenti rilevanti devono, per un verso, essere connessi all'oggetto del procedimento *antitrust* e, per un altro, essere scambiati esclusivamente con un soggetto che, per le sue competenze specifiche e la sua sottoposizione alle predette regole, assicuri un reale diritto di difesa dell'impresa sua cliente.

Per certi aspetti, sembra che la Corte nella sentenza *AM & S* non abbia accolto la ricostruzione appena proposta al fine di evitare disparità di trattamento tra gli Stati membri che consentono e quelli che invece non consentono al giurista d'impresa di essere vincolato alle regole deontologiche. Tuttavia, è agevole rilevare come in questo caso la disparità di trattamento non derivi dal riconoscimento comunitario del *legal privilege* bensì dalle differenze tra le diverse legislazioni nazionali. Anzi, l'estensione del suo ambito di applicazione personale anche ai giuristi d'impresa vincolati alle norme deontologiche avrebbe avuto nel tempo un opportuno effetto di armonizzazione, simile a quello che ha avuto la medesima pronuncia quanto agli altri presupposti di diritto e di fatto per il riconoscimento della tutela in esame<sup>171</sup>.

Se la giustificazione per il riconoscimento della riservatezza delle comunicazioni tra impresa e consulente legale è da rinvenirsi, come si è detto, nella sua strumentalità all'effettivo esercizio dei diritti della difesa, è appena il caso di sottolineare la non pertinenza di due rilievi che presentano elementi in comune: secondo il primo, il giurista d'impresa, anche se vincolato alla deontologia, non potrebbe comunque essere considerato strutturalmente, gerarchicamente e funzionalmente differente dall'impresa<sup>172</sup>; ai sensi del secondo, invece, il lavoro dell'*in-house lawyer* non si risolve quasi mai nella preparazione della difesa in procedimenti *antitrust*<sup>173</sup>. Tuttavia, se è vero che il giurista d'impresa non può essere strutturalmente differenziato dagli altri membri dell'impresa alle cui dipendenze svolge la propria attività, il suo ruolo – se vincolato alle pertinenti regole deontologiche – sembra funzionalmente assai diverso in quanto egli è in grado di fornire il proprio qualificato parere sulla condotta potenzialmente anti-concorrenziale dell'impresa in base ad una competenza specifica e in piena indipendenza esattamente come l'avvocato esterno<sup>174</sup>. Peraltro, tali pareri ver-

---

sulle domande potenzialmente incriminanti. Inoltre, lo stesso legale interno *ex art.* 14, par. 4 regolamento n. 773/04 può rappresentare l'impresa nel corso delle audizioni se debitamente delegato.

<sup>171</sup> Anche la sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 171, riconosce come “diversi Stati membri [abbiano] allineato i loro regimi sul sistema comunitario, quale risulta dalla sentenza *AM & S*”. Cfr. inoltre E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, p. 1043 ss.

<sup>172</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 168.

<sup>173</sup> Così E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 1011-1012, al fine di negare l'estensione del *legal privilege* al legale interno.

<sup>174</sup> *Contra* G. CONTALDI, *op. cit.*, pp. 1016-1017. Tuttavia la conclusione raggiunta nel testo sembra avvalorata dalla circostanza per cui, nella prassi delle imprese che possiedono al loro interno un servizio legale (come dimostra anche la vicenda *Akzo Nobel*), è proprio il giurista d'impresa a costituire il referente aziendale per l'avvocato esterno. Ora, questo ruolo di referenza il più delle

rebbero forniti sulla base degli stessi elementi di diritto e di fatto sui quali si fonda l'avvocato esterno e la cui divulgazione, come ha stabilito la giurisprudenza comunitaria, è in grado di pregiudicare il diritto alla difesa dell'impresa. A rigor di logica, se ne ricava che la negazione del *legal privilege* alla corrispondenza scambiata con il giurista d'impresa, oppure ai documenti diretti a quest'ultimo purché conferenti all'oggetto di un procedimento, pregiudica l'effettivo esercizio dei diritti di difesa dell'impresa nella stessa misura in cui lo pregiudicherebbe l'acquisizione al fascicolo della corrispondenza intercorsa con, o dei documenti preparati per, l'avvocato esterno.

La questione del corretto ambito di applicazione personale della tutela deve basarsi dunque sull'idoneità del professionista ad esercitare in maniera effettiva i diritti della difesa del suo cliente. Siccome tale idoneità non può che discendere dalla sua sottoposizione alle regole disciplinari che dovrebbero assicurarne la preparazione e la competenza, appare scorretta la tesi dei giudici comunitari nella misura in cui nega il *legal privilege* al giurista interno non sulla base di un elemento "oggettivo" come l'idoneità o meno delle comunicazioni e dei documenti preparatori ad essere tutelati in quanto necessari all'effettivo esercizio dei diritti di difesa, ma su due requisiti di tipo "soggettivo" quali la sussistenza di un rapporto d'impiego tra il professionista e l'impresa<sup>175</sup> e l'impossibilità di patrocinare innanzi alle istanze giurisdizionali.

Al fine di rafforzare ulteriormente la tesi qui sostenuta, occorre accennare al problema relativo all'effettivo grado di indipendenza dell'avvocato esterno. Un simile rilievo prende le mosse dalle argomentazioni secondo cui il giurista d'impresa, anche se vincolato al rispetto delle norme professionali, sembra avere minori incentivi a svolgere la sua attività in maniera indipendente dal suo (unico) cliente rispetto al professionista esterno<sup>176</sup>. In particolare, mentre quest'ultimo a seguito di sanzione disciplinare per violazione dei propri obblighi deontologici potrebbe arrivare a perdere il titolo per svolgere la propria attività professionale, analoga circostanza non si verificherebbe per il legale interno: non esiste infatti alcuna regola che vieta a un'impresa di continuare il rapporto di lavoro o di assumere *ex novo* un legale che abbia subito sanzioni disciplinari. D'altro canto, il sistema della progressione lavorativa aziendale spingerebbe il più delle volte il giurista interno ad opporsi in maniera molto più blanda di quello esterno alle strategie anticoncorrenziali dei vertici dell'impresa provocando in ultima analisi un minor livello di conformità alle norme del Trattato<sup>177</sup>.

---

volte non sembra risolversi in una mera attività di transito materiale ma implica la sintesi di tutte quelle complesse informazioni sulle quali si basa il parere dell'avvocato esterno.

<sup>175</sup> Anche le ricorrenti della causa *Akzo Nobel* avevano evidenziato l'incongruenza (punto 144).

<sup>176</sup> È di quest'avviso E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 1014-1016.

<sup>177</sup> In base a questa premessa, le obiezioni sinora rivolte nei confronti dell'esclusione del *legal privilege* per i giuristi d'impresa si sono sempre fondate sul rilievo secondo cui il giurista d'impresa non sarebbe meno indipendente dell'avvocato esterno, il quale ultimo – come si è detto – è considerato indipendente "per definizione" dai giudici comunitari.

Questa conclusione non può tuttavia essere accettata, in quanto ci si potrebbe ugualmente chiedere se l'avvocato esterno sia effettivamente più indipendente del primo. Il compito del giurista interno così come dell'avvocato esterno, per quel che ci interessa, è quello di consigliare il suo cliente sulle opzioni disponibili e sulla miglior condotta da tenere dal punto di vista della conformità alle norme *antitrust*, non potendo tali soggetti incorrere in violazione delle regole deontologiche nel caso in cui i loro clienti non tengano in debito conto i loro consigli. Da questo punto di vista, dunque, il professionista esterno non sembra più indipendente di quello interno. Qualora invece venga chiesto al professionista, sia esso interno o esterno, di agevolare comportamenti anticoncorrenziali, non sembra che il secondo sia sempre in una posizione più indipendente del primo. Da un lato, infatti, la prassi degli Stati Uniti – Paese in cui il *legal privilege* viene esteso ai giuristi d'impresa – mostra un considerevole numero di contenziosi relativi al licenziamento di legali interni indisponibili a violare le pertinenti disposizioni normative a vantaggio delle imprese<sup>178</sup>. Dall'altro, ci sembra illusorio e anche ingenuo ritenere che l'avvocato esterno sia sempre in quella posizione di terzietà considerata dai giudici comunitari necessaria per la protezione delle comunicazioni e dei documenti rilevanti.

La prassi della Commissione mostra peraltro come, in molti casi, sia stato lo stesso legale interno ad adoperarsi per rendere la condotta dell'impresa conforme alle regole comunitarie<sup>179</sup>. Inoltre c'è da riconoscere come gli studi legali spesso lavorino solo con poche imprese, delle quali curano ogni aspetto compresa la gestione della condotta concorrenziale, e di conseguenza dipendano in misura assai accentuata dai propri clienti sotto il profilo economico sia presente che futuro. Se dunque è vero che il professionista esterno può in linea di principio rifiutare l'incarico, ciò risulta essere molto meno frequente nella prassi<sup>180</sup>. Per cui non è assolutamente detto che la scelta tra agevolare la condotta potenzialmente anticoncorrenziale del cliente col rischio di incorrere in sanzioni deon-

<sup>178</sup> Vedi A. M. HILL, *op. cit.*, pp. 188-189. In generale sull'estensione dell'*attorney-client privilege* per i giuristi d'impresa statunitensi si veda C. M. SADLER, *The Application of the Attorney-Client Privilege to Communications Between Lawyers within the Same Firm: Evaluating United States v. Rowe*, in *Arizona State Law Journal*, 1998, p. 859 ss.; G. M. GIESEL, *op. cit.*, *passim*; A. STEVENS, *op. cit.*, *passim*; più di recente, K. MCKAY, M. CHAVEZ, *Does Membership Has Its Privileges? Attorney-Client Privilege Issues Unique to In-House Counsel*, in *Houston Lawyers*, 2007, p. 22 ss.

<sup>179</sup> Cfr. ad esempio la decisione *John Deere*, cit., in cui la Commissione ha riscontrato l'infrazione in base ai pareri del giurista d'impresa il quale aveva esternato alcuni residui dubbi sulla sufficienza di una "clausola di conformità alla legge" da lui stesso inserita in un contratto considerato non conforme al diritto *antitrust*.

<sup>180</sup> Considerata la dimensione "comunitaria" delle imprese sottoposte agli articoli 81 e 82 TCE e soprattutto il fatto che le violazioni più gravi spesso sono compiute dalle imprese più importanti del settore, il rapporto di forza tra l'impresa (di grandi dimensioni) e lo studio legale (non sempre altrettanto grande) nella prassi si traduce in un livello non così alto di "indipendenza" di quest'ultimo.

tologiche e, al contrario, rifiutare l'incarico perdendo una fonte importante di reddito si risolve sempre e comunque a favore della seconda ipotesi<sup>181</sup>.

Ancora, è parimenti illusorio e ingenuo pensare che le sanzioni disciplinari siano un reale deterrente in ogni e qualsivoglia ipotesi di condotta dell'avvocato esterno che risulti non conforme ai precetti normativi. Dal punto di vista del diritto della concorrenza, poi, questo rilievo sembra ancor più pertinente in quanto nei procedimenti disciplinari non è sempre così facile raggiungere la prova della violazione delle regole deontologiche da parte del professionista esterno che ha incoraggiato la condotta anticoncorrenziale dell'impresa sua cliente. Infatti, essendo la corrispondenza tra questi due soggetti coperta dal *legal privilege* qualora attinente all'esercizio dei diritti di difesa nel procedimento *antitrust* (e pertanto esclusa dall'ambito di cognizione della Commissione), la prova dell'avvenuta violazione delle regole deontologiche potrebbe provenire da terzi nel caso in cui essi siano entrati in possesso dei rilevanti documenti, oppure da parte dell'impresa, o ancora risultare dalla pronuncia del giudice comunitario che abbia valutato la pertinenza degli stessi in sede di opposizione alla decisione di esibizione della Commissione. A parte la prima ipotesi, sembra difficile ipotizzare che l'impresa sottoponga la condotta del professionista ai competenti organi disciplinari<sup>182</sup>, mentre l'operare del limite del *legal privilege* fa sì che la valutazione del giudice comunitario possa aversi solo nel caso in cui la Commissione decida di sottoporre il contenuto delle comunicazioni scambiate con l'avvocato esterno al controllo giurisdizionale<sup>183</sup>. Tutto ciò porta a concludere come le sanzioni disciplinari abbiano il medesimo effetto deterrente sia nei confronti dell'avvocato esterno che del giurista d'impresa qualora ad esse sottoposto, e che dunque operino più o meno efficacemente nel senso della migliore applicazione del diritto in egual misura per entrambi.

L'estensione dell'ambito di applicazione personale del *legal privilege* anche ai giuristi d'impresa sottoposti alle norme deontologiche non sarebbe peraltro capace di ledere in maniera sostanziale l'applicazione delle norme sulla concorrenza. In presenza delle infrazioni più gravi, infatti, il giudizio sulla rilevanza della corrispondenza – e dunque l'indiretto giudizio sul corretto comportamento del legale interno – potrebbe essere sempre compiuto in un momento successivo da parte delle istanze giurisdizionali. In altri termini, se il sistema del controllo da parte del Tribunale sulla pertinenza o meno dei documenti controversi è stato considerato idoneo a bilanciare l'interesse della Commissione a provare l'infra-

---

<sup>181</sup> Conforme A. M. HILL, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>182</sup> Se l'avvocato esterno consiglia di violare la concorrenza e l'impresa non mette in pratica tale consiglio, all'evidenza non si ricade in alcuna ipotesi di condotta rilevante dal punto di vista della concorrenza e l'impresa non avrà interesse ad agire nei confronti del professionista. La medesima mancanza di interesse si verifica nel differente caso in cui l'avvocato esterno agevoli la condotta anticoncorrenziale dell'impresa. Se infine tale professionista fornisce un parere conforme ai precetti *antitrust* e l'impresa non ne tiene conto, il primo non incorre in alcuna responsabilità deontologica.

<sup>183</sup> Perché ha concreti motivi di ritenere che tali comunicazioni, benché formalmente rientranti nella tutela, in realtà non attengano all'oggetto del procedimento.

zione con quello delle imprese all'esercizio dei diritti di difesa, non si vede come lo stesso meccanismo non possa essere considerato altrettanto idoneo nei confronti delle comunicazioni scambiate tra il giurista interno e gli altri membri dell'impresa sottoposta a procedimento. Pertanto non si capisce perché il medesimo rischio di comportamenti scorretti e di tattiche dilatorie messi in pratica dall'avvocato esterno non possa essere valutato in quella sede anche con riferimento all'*in-house lawyer*.

A sèguito dell'estensione *ratione materiae* anche ai documenti preparatorî ad opera della sentenza *Akzo Nobel*, tuttavia, non si può d'altro canto non rilevare come la questione della negazione del *legal privilege* nei confronti dei legali interni abbia perso gran parte della sua ragion d'essere, essendo state le loro comunicazioni ricomprese nell'ambito materiale della medesima tutela nel caso in cui abbiano il compito di predisporre i documenti preparatorî destinati ad essere trasmessi all'avvocato esterno<sup>184</sup>.

L'esclusione dei giuristi d'impresa dall'ambito del *legal privilege* appare, se non incompatibile, quantomeno problematica alla luce disposizioni della CEDU, il cui art. 6, par. 3, lett. c), come già detto, prevede il diritto dell'accusato di difendersi personalmente oppure di avere l'assistenza di un difensore di fiducia e, in mancanza di mezzi, di poter essere assistito da un avvocato d'ufficio. Tuttavia la norma non chiarisce chi possa essere considerato "difensore" o "avvocato", lasciando tale definizione alle normative nazionali relative all'accesso e all'esercizio della professione legale che a loro volta attribuiscono agli ordini professionali determinati poteri deliberativi, consultivi, di vigilanza e disciplinari sugli iscritti, nonché sovente una funzione consultiva nei confronti delle proposte di legge riguardanti la medesima professione.

Nonostante tale margine di autonomia degli Stati, dalla giurisprudenza della Corte europea è tuttavia possibile ricavare alcune indicazioni in negativo. Le due nozioni, infatti, non sembrano applicarsi ai professionisti che non svolgono la loro attività in piena autonomia e indipendenza e non sono sottoposti alle pertinenti norme di deontologia. Già da tempo il giudice di Strasburgo ha chiarito l'importanza del carattere dell'indipendenza della professione legale<sup>185</sup>: esso infatti impone che lo Stato, il quale sopporta in ordine alle sue concrete modalità

<sup>184</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 173. Ci si potrebbe chiedere se la tutela del *legal privilege* sia a questo punto capace di estendersi ai "documenti preparatorî dei documenti preparatorî", ovvero a tutto quel materiale necessario per predisporre i documenti di lavoro o di sintesi destinati ad essere trasmessi all'avvocato esterno. In caso affermativo, ciò comporterebbe *de facto* una piena estensione della tutela anche ai giuristi d'impresa purché le loro determinazioni compiano un ulteriore transito dalle mani dell'avvocato "indipendente", passaggio che dunque risulterebbe solo formale e non sostanziale come la giurisprudenza richiede.

<sup>185</sup> Ciò implica ad esempio che la validità della linea difensiva scelta dall'avvocato (di fiducia o d'ufficio) debba rimanere questione strettamente attinente al rapporto con il cliente (di recente si veda la sentenza del 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, par. 95). Inoltre il diritto all'assistenza legale e la riservatezza delle comunicazioni non possono essere negati sulla scorta di non meglio precisati rischi di collusione tra questi due soggetti, qualora il professionista sia vincolato a norme di etica professionale e non si abbia concreto motivo di ritenere che

di esercizio un obbligo di astensione, non possa ritenersi responsabile ai sensi della CEDU per ogni mancanza professionale del difensore e che debba intervenire solo nel caso in cui sia lo stesso ministero della difesa a dimostrarsi carente in maniera manifesta o sufficientemente segnalata alla sua attenzione<sup>186</sup>, a tal fine prendendo le opportune misure<sup>187</sup>.

L'enfasi posta dalla Corte europea sul carattere di indipendenza della professione legale trova riscontro nella raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa R(2000)21 sulla libertà di esercizio della professione legale<sup>188</sup>. Il preambolo di questo atto giuridicamente non vincolante definisce "avvocato" il soggetto qualificato e autorizzato in base alle pertinenti disposizioni nazionali a difendere e agire in favore dei propri clienti, a svolgere la pratica giuridica nonché a patrocinare in giudizio o a fornire consulenza e rappresentanza in materie giuridiche. Tra gli altri merita ricordare il "principio I" nella parte in cui per un verso ribadisce la necessità di rispettare, proteggere e promuovere la libertà di esercizio della professione legale senza discriminazioni e illegittime interferenze da parte delle autorità pubbliche, e per l'altro riconosce la necessità di preservare la confidenzialità delle relazioni tra cliente e avvocato. Le garanzie per la libertà di esercizio previste in questa raccomandazione presuppongono tuttavia che il comportamento dell'avvocato sia conforme agli *standards* professionali e alle norme deontologiche nell'ottica del migliore esercizio dei diritti di difesa del suo cliente, e che il controllo sul rispetto di tali *standards* e norme spetti alle competenti associazioni professionali cui lo Stato deve lasciare completa autonomia in merito (o comunque permettere di partecipare) al procedimento per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari<sup>189</sup>.

---

non stia agendo conformemente alla legge (sentenza S. c. *Svizzera*, cit., par. 49, e Commissione CEDU, rapporto del 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, in *Série A*, n. 96, pp. 16-17).

<sup>186</sup> Per tutti, sentenza del 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, par. 49.

<sup>187</sup> Sentenza del 26 aprile 2007, *Kemal Kahraman e Ali Kahraman c. Turchia*, par. 36. Tali misure possono consistere non solo nell'assicurare all'imputato la presenza effettiva di un difensore d'ufficio (sentenza del 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, paragrafi 33 e 36) e che quest'ultimo svolga il proprio compito con cognizione di causa (sentenza del 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*, par. 27), ma anche nell'indagine sulle motivazioni dell'eventuale inerzia totale dello stesso ai fini della sua immediata sostituzione (sentenza del 21 aprile 1998, *Daud c. Portogallo*, par. 42). Un simile obbligo positivo sorge anche nel caso in cui la particolare complessità della causa giustifichi la nomina di un ulteriore difensore, oltre a quelli già previsti, in ragione delle migliori garanzie di professionalità e competenza che quest'ultimo può offrire nel caso specifico (sentenza del 25 settembre 1992, *Croissant c. Germania*, paragrafi 30-31).

<sup>188</sup> Cfr. raccomandazione R(2000)21 del Comitato dei ministri (on the freedom of exercise of the profession of lawyers), adottata il 25 ottobre 2000, reperibile *on line* all'indirizzo [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>189</sup> Si veda il "principio VI" della raccomandazione R(2000)21, cit. Si veda anche la sentenza del 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*, par. 54, in cui la Corte europea non ha avuto nulla da opinare sul fatto che, a sèguito delle doglianze inoltrate dal ricorrente alle competenti autorità nei confronti della condotta scarsamente professionale dell'avvocato d'ufficio, quest'ultimo fosse stato sottoposto a procedimento disciplinare.

Dalle sentenze esaminate e dalla raccomandazione R(2000)21 si può dunque ricavare come nelle nozioni di “avvocato” o “difensore” ricadano tutti i professionisti che svolgono un’attività strumentale all’effettivo esercizio dei diritti di difesa, in autonomia e indipendenza rispetto alle autorità nazionali ma nel pieno rispetto delle norme deontologiche stabilite dai rispettivi ordini professionali, e che a tali professionisti debba essere garantita la tutela della riservatezza delle comunicazioni scambiate con i propri clienti. *A contrario* si può quantomeno dubitare – nonostante il margine di autonomia delle singole legislazioni nazionali – che i giuristi d’impresa vincolati alle regole deontologiche e soggetti alle relative sanzioni nei rispettivi ordinamenti debbano essere esclusi dalla tutela della riservatezza delle comunicazioni scambiate con i propri clienti, anche qualora sia loro preclusa la possibilità di patrocinare innanzi alle istanze giurisdizionali<sup>190</sup>.

6. La tutela del *legal privilege* si estende a tutto il territorio comunitario in misura esattamente coincidente con l’ambito di applicazione territoriale delle norme a presidio della concorrenza. Poiché tuttavia essa copre solo le comunicazioni tra impresa indagata e avvocato esterno nella disponibilità di questi due soggetti, si ritiene, in base a quanto detto in precedenza, che i documenti in possesso di terzi ovunque localizzati perdano il carattere della confidenzialità e non rientrino nell’ambito materiale del *legal privilege*.

Se questo è vero, ne consegue che l’ambito spaziale della tutela abbraccia innanzitutto e principalmente le comunicazioni rinvenute in tutti i locali dell’impresa che abbia sede nel territorio geografico della Comunità, estendendosi anche alle filiali e alle succursali comunitarie dell’impresa avente nazionalità di un Paese terzo. Un’interpretazione letterale della sentenza *AM & S* imporrebbe, d’altro canto, di escludere dalla tutela le comunicazioni scambiate con imprese di nazionalità non comunitaria<sup>191</sup>. Tuttavia per ragioni di coerenza si ritengono ricomprese in tale ambito le imprese extracomunitarie che svolgono attività sul territorio comunitario<sup>192</sup>. A tal proposito, nel caso di impresa non-comunitaria che svolge tali attività senza tuttavia passare attraverso la costituzione di sedi secondarie nel territorio comunitario, non sembra si ponga un problema di riservatezza delle comunicazioni nella stretta misura in cui la Commissione non ha modo di esercitare i suoi poteri di accertamento al di fuori della Comunità se non affidandosi al consenso sia delle imprese sia degli Stati terzi di cui queste abbiano nazionalità, oppure a seguito di specifici accordi bilaterali o multilaterali di collaborazione in materia *antitrust*. Infine, in base alla dottrina dell’unità

<sup>190</sup> Sia dal testo inglese che da quello francese della raccomandazione R(2000)21 emerge come la possibilità per l’avvocato di patrocinare in giudizio sia considerata alternativa e non cumulativa rispetto a quella di svolgere attività stragiudiziali. Per altro verso, la giurisprudenza della Corte europea non pare distinguere tra attività strettamente attinenti alla difesa tecnica in una vicenda processuale e altre attività di consulenza giuridica: cfr. la sentenza *Kopp*, cit., paragrafi 73-74.

<sup>191</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punto 25.

<sup>192</sup> Conforme T. CHRISTOFOROU, *op. cit.*, p. 27.

economica, devono considerarsi ugualmente riservate le comunicazioni tra impresa comunitaria o extracomunitaria e avvocato esterno rinvenute dalla Commissione a sèguito di accertamento ispettivo presso i locali di un'altra impresa comunitaria purché appartenente al medesimo gruppo di quella situata al di fuori della Comunità e interessata dalle comunicazioni in oggetto.

Con riferimento invece all'avvocato, il problema della tutela della corrispondenza e dei documenti custoditi presso i locali nella disponibilità di quest'ultimo si pone con inedita rilevanza in ragione della previsione di cui all'art. 21 regolamento 1/03, che fornisce per la prima volta alla Commissione una base giuridica idonea ad autorizzare ed eseguire ispezioni presso locali diversi da quelli dell'impresa. Nonostante questa norma sia stata prevista al fine di evitare che i documenti necessari per provare l'infrazione vengano occultati presso il domicilio dei membri dell'impresa indagata, essa è capace di comprendere anche le ispezioni compiute presso lo studio professionale dell'avvocato esterno, conferendo così concretezza alla questione, prima solo teorica, dell'esatta definizione dell'ambito spaziale della tutela in esame con riferimento al professionista.

Ciò non toglie tuttavia che, una volta autorizzata l'ispezione presso lo studio professionale in conformità agli stringenti requisiti di cui all'art. 21 regolamento 1/03, le considerazioni appena svolte per l'impresa siano applicabili *mutatis mutandis* anche all'avvocato esterno. Devono pertanto ritenersi tutelate le comunicazioni nella disponibilità di tutti gli avvocati non legati da un rapporto di impiego con l'impresa indagata e abilitati all'esercizio della professione in uno degli Stati membri a prescindere dalla nazionalità e dalla residenza di questi ultimi nel territorio della Comunità. Inoltre, la medesima tutela va concessa anche per i documenti, rinvenuti nella sede dell'impresa indagata, scambiati tra quest'ultima e l'avvocato esterno non residente nel territorio comunitario nel caso in cui sia abilitato all'esercizio in uno Stato membro anche a sèguito di specifici accordi stipulati dalla Comunità con Stati terzi.

Venendo all'esame del procedimento da seguire nel caso in cui l'impresa indagata<sup>193</sup> si opponga all'esibizione di un determinato documento reclamando la tutela del *legal privilege*, la Corte nella sentenza *AM & S* si era trovata di fronte al "dilemma" della prova da considerare necessaria e sufficiente per fornire la dimostrazione del carattere confidenziale o meno del documento medesimo senza che venisse meno l'effettività della tutela apprestata per il soggetto sottoposto a indagine. A tal proposito è opportuno ricordare che il privilegio copre soltanto le comunicazioni scritte finalizzate all'esercizio dei diritti di difesa e che pertanto, a differenza di altre ipotesi di astensione dalla testimonianza orale in base al segreto professionale o per altre ragioni (ipotesi che concernono più propriamente il diritto alla *privacy*) il problema della prova del loro contenuto riservato si pone esclusivamente in relazione all'interesse dell'im-

---

<sup>193</sup> Nelle ipotesi regolate dagli articoli 18, par. 3 e 20, par. 2, lett. b) regolamento n. 1/03, rispettivamente previste per la richiesta di informazioni (nella specie, documenti) e per l'esibizione di documenti in corso di ispezione aziendale.

presa indagata a non consentirne la divulgazione in un procedimento che potrebbe sfociare in una decisione di infrazione a suo carico. Il carattere pregiudizievole di simile divulgazione, si noti, risulta indipendente dalla concreta utilizzazione dei documenti come prova dell'infrazione, in quanto è comunque capace di influenzare il giudizio dell'autorità procedente e dunque il corso dell'indagine. In ragione di tali considerazioni, l'individuazione da parte dei giudici comunitari della corretta procedura per assicurare tale risultato non poteva che passare dal bilanciamento tra l'interesse dell'impresa alla non divulgazione dei documenti e quello opposto della Commissione a non vedersi sottratte le prove necessarie per fondare la decisione di infrazione. Se il controllo dell'eventuale carattere riservato dei documenti fosse potuto avvenire in modo da non influenzare il giudizio della Commissione – al di là, si ripete, della loro concreta utilizzazione – non vi sarebbe stata alcuna lesione dei diritti della difesa<sup>194</sup>. Ed è la direzione in cui si è mossa la giurisprudenza comunitaria.

Il procedimento stabilito nella sentenza *AM & S*<sup>195</sup> e precisato nella pronuncia *Akzo Nobel*<sup>196</sup> per consentire lo svolgimento dei compiti di indagine *antitrust* senza pregiudicare il diritto di difesa delle imprese, prevede innanzitutto che spetti alla Commissione decidere se un documento debba esserle mostrato in quanto attinente all'oggetto e allo scopo dell'indagine, mentre è compito dell'impresa fornire a quest'ultima gli elementi utili per provare le proprie affermazioni relative al suo carattere riservato. Come già si è detto<sup>197</sup>, ciò si traduce nella gran parte dei casi nel provare che il documento in questione proviene da un avvocato esterno o è a questi indirizzato, essendo di regola sufficiente mostrare le sue caratteristiche esteriori<sup>198</sup> (quali la maniera in cui esso si presenta, la sua intestazione, il titolo del foglio o della *e-mail*). Se la Commissione ritiene che questi elementi non sono sufficienti, l'impresa può dimostrare che il documento in questione è effettivamente connesso all'oggetto del procedimento d'indagine mediante presunzioni di tipo temporale<sup>199</sup>, spaziale<sup>200</sup> oppure materiale<sup>201</sup>. Qualora neanche tali presunzioni si rivelino sufficienti, l'impresa si trova di fronte ad un paradosso: non potrebbe fornire la prova definitiva e incontrovertibile del carattere riservato di un documento senza svelarne al tempo

<sup>194</sup> Conforme E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 1021-1022.

<sup>195</sup> Sentenza *AM & S*, cit., punti 29-32.

<sup>196</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punti 79-90.

<sup>197</sup> Nel nostro *Indagini preliminari*, cit., pp. 107-108.

<sup>198</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 81.

<sup>199</sup> Ad esempio evidenziando la data della comunicazione o del documento di sintesi, data coincidente col verificarsi di determinati eventi: conforme G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1015.

<sup>200</sup> Attraverso la menzione del luogo nel quale il documento è stato ritrovato, la maniera in cui è stato classificato, o ancora mostrando altri documenti collocati nel medesimo luogo e con i quali esso risulta funzionalmente connesso (sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 80).

<sup>201</sup> Come il fatto, precedentemente accertato, che il legale in questione abbia seguito l'evolversi della vicenda sottoposta ad accertamento, oppure lo scopo e il contesto in cui il documento è stato redatto (*ibidem*).

stesso il contenuto, la qual cosa tuttavia priverebbe di effettività la protezione cui è preordinato il limite del *legal privilege*.

Come si capisce, il punto focale nella causa *AM & S* era pertanto quello dell'individuazione di un organo terzo rispetto all'impresa e alla Commissione cui demandare il materiale controllo dei documenti controversi, in modo da stabilire con certezza il carattere lesivo o meno dei diritti della difesa in ragione del loro inserimento nel fascicolo d'indagine. Lungi dall'accogliere le proposte in merito alla possibilità di attribuire tale controllo ad arbitri o esperti scelti di comune accordo tra l'impresa e la Commissione<sup>202</sup>, oppure a un membro del Servizio giuridico di quest'ultima o ancora alle autorità nazionali<sup>203</sup>, la Corte di giustizia ha stabilito come la questione dovesse essere risolta a livello comunitario.

In caso di rifiuto dell'impresa di mostrare i documenti controversi, dunque, la giurisprudenza *AM & S* aveva stabilito che la Commissione potesse ordinare con decisione formale l'esibizione degli stessi<sup>204</sup>, decisione avverso la quale l'impresa avrebbe potuto presentare ricorso ai giudici di Lussemburgo cui sarebbe spettato l'esame concreto degli stessi e il giudizio finale sulla loro rilevanza ai fini del diritto di difesa. Poiché peraltro tale ricorso non avrebbe avuto effetto sospensivo, l'impresa avrebbe potuto anche richiedere una misura cautelare che imponesse alla Commissione di non procedere all'esame dei documenti fino alla sentenza di merito.

La Commissione ha sempre ritenuto che la pronuncia *AM & S* la obbligasse non tanto ad astenersi dall'esame di tutti i documenti in merito ai quali le imprese reclamavano la tutela del *legal privilege*, quanto piuttosto ad adottare una decisione motivata di rigetto delle loro istanze di riservatezza in modo da permettere alle imprese di ricorrere al giudice comunitario. In caso di contestazione, infatti, gli ispettori avevano adottato la prassi di procedere all'esame sommario dei documenti controversi al fine di evitare tattiche meramente dilatorie da parte delle imprese. A sèguito di tale esame, qualora non vi fossero stati dubbî sul carattere riservato dei documenti *de quibus*, questi venivano restituiti all'impresa. Se al contrario si riscontrava la mancanza di tale carattere, i documenti venivano copiati e allegati al fascicolo dell'accertamento. Infine, se dopo l'esame sommario permaneva un margine anche minimo di incertezza, si procedeva al loro inserimento in copia in una "busta sigillata" che veniva portata via dagli ispettori. Solo in quest'ultimo caso la Commissione procedeva all'adozione della decisione di rigetto del *legal privilege* per il contenuto della busta sigillata, decisione impugnabile dalle imprese davanti (attualmente) al Tribunale di primo grado secondo la regola *AM & S*.

---

<sup>202</sup> Come proposto dalla società ricorrente (sentenza *AM & S*, cit., punto 4), dal governo inglese (*ibidem*, punto 7) e dal CCBE (*ibidem*, punto 8).

<sup>203</sup> Le ultime due proposte erano state formulate nelle conclusioni dell'Avvocato generale Warner.

<sup>204</sup> Eventualmente comminando anche un'ammenda o una penalità di mora come sanzione per il rifiuto (*ibidem*, punto 31).

Nella sentenza *Akzo Nobel*, tuttavia, il Tribunale ha censurato tale prassi nella parte in cui la Commissione, sulla base di un proprio giudizio e a sèguito di un esame sommario, non inserisce nella busta sigillata anche i documenti dei quali ritiene carente il carattere della riservatezza, senza quindi adottare successivamente una decisione di rigetto in modo da permettere alle imprese di ricorrere all'organo giurisdizionale bensì allegandoli *sic et simpliciter* al fascicolo d'indagine. Ad avviso del giudice di prime cure, infatti, il procedimento per stabilire se un documento gode o meno della tutela del *legal privilege* dev'essere sèguito in tutti i casi in cui sorge una controversia tra gli ispettori e l'impresa indagata, e non soltanto quando i primi hanno dei dubbî sul suo carattere riservato a sèguito di un esame sommario.

In altri termini, il Tribunale ha considerato illegittima proprio la prassi di tale consultazione sommaria, considerata di per sé una violazione del principio (*rectius*, limite) del *legal privilege*<sup>205</sup>. Si noti come il Tribunale abbia basato il proprio giudizio di riprovazione sulla base della constatazione – sottolineata in precedenza – per cui, anche se il documento risultato coperto da riservatezza a sèguito dell'esame sommario non viene successivamente utilizzato come mezzo di prova nella futura quanto eventuale decisione di infrazione, l'informazione in esso contenuta potrebbe comunque essere utilizzata direttamente o indirettamente per ottenere nuove informazioni o nuovi mezzi di prova, causando di conseguenza un danno alle imprese indagate<sup>206</sup>. Né è stata considerata sufficiente l'obiezione della Commissione in ordine alla necessità di prevenire l'abuso del diritto a fini meramente dilatori: il giudice comunitario ha infatti ribadito come essa abbia a disposizione gli strumenti opportuni per scoraggiare e sanzionare simili abusi<sup>207</sup>.

In ragione di tale censura, pertanto, qualora sorga contrasto su determinati documenti, la Commissione d'ora in poi non potrà più procedere all'esame sommario ma, prima di prendere conoscenza degli stessi, dovrà sempre utilizzare il sistema della busta sigillata, adottando di conseguenza una decisione di rigetto della domanda di tutela avanzata dalle imprese e attendendo la scadenza del termine per la proposizione del ricorso avverso quest'ultima<sup>208</sup>.

Il procedimento appena descritto, stabilito in occasione di ispezioni aziendali, pare suscettibile di applicarsi *mutatis mutandis* anche alle controversie sul carattere riservato o meno dei documenti conservati presso locali diversi da quelli aziendali, in caso di misure di ispezione domiciliare *ex art. 21* regolamento 1/03. Con riferimento alle ispezioni presso lo studio professionale dell'avvocato esterno la Commissione, ai sensi della norma appena citata, deve comunque avere precisi motivi per sospettare non tanto che tali documenti siano

<sup>205</sup> Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 86.

<sup>206</sup> *Ibidem*, punto 87. Se ne deduce che il limite del *legal privilege* non è solamente una regola procedurale sull'utilizzabilità della prova ma assume un carattere più propriamente sostanziale, connesso al rispetto dei diritti di difesa dell'impresa.

<sup>207</sup> *Ibidem*, punto 89.

<sup>208</sup> *Ibidem*, punto 88.

conservati presso quei locali (cosa abbastanza logica, trattandosi di corrispondenza scambiata con il cliente) quanto che essi abbiano stretta attinenza all'oggetto e allo scopo dell'indagine. Ciò pare implicare che la Commissione debba fornire all'autorità giurisdizionale nazionale (cui spetta l'autorizzazione all'esecuzione della misura ispettiva) precisa dimostrazione non solo della non arbitrarietà e della proporzionalità della misura richiesta ma anche della rilevanza della corrispondenza oggetto dell'ispezione. In particolare essa dovrà provare come tale corrispondenza non attenga all'esercizio dei diritti di difesa ma sia stata scambiata per altri fini, come quello di violare la normativa *antitrust* e dunque in presenza di un comportamento collusivo da parte del professionista. Poiché tuttavia una tale prova appare non agevole da fornire, si ritiene che difficilmente la Commissione possa utilizzare la previsione di cui all'art. 21 regolamento 1/03 per compiere misure ispettive di questo tenore.

In considerazione del fatto che le ispezioni aziendali e domiciliari presentano, come già detto altrove, notevoli profili di incompatibilità con l'art. 8 CEDU<sup>209</sup>, ci si chiede se simile giudizio debba essere esteso *tel quel* anche alla procedura appena descritta. Sebbene la Corte europea – sulla base del combinato disposto degli articoli 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU – abbia da tempo stabilito che un accertamento ispettivo deve alternativamente essere autorizzato in via preventiva da un'istanza giurisdizionale oppure comportare la presenza di un avvocato o di un osservatore esterno durante la sua esecuzione<sup>210</sup>, e benché gli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 non prevedano nessuna delle due opzioni, il procedimento per il riconoscimento della tutela del *legal privilege* appare ciò nonostante conforme alle previsioni convenzionali.

Soprattutto in ragione delle censure rivolte dal Tribunale alla Commissione in merito alla prassi dell'esame sommario, sembra che l'inserimento di copia di tutti i documenti controversi in una busta sigillata e la necessaria adozione da parte dell'autorità procedente di una specifica decisione di rigetto del *legal privilege* (impugnabile davanti al giudice comunitario) prima del loro esame tutelati in maniera abbastanza precisa il diritto di difesa delle imprese indagate. Di conseguenza, e anche in considerazione del fatto che simile meccanismo si qualifica come autonomo e separato rispetto al più ampio procedimento di infrazione, ci sembra di poter concludere nel senso della sua conformità alle disposizioni della CEDU<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Si veda il nostro *Indagini preliminari*, cit., pp. 97-106.

<sup>210</sup> Si vedano le sentenze del 30 marzo 1989, *Chappell c. Regno Unito*, e del 16 dicembre 1997, *Camenzind c. Svizzera*.

<sup>211</sup> La conformità alla CEDU del controllo indipendente svolto dal giudice comunitario si può apprezzare alla luce della recente sentenza *Wieser*, cit., paragrafi 56-68: in questa vicenda, particolarmente conferente al nostro discorso, la Corte europea ha considerato legittimo il sequestro del materiale cartaceo durante un'ispezione presso lo studio professionale di un avvocato in quanto era presente un osservatore esterno (nella fattispecie, un rappresentante del locale ordine degli avvocati) e, in presenza di contestazioni sul carattere confidenziale di un determinato documento, questo veniva inserito in una busta sigillata per poi essere esaminato da un giudice. Viceversa, lo stesso giudice convenzionale ha censurato le modalità di sequestro del materiale conservato

7. A distanza di venticinque anni dalla sentenza *AM & S*, la tutela della riservatezza delle comunicazioni scambiate tra l'impresa sottoposta a procedimento *antitrust* e il suo avvocato esterno abilitato all'esercizio della professione in uno degli Stati membri sembra ormai un dato acquisito. A sèguito di una sintesi delle nozioni di *legal privilege* negli ordinamenti anglosassoni e del segreto professionale nelle legislazioni processualpenalistiche dei Paesi dell'Europa continentale, la Corte di giustizia ha individuato un preciso limite ai poteri di indagine preliminare della Commissione in ragione della tutela dei diritti di difesa delle imprese.

Proprio perché rappresenta una sintesi, la giurisprudenza *AM & S* presenta alcuni elementi positivi ma anche degli innegabili profili problematici. Certo, l'estensione dell'ambito materiale del *legal privilege* alle comunicazioni scambiate prima dell'inizio di un procedimento (purché connesse all'oggetto di quest'ultimo) rappresenta la naturale e positiva conseguenza della particolare materia del diritto della concorrenza, in cui l'analisi dei numerosi e complessi elementi di fatto e di diritto implica lo scambio di documenti scritti tra l'impresa e il suo legale di fiducia ben prima di un procedimento e sin dall'avvio di un'operazione di mercato potenzialmente lesiva degli articoli 81 e 82 del Trattato comunitario. Tuttavia risulta incomprensibile, almeno in base a motivazioni strettamente giuridiche, l'esclusione dall'ambito di applicazione personale dei giuristi d'impresa vincolati al rispetto delle norme deontologiche e sottoposti alle relative sanzioni disciplinari negli ordinamenti in cui svolgono la loro attività professionale. D'altro canto il procedimento per l'attuazione del *legal privilege*, nella misura in cui demanda agli stessi giudici di Lussemburgo la valutazione sul carattere riservato di tali comunicazioni, risulta forse un po' macchinoso ma sicuramente funzionale a una effettiva tutela della riservatezza nell'ottica del rispetto dei diritti di difesa dell'impresa indagata.

La successiva giurisprudenza, come si è visto, si è preoccupata di ampliare l'ambito materiale della tutela dai due diversi versanti tra i quali essa si ritrovava a sèguito della pronuncia *AM & S*, e cioè quello "successivo" dei documenti interni riproducibili di pareri esterni (ordinanza *Hilti*) e quello "precedente" dei documenti preparatori finalizzati esclusivamente alla richiesta di detto parere (sentenza *Akzo Nobel*). Quest'ultima pronuncia ha inoltre il merito di aver precisato in maniera assai opportuna la corretta procedura, richiamando l'attenzione della Commissione sulla necessità di salvaguardare appieno le richieste di tutela della riservatezza avanzate dalle imprese indagate mediante il divieto della consultazione sommaria e l'inserimento obbligatorio dei documenti controversi nella busta sigillata al fine del successivo esame di merito da parte del Tribunale di primo grado.

La particolare ricostruzione del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza presenta luci e ombre anche con riferimento alla sua conformità

---

su supporti elettronici, compiute mentre l'osservatore esterno era impegnato a esaminare quello cartaceo e in dispregio della pratica della busta sigillata.

rispetto alle disposizioni della CEDU e alla giurisprudenza della Corte europea. Benché si sia occupato della tutela della riservatezza delle comunicazioni tra detenuto e avvocato oppure della legittimità di misure di intercettazione telefonica o ancora delle ispezioni presso lo studio del professionista, il giudice di Strasburgo ha di regola calibrato le proprie determinazioni in considerazione del caso concreto. Da ciò deriva che, pur non essendosi la Corte europea ancora espressa sull'estensione materiale del *legal privilege* in materia *antitrust*, l'ampiezza della categoria dei documenti tutelabili compiuta dai giudici comunitari appare conferente alle disposizioni convenzionali. Un minor grado di compatibilità pare invece presentare l'ambito personale della tutela, in considerazione del fatto, da un lato, che l'esigenza di tutela dei diritti di difesa appare identica nel caso in cui i pareri siano resi dall'avvocato esterno o dal giurista d'impresa, e dall'altro che la giurisprudenza di Strasburgo e la raccomandazione R(2000)21 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa non sembrano distinguere (pur nel rispetto del margine di autonomia degli Stati parte della CEDU) tra avvocati soggetti alle norme deontologiche qualora essi siano o meno vincolati da un rapporto di impiego. Al contrario, la recente pronuncia della Corte europea nel caso *Wieser* dimostra come il procedimento comunitario per l'attuazione del *legal privilege* – benché le misure ispettive disposte dalla Commissione siano prive dei due alternativi elementi di garanzia del controllo giurisdizionale preventivo e della presenza di un osservatore esterno o di un avvocato – sia ampiamente compatibile con le previsioni convenzionali.

A tale ultimo proposito, e per concludere, si ritiene di aderire alla proposta<sup>212</sup> di estendere il mandato del consigliere-auditore al controllo in prima battuta del contenuto riservato o meno dei documenti inseriti nella busta sigillata e per i quali si reclama la tutela del *legal privilege*. Tale controllo, in ragione dell'indipendenza del medesimo consigliere-auditore rispetto alla Direzione generale "concorrenza" (in quanto posto alle dirette dipendenze del membro della Commissione responsabile della concorrenza), assicurerebbe una migliore selezione dei documenti controversi, lasciando al controllo dell'organo giurisdizionale in sede di opposizione solo i casi genuinamente dubbî e comportando in ultima analisi una notevole accelerazione della procedura senza privare le imprese del livello di tutela di cui godono allo stato attuale. Qualora poi i compiti del consigliere-auditore venissero ulteriormente estesi fino ad abbracciare tutte le fasi dell'indagine preliminare, e in particolare le ispezioni aziendali e domiciliari, non è chi non veda come verrebbe per ciò stesso soddisfatto uno dei due criteri alternativi che la Corte europea ritiene imprescindibili per la compatibilità delle misure ispettive con il dettato convenzionale.

---

<sup>212</sup> Formulata da E. GRIPPINI FOURNIER, *op. cit.*, pp. 1026-1027.



Riccardo Cavallo

# Carl Schmitt e l'Europa. Attualità e memoria

*Con quale diritto gli uomini di oggi scrivono  
una costituzione per gli uomini di domani?*  
(C. Schmitt)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una Costituzione senza popolo? – 3. La funzione strategica del popolo nella riflessione schmittiana. – 4. Le implicazioni politiche. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Perché è importante rileggere oggi Carl Schmitt? La sua riflessione è ancora utile per comprendere il dibattito giuridico-filosofico europeo?

A partire da questi interrogativi cercheremo di spiegare come tale appassionato dibattito – occasione proficua per illustri giuristi, filosofi e politologi per potersi, dopo decenni di silenzio, nuovamente confrontare e interrogare non solo sul problema della forma politica dell'Unione europea ma sul significato stesso di "costituzione" e il senso di "sfida" che tale termine sembra evocare<sup>1</sup> – sia il luogo privilegiato per saggiare la fecondità di alcune categorie schmittiane, quali popolo e potere costituente. Tali concetti, infatti, risultano fondamentali per ricostruire non solo i tratti più peculiari della *querelle* sulla Costituzione europea, ma anche la genealogia stessa dell'Europa e le inevitabili aporie che costellano il Moderno<sup>2</sup>. Da questo punto di vista, l'importanza del pensiero di Schmitt risiede nel suo essere una sorta di *grande narrazione*<sup>3</sup> tragica della storia dell'Europa moderna a partire dalle sue origini, passando per la sua fase di massimo splendore fino al suo inesorabile tramonto<sup>4</sup>. Non essendo possibile analiz-

<sup>1</sup> Cfr. E. BALIBAR, *Le radici culturali della Costituzione europea*, in *Lettera internazionale*, n. 81, 2004, p. 5.

<sup>2</sup> Cfr. R. CAVALLO, *Le categorie politiche del diritto. Carl Schmitt e le aporie del Moderno*, Acireale-Roma, 2007.

<sup>3</sup> Cfr. M. CACCIARI, *Geo-Filosofia dell'Europa*, Milano, 1994, p. 107.

<sup>4</sup> "Ciò che rende necessario l'*attraversamento* del pensiero schmittiano è il suo collocarsi a un livello alto di comprensione della concettualità politica moderna. Tale comprensione mostra quella logica e quei presupposti dei concetti che non sono manifesti nell'uso legittimante di essi che è stato proprio della teoria politica moderna (...). Ciò che è da pensare non è la sua proposta, bensì la capacità da lui mostrata di comprendere nella sua genesi e nella sua crisi l'assetto concettuale

zare compiutamente le suddette problematiche ci soffermeremo qui sull'*attualità*<sup>5</sup> della riflessione schmittiana (ma lo stesso potrebbe dirsi di altri autorevoli giuristi weimariani)<sup>6</sup>, la quale viene drammaticamente alla luce con l'affermarsi dell'ideologia europea che comporta la *reductio* dell'Europa al solo aspetto giuridico-formale, ovvero una totale giuridicizzazione del politico<sup>7</sup> e, al contempo, una eccessiva enfasi sui diritti<sup>8</sup>.

Tale ideologia (efficacemente riassunta nella formula massimalismo giuridico/minimalismo politico)<sup>9</sup> ha trovato ulteriore conferma soprattutto in seguito all'approvazione della *Carta dei diritti fondamentali* e alla solenne ratifica del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* che, malgrado l'entusiasmo con cui sono state accolte, hanno lasciato ancora senza alcuna risposta la *domanda fondamentale* racchiusa nelle perentorie affermazioni di Mario Tronti il quale si chiede: "dov'è un popolo europeo? E si può fare Costituzione senza popolo? (...) È un dramma che non ci sia, né costituita né costituente, un'Europa politica capace di esercitare egemonia culturale dentro gli attuali equilibri/squilibri del capitalismo-mondo. Non saranno le fanfare che accompagneranno la firma del Trattato costituzionale a offrire per il dramma un lieto fine (...). *Kultur* è *Verfassung* non semplicemente *Konstitution*. Dà forma politica al popolo, e dunque fonda un popolo. Non è solo Carta scritta di principi e ordinamenti. È un'idea che si fa storia e storia che diventa un'idea"<sup>10</sup>.

---

dell'età dello *jus publicum europaeum*", G. DUSO, *Teologia politica e logica dei concetti politici moderni in Carl Schmitt*, in G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma-Bari, 1999, p. 137.

<sup>5</sup> Non si può non concordare con Miccù, il quale afferma: "è indubbio che uno dei terreni più fecondi per mostrare l'ambivalenza delle teorie schmittiane – la sua 'attualità' come la sua 'inattualità' – è rappresentato oggi dal fenomeno dell'integrazione europea, con il connesso compimento dei processi di erosione della sovranità statale e le conseguenti trasformazioni del diritto interno e dei suoi canoni ermeneutici", R. MICCÙ, *Legalità contro legittimità: una lettura critica della filosofia schmittiana del diritto pubblico*, in H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli 1999, p. 337; ed. or., *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, 1992.

<sup>6</sup> Cfr. in generale, da ultimo, C. SBAILÒ, *Weimar un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e valori occidentali*, Troina, 2007, in cui l'autore rilegge positivamente l'esperienza weimariana tanto da considerarla una sorta di laboratorio del costituzionalismo europeo e non più come una breve parentesi democratica tra l'autoritarismo prussiano e il totalitarismo hitleriano. Si vedano inoltre: M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi al crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006, e P. P. PORTINARO, *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in *Teoria politica*, 2005, pp. 3-33; dello stesso autore si rimanda anche al recente *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, 2007.

<sup>7</sup> A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, 2005.

<sup>8</sup> Si vedano, al riguardo, i contributi raccolti nel volume curato da D. LA ROCCA, *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, 2006.

<sup>9</sup> A. CANTARO, *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, 2003.

<sup>10</sup> Cfr. M. TRONTI, *Pensare l'Europa*, in F. PETRANGELI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa? Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma, 2004, p. 9 ss.

La situazione non sembra affatto mutata<sup>11</sup> anche dopo la firma del Trattato di Lisbona<sup>12</sup> del 13 dicembre 2007 che aveva il precipuo scopo di porre fine alla lunga “pausa di riflessione” seguita ai *no* francese ed olandese al *Trattato-Costituzione*. Ma tale Trattato riesce veramente a risolvere i nodi problematici che assillano *ab origine* il processo di costruzione dell'Europa, oppure si tratta di “una pantomima per liberarsi degli elettori francesi ed olandesi”?<sup>13</sup>. Se la reale *intentio* sottesa all'approvazione del Trattato di Lisbona era quella di uscire dalla *crisi*, ci riesce solo apparentemente. Il tentativo, neppure troppo dissimulato, di voler porre un freno (*katéchon*) alla deriva “euro-scettica” si traduce in una serie di espedienti giuridici creati *ad hoc* per scongiurare il “pericolo” di una nuova consultazione popolare che aveva già bloccato l'entrata in vigore del Trattato-Costituzione. In tal senso, le *élites* europee hanno cercato di neutralizzare la volontà popolare riducendo il popolo a mero soggetto passivo che deve solo ratificare decisioni imposte dall'alto oppure il cui parere acquista autorità solo se *in sintonia* con quanto stabilito dai governanti.

Non deve sorprendere pertanto che alcuni degli interrogativi, quali ad esempio se sia possibile concepire una Costituzione europea senza popolo<sup>14</sup> o, ancora, se sia ipotizzabile uno stesso popolo europeo<sup>15</sup> posti oltre un decennio fa dalla

<sup>11</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

<sup>12</sup> Per un primo commento critico cfr. F. POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 4, pp. 8-9; G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, *ivi*, 2007, n. 6, pp. 8-10; L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, *ivi*, pp. 11-14. M. PANEBIANCO, *L'unione europea post costituzionale: verso il “reform treaty”*, in *DCSI*, 2007, pp. 601-612; M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, *ivi*, pp. 629-642; E. VIGLIAR, *Lo sviluppo dell'Unione Europea dopo la crisi del Trattato costituzionale*, in *CI*, 2007, pp. 287-301; P. PONZANO, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *RDUE*, 2007, pp. 569-584; i contributi di U. VILLANI, G. STROZZI, L. DANIELE, R. MASTROIANNI, E. CANNIZZARO, L. S. ROSSI, F. MUNARI, R. CAFARI PANICO, C. MORVIDUCCI, M. C. BARUFFI, P. PUOTI, G. CAGGIANO e C. GABRIELLI, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1, pp. 1-34.; M. C. BARUFFI, *Profili distintivi del trattato di Lisbona*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 1, pp. 27-29; B. NASCIMBENE, A. LANG, *Il trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, n. 1, pp. 137-143; R. SAPIENZA, *Lisbona 2007: un nuovo Trattato dell'Unione Europea*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2008, n. 2, pp. 127-135.

<sup>13</sup> G. AMATO, *Prefazione*, in J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 7.

<sup>14</sup> Cfr. S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, 2002, e E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione Europea e nazioni*, Bari, 2001.

<sup>15</sup> C. MALANDRINO (a cura di), *Un popolo per l'Europa unita. Fra dibattito storico e nuove prospettive teoriche e politiche*, Firenze, 2004. Del resto, il cuore dell'aporia europea – come sostiene un giovane studioso sulla scorta della riflessione di Balibar – consiste “nella necessità, ancora abbandonata all'impossibilità, di inventare una nuova figura di popolo, un rapporto tra l'appartenenza a una comunità storica (*ethnos*) demitizzata e la creazione continua della cittadinanza (*demos*) attuata dal basso, attraverso un'azione collettiva in grado di conquistare e garantire il diritto alla vita, al lavoro, all'espressione in un quadro di uguale dignità per le lingue, le classi sociali, i sessi”, A. LATTARULO, *Orizzonti e confini della nuova Unione Europea. Dal Baltico al Mediterraneo*, Bari, 2005, p. 45.

sentenza Maastricht<sup>16</sup>, nonostante le critiche ricevute<sup>17</sup>, suonino ancora attuali ponendo l'attenzione su nodi problematici tutt'oggi ancora irrisolti<sup>18</sup>.

Com'è noto, il Tribunale Federale tedesco il 12 ottobre 1993 con *sentenza interpretativa di rigetto*<sup>19</sup> si è pronunciato su due distinti ricorsi: il primo di "area progressista" sottolineava la violazione, derivante dalla stipulazione del Trattato di Maastricht dei diritti fondamentali tutelati dal *Grundgesetz*; il secondo d'ispirazione "conservatrice", invece, rilevava la presunta perdita di sovranità del popolo tedesco. In realtà, la disamina di tali ricorsi da parte della Corte è stata anche una sorta di pretesto per affrontare una serie di problematiche piuttosto articolate e complesse sia sotto il profilo giuridico *tout court* che politico.

La sentenza Maastricht ha rappresentato, dunque, una delle tappe più significative del processo di integrazione europea oltre che per i suoi contenuti, seppur non del tutto condivisibili, per il percorso indicato, vale a dire il "coinvolgimento delle istituzioni nazionali nella vita e negli sviluppi dell'ordinamento comunitario"<sup>20</sup>.

Al di là di tali aspetti, tale *discussa*<sup>21</sup> sentenza assume qui un rilievo poiché nelle sue pieghe è rintracciabile il concetto di omogeneità politico-sociale riconducibile, secondo i suoi estensori, alla riflessione del giurista Herman Heller<sup>22</sup> uno dei principali esponenti dell'*Allgemeine Staatslehre* weimariana. Com'è noto, però il concetto di omogeneità politico-sociale è stato elaborato soprattutto da Carl Schmitt, il quale sembrerebbe privilegiarne il carattere *sostanziale*, a differenza di Heller che invece mette in risalto più il suo carattere *simbolico*<sup>23</sup>. Allora perché i

<sup>16</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BverfGE) 89, 155 (186); tr. it. a cura di A. ANZON e J. LUTHER, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 677-710. Per un articolato commento di tale sentenza si rimanda a M. BONINI, *Riflessioni a margine della sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *RIDPC*, 1994, pp. 1271-1310.

<sup>17</sup> Si veda per tutti, J. H. H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, 1995, pp. 219-258 (ed *ivi* ampia bibliografia).

<sup>18</sup> In effetti, la sentenza Maastricht ha avuto l'indubbio merito di "porre la questione della statualità a dimensione europea, costringendo scienziati, politici e costituzionalisti a misurarsi con questo problema", G. E. RUSCONI, *Quale "democrazia costituzionale"? La Corte federale nella politica tedesca e il problema della Costituzione europea*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1997, p. 292.

<sup>19</sup> Su tale punto vedi *amplius* G. U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3115-3124.

<sup>20</sup> M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sopranazionale*, in *Pol. dir.*, 1994, pp. 203 ss.

<sup>21</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, S. MANNONI, *Il "modello costituzionale" europeo: tradizioni e prospettive*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza stato*, Bologna, 2001, p. 56 s.

<sup>22</sup> Sulla figura e l'opera di H. Heller si veda per tutti U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli, 1989.

<sup>23</sup> "Forse la differenza essenziale, anche se non del tutto chiara, fra i due autori sta nel fatto che mentre Schmitt sottolinea il carattere 'sostanziale' dell'omogeneità, Heller sottolinea invece lo *Homogeneitätsbewusstsein* (la coscienza dell'omogeneità). Potremo forse dire che per Heller l'omogeneità ha un carattere 'simbolico': essa si presenta come l'accettazione o piuttosto l'identificazione dei diversi soggetti politici con un sistema comune di 'valori' (...). Heller parla esplicitamente di 'coscienza del noi' (*Wirbewusstsein*) e precisa che l'omogeneità sociale è sempre

giudici costituzionali tedeschi hanno operato una siffatta scelta? Probabilmente il loro era un tentativo di contemperare orientamenti dottrinali antitetici, come dimostra, del resto, l'impianto armonizzante di tutta la decisione. La Corte Costituzionale avrebbe probabilmente fatto meglio a riferirsi al concetto schmittiano di omogeneità<sup>24</sup> piuttosto che a quello helleriano, non solo per le intrinseche differenze tra le loro teorizzazioni ma anche per la diversità che si evince dallo stesso raffronto tra la sentenza e il testo helleriano ivi richiamato, in particolare, laddove i giudici osservano che sia necessario operare un passaggio di legittimazione democratica dai parlamenti delle singole nazioni all'Unione europea; di ciò è difficile trovare un chiaro riscontro nei testi di Heller<sup>25</sup>.

Ma prima di addentrarci nei meandri della riflessione schmittiana – per capire se il concetto di omogeneità (del popolo) possa ridursi semplicemente alla sola dimensione *sostanzialistica*, oppure se si tratti di un concetto che nella sua evoluzione storica venga declinato in maniera molto più complessa e articolata – è utile ripercorrere, sia pur sinteticamente, il dibattito giuridico-filosofico<sup>26</sup> sviluppatosi da oltre un decennio a partire dal seguente interrogativo: il popolo preesiste alla Costituzione o è un *prodotto* della stessa?

2. Tale dibattito può essere riassunto, al di là delle diverse sfumature, in due posizioni: la prima “euro-scettica” – il cui maggiore esponente è Dieter Grimm – *rielabora* il concetto di *popolo* depurandolo dai suoi elementi etnici (il popolo fonda la Costituzione) e si basa sul primato della politica, inscrivendosi nella tradizione giuridico-filosofico tedesca<sup>27</sup>; la seconda “euro-ottimista” – teorizzata soprattutto da Jürgen Habermas – *dissolve* il concetto di *Volk* e afferma il primato del diritto (la Costituzione produce il popolo) richiamandosi all'opposta tradizione illuministica francese<sup>28</sup>.

---

una condizione sociopsicologica”, P. PASQUINO, *Unità politica, democrazia e pluralismo. Note su Carl Schmitt, Hermann Heller e Ernst Fraenkel*, in *Quaderni Piacentini*, 1983, p. 133.

<sup>24</sup> In realtà, “la Corte Costituzionale tedesca si è sforzata di conciliare prospettive tendenzialmente opposte trovando, nel generale impianto compromissorio della sentenza, una strana mediazione dottrinarica, niente meno che in Hermann Heller, mentre forse, il riferimento al concetto di ‘omogeneità’ di Carl Schmitt sarebbe stato più adatto e coerente”, A. CARRINO, *L'Europa e il futuro delle Costituzioni*, Torino, 2002, p. 124.

<sup>25</sup> Cfr. I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die Europäische Integration*, in *AöR*, 1995, pp. 100-120.

<sup>26</sup> Per un'efficace sintesi si veda G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

<sup>27</sup> Infatti, Dieter Grimm come pure Ernst Wolfgang Böckenförde “sono *Staatsrechtslehrer*, appartengono cioè a quella cospicua tradizione dottrinale tedesca che occupa certamente nel quadro complessivo europeo degli studi di diritto pubblico un posto di sicuro ed indubbio rilievo”, M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la ‘Costituzione’?*, in M. FIORAVANTI., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, II, p. 835.

<sup>28</sup> Sulla differenza tra il concetto tedesco di popolo-nazione (*Volk-Nation*), cioè inteso nella sua accezione etnico-culturale à la Herder e quello francese (*Peuple-Nation*) risalente a Renan si veda da ultimo G. HERMET, *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, Paris, 1996; tr. it., *Nazioni e nazionalismo*, Bologna, 1997.

In un breve ma denso saggio<sup>29</sup>, intitolato *Braucht Europa eine Verfassung?* Dieter Grimm espone le sue riflessioni critiche sul processo di integrazione europea, non prima di aver svolto un documentato *excursus* di carattere storico-giuridico a partire dagli albori delle moderne Costituzioni, evidenziandone la rottura epocale rispetto all'immaginario pre-moderno. Ciò rappresenta sia l'atto di nascita dello Stato moderno che del diritto positivo, cioè del diritto storico, contingente, modificabile in qualsiasi momento e fondato sulla volontà umana anziché sulla verità divina. Fatte queste premesse, Grimm volge lo sguardo al dibattito presente, passando in rassegna tutti gli ostacoli che si frappongono al processo di integrazione europea. Il primo tra tutti è l'impossibilità di equiparare i Trattati ad una "Costituzione" nel senso tradizionale del termine, come sono soliti fare numerosi giuristi soprattutto sulla scorta del ruolo propulsivo svolto dalla Corte di giustizia europea. Al riguardo, le parole del costituzionalista tedesco non danno adito a dubbi: "le costituzioni danno fondamento giuridico agli Stati. Le istituzioni internazionali hanno invece il loro fondamento giuridico nei trattati (*Verträge*) di diritto internazionale. O almeno così si diceva in passato"<sup>30</sup>.

Un ulteriore impedimento è costituito dalla mancanza dell'elemento linguistico<sup>31</sup>, cioè dall'assenza di un *logos*<sup>32</sup> comune, la cui inesistenza non farebbe altro che acuire a livello comunitario la secessione tra le *élites*<sup>33</sup> (colte e capaci di parlare una lingua comune) e il *popolo* (incolto e in grado di interloquire solo nella lingua madre). Ma, al di là di questi aspetti formali, sicuramente importanti, ciò che secondo Grimm sembra costituire il reale, insormontabile ostacolo alla creazione di una *vera* Costituzione per l'Europa, è l'assenza di un *demos* comune<sup>34</sup>. Infatti, una Costituzione per definirsi tale, secondo il giurista tedesco,

<sup>29</sup> D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *Juristen Zeitung*, 1995, pp. 581-591; tr. it., *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, pp. 339-367. Grimm aveva già anticipato i punti salienti della sua riflessione in un commento tempestivo alla sentenza Maastricht, *Der Mangel an europäischer Demokratie*, in *Der Spiegel*, 1993, n. 43, p. 57 s.

<sup>30</sup> D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, cit., p. 339.

<sup>31</sup> Le valenze positive del fattore linguistico sono evidenziate anche da G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in *Dir. pub.*, 2002, p. 172 s.

<sup>32</sup> "Il problema dell'unità linguistica – come sottolineato dall'intervento di A. ANZON, nel volume collettaneo curato da S. PANUNZIO, *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Milano, 2002, p. 9 s. – dovrebbe essere inquadrato nel contesto più ampio dell'argomentazione del giurista tedesco, volto a negare, attualmente l'esistenza dei presupposti necessari per l'affermarsi di una compiuta democrazia 'europea' e, dunque, di un popolo 'europeo' che possa fungere da fonte autonoma di legittimazione del potere delle istituzioni europee.

<sup>33</sup> Vedi anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Welchen Weg geht Europa?*, in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa. Studien sur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1999; tr. it. *Dove sta andando l'Europa*, in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007, p. 193.

<sup>34</sup> In termini, più o meno analoghi, nella dottrina italiana, si esprime M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 390: "una comunità politica non può darsi senza un popolo, e un popolo europeo ancora non lo abbiamo. (...) Senza popolo non ci sono né Costituzione, né cittadinanza, né diritti di cittadinanza".

deve derivare da un atto del popolo direttamente o, almeno, indirettamente attribuibile ad esso; solo in questo modo, il popolo può “autoconferirsi la capacità di agire politicamente”<sup>35</sup>. Del resto, anche la stessa distinzione tra trattati e Costituzione, su cui Grimm ritorna sempre, non va individuata né nel contenuto, né nella forma né tanto meno in base alla loro funzione, bensì nella loro fonte, cioè nei soggetti da cui originano; per cui le costituzioni democratiche moderne a partire dalla rivoluzione francese “vengono nella maggior parte dei casi approvate dal popolo stesso, oppure vengono elaborate e proclamate da un’assemblea nazionale eletta dal popolo con un specifico mandato costituente”<sup>36</sup>. Grimm tiene a sottolineare che una fonte simile sia totalmente assente nel diritto comunitario primario, in quanto storicamente non discende dal potere costituente del popolo ma dai governi dei singoli Stati membri. Invece, la fonte primaria del diritto costituzionale deve essere la volontà popolare, essendo il potere costituente del popolo una “componente essenziale del costituzionalismo”<sup>37</sup>.

Questa in estrema sintesi la posizione – ribadita in più occasioni<sup>38</sup> – da Dieter Grimm, secondo cui “la democrazia non è solo una questione delle élites, bensì in primo luogo una questione del popolo”<sup>39</sup>. Tuttavia sarebbe riduttivo ricondurre le tesi complesse e articolate di un giurista di tale spessore semplicisticamente ad una visione sostanzialistica della *Volksgemeinschaft*<sup>40</sup>. Del resto, da un’attenta lettura dei suoi scritti, non traspare alcuna nostalgia né verso lo Statonazionale<sup>41</sup> né tanto meno nei confronti del popolo inteso nella sua accezione etnico-culturale o addirittura *völkisch*<sup>42</sup>. Anzi, l’illustre giurista sembra quasi prevenire le possibili obiezioni critiche quando afferma in maniera esplicita, da un lato, che “lo Stato nazionale, inteso come unità politica che regola autonomamente i suoi affari interni, ha fatto ormai il suo tempo”<sup>43</sup> e, dall’altro, che “il

<sup>35</sup> D. GRIMM, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 353.

<sup>36</sup> D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell’ottica della critica dell’ipotesi di una Costituzione europea*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 17.

<sup>37</sup> D. GRIMM, *Trattato o Costituzione?*, in *Q. cost.*, 2004, p. 163.

<sup>38</sup> D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l’Europa*, in AA.VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, pp. 7-21; ID., *Autonomia e libertà. Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la “commercializzazione”*, in *Nomos*, 2001, n. 1, pp. 9-17; ID., *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali*, cit., pp. 5-21.

<sup>39</sup> D. GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo*, cit., p. 20.

<sup>40</sup> Così G. MARRAMAO, *Passaggio ad Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, 2003, p. 223.

<sup>41</sup> Piuttosto si tratta di “proteggere e consolidare – continua D. GRIMM, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 364 s. – il carattere di istituzione sovranazionale che contraddistingue l’Unione europea e non di copiare modelli improntati allo stato nazionale”.

<sup>42</sup> Anche Habermas – come vedremo nelle pagine successive – riconosce esplicitamente che una tale accezione di popolo non è rintracciabile negli scritti di Grimm.

<sup>43</sup> Ciononostante, S. DELLAVALLE, *Una Costituzione senza popolo?*, cit., pp. 169-170, sostiene che la riflessione “Grimm muove da un presupposto non più verificabile perché decaduto nei fatti, cioè la sovranità degli stati nazionali. In tal senso la sua posizione nella misura in cui utilizza tale sovranità come fondamento della legittimità democratica, appare lontana dalla realtà degli sviluppi politici”.

popolo non è una comunità la cui unità e volontà sarebbero in qualche modo prestabilite” ma è “attraversato da contrasti di opinione e di interesse”; ed infine, che “l’identità non ha alcuna necessità di radicarsi in un’etnia”<sup>44</sup>.

Habermas, in un pregevole saggio<sup>45</sup> pubblicato in risposta alle riflessioni di Grimm, pur condividendo la sua diagnosi giuridico-filosofica, giunge però a conclusioni politiche diametralmente opposte. In effetti, anch’egli concorda sul fatto che l’Unione europea è attraversata da una insanabile contraddizione che determina innegabilmente un *deficit* democratico: se, da un lato, essa non può dirsi fondata su una costituzione nel senso moderno del termine, in quanto le sue fonti sono i Trattati, dall’altro, i propri organi sono produttori di norme sostanziali vincolanti in tutto e per tutto per gli Stati membri.

Le premesse però da cui muove la riflessione di Habermas sono, dunque, del tutto antitetiche a quelle propuginate dell’euro-scettico Grimm basate su un’argomentazione di carattere empirico, ovvero l’inesistenza di una Costituzione in mancanza di un popolo europeo sufficientemente omogeneo tale da produrre una volontà democratica. Al contrario, secondo Habermas, bisogna distinguere la “nazione dei cittadini” dalla “comunità di destino prepolitica”, caratterizzata da comune origine, lingua e storia<sup>46</sup>. Altrimenti, diventa alquanto difficile cogliere il carattere volontaristico di una nazione di cittadini, la cui identità collettiva non sussiste *ex-ante*, né tantomeno può considerarsi a prescindere dal processo democratico dal quale trova la sua scaturigine: “ciò che lega insieme una nazione di cittadini – a differenza di una nazione di connazionali in senso etnico (*Volksnation*) – non è una qualche forma di *sostrato* primordiale, bensì il contesto intersoggettivamente condiviso di un’intesa possibile”<sup>47</sup>. Da questo punto di vista, la riflessione di Habermas si pone in piena continuità con il suo ultradecennale tentativo di ripensare la teoria della sovranità popolare in senso discorsivo o procedurale, a partire soprattutto da *Faktizität und Geltung*<sup>48</sup>, sorta di *summa* della sua riflessione<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> D. GRIMM, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 365.

<sup>45</sup> J. HABERMAS, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, in J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996; tr. it., *Una Costituzione per l’Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 369-375.

<sup>46</sup> J. HABERMAS, *Warum braucht Europa eine Verfassung?*, in *Die Zeit*, 28 giugno 2001; tr. it., *Perché l’Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, cit., p. 106 (ora anche in J. HABERMAS, *Tempo di passaggi*, a cura di L. Ceppa, Milano, 2004, pp. 57-80).

<sup>47</sup> J. HABERMAS, *Una costituzione per l’Europa?*, cit., p. 373. Pertanto è importante capire se nel contesto europeo il termine popolo (*Volk*) venga impiegato nel senso giuridicamente neutrale di “popolo di stato” (*Staatsvolk*) oppure se non gli venga associato un’idea di tipo diverso.

<sup>48</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1984; tr. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

<sup>49</sup> Secondo G. PRETEROSSO, *Legittimità e crisi dell’universalismo giuridico moderno. Appunti sul rapporto tra giuridificazione e sfera del “politico” a partire dal paradigma habermasiano*, in *Teoria politica*, 2002, n. 3, p. 161 si tratta del “tentativo più sistematico di agganciare la normati-

In effetti, il filosofo tedesco prende atto delle trasformazioni storico-sociali della sovranità popolare, la cui titolarità non appartiene al popolo inteso in termini etnico-naturalistici ma alle forme comunicative senza soggetto che regolano il flusso della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà.

Il popolo europeo va inteso dunque, secondo Habermas, come il risultato della volontà di uomini e donne che intendono costituirsi in unità per uno scopo comune, in quella che il filosofo tedesco definisce la "solidarietà tra estranei"<sup>50</sup>. Per trovare realisticamente applicazione nelle società complesse, l'idea di sovranità popolare "deve essere staccata dall'accezione concretistica che la vede incarnata in membri di un collettivo fisicamente presenti, partecipanti e coinvolti (...). A ciò può ovviare una versione procedurale della sovranità popolare"<sup>51</sup>. Si tratta di una forma di sovranità "comunicativamente liquefatta" che si afferma soprattutto in occasione di discorsi pubblici o in altre procedure simili; in questa maniera, anche il luogo simbolico del potere che, a partire dall'esperienza rivoluzionaria, cioè dalla soppressione delle forme paternalistiche di signoria, rimane vuoto e non può essere riempito da nuovi simboli identitari, quali la nazione o il popolo<sup>52</sup>. Alla stregua di queste affermazioni, la concezione habermasiana della teoria democratica più che un ri-pensamento, rappresenta una vera e propria de-sostanzializzazione del concetto di sovranità popolare riducendolo alla sola dimensione discorsiva o procedurale (*sovranità popolare intersoggettivamente disciolta*), ponendosi in perfetta sintonia con il *progetto giuridico-filosofico moderno*<sup>53</sup>.

In ultima analisi, pertanto se per Grimm alla Costituzione deve *preesistere* un popolo, il cui potere costituente ne rappresenta la *condicio sine qua non*, per Habermas, al contrario, l'identità collettiva non è mai un "a priori storico-culturale" della Costituzione ma una sua *conseguenza*<sup>54</sup>.

---

vità alla positività del diritto contemporaneo: Habermas ha in qualche modo voluto rifare i *Lineamenti* hegeliani, superando sì la tradizione 'statualistico-autoritativa' nel costituzionalismo dei diritti, ma facendo i conti (innanzitutto teorici, non solo storico-ricostruttivi) con la sua tradizione, portandosene dietro una versione compatibile con il progetto di una giuridificazione compiuta".

<sup>50</sup> Tale forma di solidarietà deriva dall'appartenenza ad una comunità politica, democraticamente costituita, di liberi ed eguali, il cui scopo consiste nella conservazione di un ordinamento liberale all'interno e non nell'autoaffermazione della collettività verso l'esterno (J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen*, Frankfurt am Main, 2004; tr. it., *L'Occidente diviso*, Roma-Bari, 2005, p. 66).

<sup>51</sup> J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1990; tr. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, 1990, p. XXXIX.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Tale discorso acquista indubbiamente una maggiore efficacia nello spazio politico europeo dove esiste "una sfera pubblica diffusa (...) sostenuta da una società civile composta da gruppi di interesse, da organizzazioni non governative e movimenti civici", cfr. J. HABERMAS, *Nazione, Stato di diritto, Democrazia*, in F. CERUTTI (a cura di), *Identità e politica*, Roma-Bari, 1996, pp. 187-211.

<sup>53</sup> J. HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt am Main, 1984; tr. it., *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, Roma-Bari, 1987.

<sup>54</sup> Sulla polemica tra Habermas e Grimm sul concetto di popolo e sull'influenza della dottrina dello Stato weimariana nel dibattito europeo si veda *amplius* R. CAVALLO, *Il terribile pote-*

3. La disputa tra Grimm e Habermas appena delineata, ben lungi dal rappresentare una *querelle* interna alla cultura politico-giuridica tedesca<sup>55</sup>, risulta interessante ai fini della nostra trattazione in quanto ha come termine di riferimento polemico il concetto di omogeneità politica (del popolo) elaborato da Carl Schmitt nella feconda atmosfera weimariana, e che in seguito alla sentenza Maastricht<sup>56</sup>, viene riportato, sia pure sotto mentite spoglie, al centro della discussione europea. Nella temperie politico-culturale weimariana, dunque, prende corpo la domanda fondamentale (*Grundfrage*) schmittiana<sup>57</sup>: com'è possibile ricostruire l'unità politica del popolo in una società lacerata da innumerevoli contraddizioni. A Weimar, in effetti, come nella situazione attuale, era di primaria importanza “la questione del rapporto tra forme giuridico-politiche e forme economico-sociali, e del quadro istituzionale entro il quale tale rapporto poteva essere ‘rappresentato’: lo stato di diritto parlamentare, i diritti fondamentali di libertà, e i principi sociali della garanzia dell’ordinamento collettivo del lavoro, la democrazia costituzionale (...). Allora come oggi, si poneva la domanda di chi e come può garantire la costituzione democratica (...) i diritti fondamentali o i rapporti di forze sociali”<sup>58</sup>.

A questo punto, una breve disamina critica dei luoghi più significativi dell’opera schmittiana nel periodo weimariano s’impone.

---

re. Il ‘popolo’ nel pensiero di Carl Schmitt (1919-1928), in *Annali del Seminario Giuridico*, V (2003-2004), Milano, 2005, pp. 37-87. In termini pressoché identici si esprime anche G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo*, Vicenza, 2007, pp. 280-282.

<sup>55</sup> Cfr. G. MARRAMAO, *L’Europa dopo il Leviatano. Tecnica, politica, costituzione*, in G. BONACCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 122.

<sup>56</sup> Vedi F. MANCINI, *Europe: The Case for Statehood*, in *ELJ*, 1998; tr. it., *Per uno Stato europeo*, in *Sociologia del diritto*, 1998, p. 16, il quale sostiene che il concetto di popolo presente nella sentenza Maastricht richiama il concetto metafisico di *Volk*, come teorizzato da Savigny nel 1840, rilanciato da Gierke alla fine del secolo e reso sinistro da Schmitt nel 1927. Nello stesso senso cfr. anche L. FERRAJOLI, *Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea*, in AA. VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, cit., p. 86 s.; E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 71; E. RESTA, *Demos, ethnos. Sull’identità dell’Europa*, in G. BONACCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 173. *Contra*, vedi per tutti, in maniera convincente C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, p. 297, il quale sottolinea che “nonostante il suo ricorso alla nozione di omogeneità politica, Schmitt rompe – almeno in linea di principio – con l’organicismo che, sia pure in guise diverse, permea la tradizione giuridica tedesca, tanto germanica quanto positivistica”.

<sup>57</sup> Più che di una domanda si tratta di una sorta di “ossessione” che, all’epoca, pervade tutta la dottrina giuridica tedesca. Infatti, “il problema della presenza dell’unità del popolo e della sua rappresentazione come totalità è in definitiva il problema attorno al quale si affanna la dottrina giuridica dello Stato di Weimar. E, data la situazione storica, era d’altronde inevitabile che ciò avvenisse dopo la perdita traumatica dell’omogeneità sostanziale e simbolica che al popolo veniva in precedenza attribuita”, M. RICCIARDI, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in *Annali dell’Istituto storico italo-germanico in Trento*, XVI, 1990, p. 360 s.

<sup>58</sup> P. BARCELONA, *La sinistra e lo Stato sociale: questione sociale e questione democratica*, in P. BARCELONA, *Diario politico. Il vento di destra e le ragioni della sinistra*, Roma, 1994, p. 115.

3.1. In apertura di uno dei più pregevoli testi<sup>59</sup> pubblicati sulla filosofia politica di Carl Schmitt, il giurista tedesco Hasso Hofmann sostiene che una delle caratteristiche dell'opera di Schmitt è la presenza di concetti pregnanti e vitali. Uno di questi è sicuramente il concetto di popolo che, in guise diverse<sup>60</sup>, pur attraversando come un fiume carsico tutta l'opera di Schmitt, viene alla luce soprattutto negli scritti del periodo weimariano: incomincia a delinarsi in *Politische Romantik*, e soprattutto nell'opera successiva, *Die Diktatur*, nello scritto *Das Parlamentarismus* e nel saggio elaborato, qualche anno più tardi (*Volksentscheid und Volksbegehren*) che costituiscono dei prolegomeni all'*opus magnum* schmittiano (*Verfassungslehre*), dove viene sistematizzato in maniera compiuta, pur con le dovute ambiguità. In realtà, alcuni riferimenti sono già rintracciabili, sia pur marginalmente, negli scritti giovanili sia giuridici (*Der Wert des Staates*) che letterari (*Theodor Däubler "Nordlicht"*) sui quali non sarà possibile soffermarci in questa sede<sup>61</sup>.

3.2. *Politische Romantik*<sup>62</sup> è tra le opere tardo-giovanili la più significativa per la ricostruzione della funzione politica del concetto di popolo che, qui ancora allo stadio embrionale, si delinea con maggiore chiarezza se tale opera viene letta insieme a *Politische Theologie*<sup>63</sup>.

Si tratta di un libro, il cui valore storico-culturale pur andando ben al di là del periodo in cui è stato concepito, risente sicuramente anche dei traumatici eventi politico-sociali che interessano la Germania in quel frangente storico, costituendo "la dichiarazione, mai ritrattata, del proprio nemico *in philosophicis*"<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> H. HOFMANN, *op. cit.*

<sup>60</sup> Il concetto di popolo, in effetti, lo si ritrova, sia pur in diverse accezioni, anche negli scritti successivi al periodo weimariano. A. CARACCILO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Posizioni e concetti, in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Milano, 2007, p. XIX s.; ed. or., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Berlin, 1988.

<sup>61</sup> Tali scritti sono stati per molto tempo trascurati dagli esegeti dell'opera schmittiana. Per una loro attenta disamina: a) nella letteratura tedesca, si veda almeno H. HOFMANN, *op. cit.*, pp. 75-118; b) nella letteratura francese, si rimanda a O. BEAUD, *Carl Schmitt ou le juriste engagé*, in C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, 1993, pp. 5-113; c) nella letteratura italiana, in particolare, si rinvia a M. NICOLETTI, *Alle radici della teologia politica di Carl Schmitt. Gli scritti giovanili*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 1984, pp. 256-316, ora in M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990, pp. 17-81 e L. PAPINI, *Ecumene e decisione. Teologia politica e critica della modernità in Carl Schmitt*, Genova, 2004.

<sup>62</sup> C. SCHMITT, *Politische Romantik*, München-Leipzig, 1968; tr. it. *Romanticismo politico*, a cura di C. Galli, Milano, 1981.

<sup>63</sup> Lo stretto legame esistente tra questi due testi, da leggere l'uno come logica continuazione dell'altro allo stesso modo delle kantiane *Critica della ragion pura* e *Critica della ragion pratica*, è stato evidenziato da H. BALL, *Carl Schmitts politische Theologie*, in *Hochland*, 6, 1922, pp. 263-286; tr. it., *La teologia politica di Carl Schmitt*, in C. SCHMITT, *Theodor Däublers "Nordlicht". Drei Studien über die Elemente den Geist und die Aktualität des Werkes*, München, 1916; tr. it., *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, a cura di S. Nienhaus, Napoli, 1995, p. 103 s.

<sup>64</sup> M. CACCIARI, *op. cit.*, p. 109, nota 3.

La critica tagliente di Schmitt si rivolge, in generale, contro il romanticismo politico definito come “occasionalismo soggettivizzato” ed in particolare *versus* una delle sue figure più rappresentative, il “teologo di Stato” Adam Müller<sup>65</sup>.

Schmitt nel ricostruire il contesto storico-culturale in cui si sviluppa la cultura romantica, in uno dei passaggi chiave del suo *pamphlet* — anche se forse poco chiaro dal punto di vista testuale — descrive il mutamento epocale verificatosi nel corso del Settecento, cioè al culmine del processo di secolarizzazione. Il giurista renano, da un lato, prende atto della fine della vecchia metafisica dominata dal Dio trascendente<sup>66</sup> e, dall’altro, sottolinea il progressivo affermarsi di due nuove entità reali: il popolo e la storia<sup>67</sup>. Tali entità, viste da Schmitt come due nuovi demiurghi, si sono impossessate “*in realitate* delle menti degli uomini” e il primo di essi assume, in ogni caso, sempre una funzione rivoluzionaria<sup>68</sup>. A partire da queste premesse Schmitt si sofferma proprio sulle potenzialità rivoluzionarie assunte dal popolo in qualità di soggetto politico procedendo ad una critica radicale del pensiero romantico, reo di aver idealizzato il popolo, sottraendolo alla dimensione della storicità, cioè alla sfera politica reale e alla sua naturale conflittualità. In tal senso, si muove anche la riflessione di Rousseau che considera — in sintonia con l’antropologia positiva sottesa alla sua filosofia politica — il popolo<sup>69</sup> come una comunità basata sul sentimento<sup>70</sup>, privandolo così

<sup>65</sup> Sulla figura e sul pensiero di Adam Müller vedi almeno L. MARINO, *Adam Müller. Dialettica e controrivoluzione*, in *Rivista di filosofia*, 1968, n. 3, pp. 276-315; e A. TETTAMANTI, *Dialettica e teoria della conoscenza in Adam Müller*, in U. CARDINALE (a cura di), *Problemi del romanticismo*, Milano, 1983, pp. 148 ss.

<sup>66</sup> Schmitt accetta, sia pure problematicamente, la secolarizzazione, intesa quest’ultima come il moderno processo attraverso il quale alla realtà metafisica del Dio tradizionale si sostituiscono altre forme di realtà, immanenti, muovendosi così al di fuori della tradizione crociana basata essenzialmente sul binomio ermeneutico romanticismo-irrazionalismo (C. GALLI, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. XI s.).

<sup>67</sup> Qui si fa riferimento alla prima edizione di *Romanticismo politico* (1919) in cui Schmitt identifica le due nuove entità nel popolo e nella storia. Invece a partire dalla seconda edizione (1925), al posto di queste si parla di umanità (anziché popolo) e di storia, H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 179, nota 243.

<sup>68</sup> C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 94.

<sup>69</sup> “Il popolo, grande individuo collettivo e sovrumano, buono, nobile, magnanimo, istintivo, sintetizza in sé il pensiero e la vita, e diviene il serbatoio in cui confluono sia tutte le irrazionalità dell’incoscienza illimitata, sia lo spirito. È al popolo, *in realitate* — conclude Schmitt — che è stata affidata la missione di rappresentare quell’innocenza che il romantico, di per se stesso, ha perduto; è il popolo fedele, paziente, perseverante e semplice, che il romantico, proprio in quanto intellettuale incostante, nervoso e cerebrale, ammira commosso”, C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 108.

<sup>70</sup> Sul sentimentalismo del filosofo ginevrino Schmitt ritorna qualche anno dopo proprio in *Teologia Politica*, laddove afferma che “in Rousseau la ‘volonté générale’ diventa identica alla volontà del sovrano; nello stesso tempo però il concetto di generale acquista anche quanto al soggetto una determinazione quantitativa, cioè il popolo diventa sovrano. In tal modo va perduto l’elemento decisionistico e personalistico che il concetto di sovranità aveva fin qui posseduto. La volontà del popolo è sempre buona, ‘le peuple est toujours vertueux’”, C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922; tr. it., *Teologia*

dell'elemento decisionistico e personalistico, considerati, invece, dal giurista tedesco, alla base del suo concetto di sovranità popolare. Del resto “che un popolo esista in modo ‘organico’, nel suo *Volkgeist* – osserva Schmitt – lo si può accertare solo storicamente; ciò implica che, al contrario, di quanto accadeva in Rousseau, il popolo non è più il supremo signore di se stesso, ma è il solo prodotto di uno sviluppo storico (...). La *voluntas Dei in ipso facto*, che per il passato aveva giustificato tutto, deve cedere il posto ad una giustificazione di tipo storicistico, *ex ipso facto*”<sup>71</sup>. Qui Schmitt si richiama alla tradizione giuridico-filosofica tedesca e in modo particolare agli scritti giovanili di Hegel<sup>72</sup>, il quale considera il popolo come il prodotto dello sviluppo storico. Anzi, a detta del giurista tedesco, è stato proprio Hegel<sup>73</sup> a compiere il passo decisivo, dal punto di vista storico-filosofico, nel processo di detronizzazione del vecchio Dio cristiano essendo stato il primo ad operare una sorta di sintesi tra il popolo e la storia<sup>74</sup>. Infatti se certo Hegel non era stato il primo a sostenere che ciascun popolo ha un *Volkgeist*, un diverso carattere che lo differenzia dagli altri, in quanto ne avevano già parlato Voltaire, Montesquieu, Vico, Bousset e, per certi versi, anche Malebranche, Cartesio e Bodin, solo il filosofo di Stoccarda aveva aggiunto un elemento davvero nuovo, quale il conferimento al popolo di una vera e propria realtà oggettiva: “nel pensiero hegeliano, il popolo – razionalizzato nella forma dello Stato – e la storia – l'automovimento dialettico dello Spirito del mondo – vengono ad essere unificati, così che il *Volkgeist* esiste soltanto come strumento funzionale del processo logico dello Spirito del mondo”<sup>75</sup>. Dal punto di vista strettamente politico, anche nel marxismo, cioè lo “svolgimento rivoluzionario dell'hegelismo”<sup>76</sup>, la sintesi tra storia e proletariato

---

*politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972, p. 71.

<sup>71</sup> C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 99.

<sup>72</sup> L'importanza degli scritti giovanili hegeliani trova conferma anche in altri luoghi della riflessione di Schmitt, come laddove egli si chiede: “Perché il giovane Hegel del 1802 è così straordinariamente grande? E perché il vecchio Hegel è così limitato e ingiusto nella sua arroganza”, C. SCHMITT, in *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, 1991; tr. it., *Glossario*, a cura di P. Dal Santo, Milano, 2001, p. 97.

<sup>73</sup> Ciò conferma l'intuizione di H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 87, nota 75, il quale rileva come nessun altro autore sia stato tanto spesso e diffusamente citato da Schmitt nei suoi scritti giovanili quanto Hegel.

<sup>74</sup> “Nonostante gli elementi reazionari e l'uso di una terminologia cristologica riscontrabili in Hegel, non era più possibile ritornare al vecchio Dio della metafisica cristiana; Stahl dimostra la sua superiorità intellettuale, nell'affermare senza incertezze che l'hegelismo è il nemico delle epoche cristiane”, C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 103.

<sup>75</sup> C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., pp. 101-103.

<sup>76</sup> Hegel resta, dunque, per Schmitt, contemporaneamente, filosofo della rivoluzione e filosofo della restaurazione. Di qui il carattere ambiguo di molti suoi concetti e l'impossibilità di adottarli in un'epoca che chiede decisioni più che mediazioni. In particolare, il *Gesetzstaats* hegeliano è un Giano bifronte: da un lato, Stato della legalità aperto alla razionalizzazione del progresso, dall'altro, Stato della legittimità fondato sulla conservazione della sostanza etica di un popolo. P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982, p. 76.

fa sì che il popolo (nella fattispecie il proletariato) svolga la funzione di “dominatore della storia” assumendo le vesti di rappresentante del movimento rivoluzionario<sup>77</sup>.

3.3. La funzione politico-strategica del concetto di popolo risulta centrale in *Die Diktatur*<sup>78</sup>, opera che risente, anch'essa, dei traumatici eventi post-bellici<sup>79</sup> che avevano letteralmente messo in discussione l'ordine costituito europeo<sup>80</sup>. In particolare, Schmitt, acuto osservatore della realtà tedesca, si poneva la questione di come salvaguardare la legalità costituzionale weimariana di fronte al caos incombente dovuto sia alle lotte interne ai partiti che ai continui fermenti rivoluzionari. In una situazione del genere – così instabile e caotica – e simile, per molti aspetti, a quella feudale caratterizzata com'è noto da un eccessivo pluralismo, si poneva secondo Schmitt l'impellente necessità della presenza di un sovrano capace di affermare nuovamente e con fermezza l'autorità dello Stato, da un lato, riconducendo, i riottosi all'obbedienza e, dall'altro, annientando il nemico rivoluzionario (il partito comunista). La scelta schmittiana di concentrarsi sullo studio della dittatura (e non solo) nasce forse proprio dall'intento di voler dare una risposta dottrinale alla drammatica crisi weimariana<sup>81</sup> e, più in generale, alle aporie della stessa modernità.

Il testo schmittiano è un documentato *excursus*<sup>82</sup> di carattere storico-giuridico sulla *figura juris* della dittatura, a partire dalle sue origini rintracciabili nella

<sup>77</sup> C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 102 s.

<sup>78</sup> C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitäts-gedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München-Leipzig, 1921; tr. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, 1975. In realtà, i prodromi della riflessione schmittiana sulla dittatura sono già rintracciabili in due scritti pubblicati qualche anno prima aventi per oggetto lo stato d'assedio: C. SCHMITT, *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1916, pp. 138-161; ID., *Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren*, ivi, pp. 783-797.

<sup>79</sup> “Nel mio libro *Die Diktatur* – scrive lo stesso giurista renano – vi sono nella prefazione ampi riferimenti al contesto storico-culturale del tempo”, C. SCHMITT, *Das Problem der Legalität*, originariamente pubblicato in *Die neue Ordnung*, V, 1950, pp. 270-275 e successivamente ristampato con l'aggiunta di sei glosse nella raccolta *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958; tr. it., *Il problema della legalità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 290).

<sup>80</sup> Si pensi agli accadimenti rivoluzionari che avevano interessato, più o meno nello stesso periodo, sia la Russia che la stessa Germania: cfr. E. H. CARR, *A History of Soviet Russia. The Bolshevik Revolution 1917-1923*, London, 1950; tr. it., *La rivoluzione bolscevica*, Torino, 1964, e P. BROUÉ, *Révolution en Allemagne 1917-1923*, Paris, 1971; tr. it., *Rivoluzione in Germania 1917-1923*, Torino, 1977.

<sup>81</sup> F. VALENTINI, *Carl Schmitt o dell'iperpoliticismo*, in C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. XI s.

<sup>82</sup> Nella parte introduttiva Schmitt evidenzia il *continuum* esistente tra *La Dittatura* ed i suoi scritti giuridici giovanili: *Gesetz und Urteil* (1912) e *Der Wert des Staates* (1914). In tali scritti, com'è noto, Schmitt affronta il problema della realizzazione del diritto, inizialmente nella prassi giuridica della decisione giudiziaria in cui la norma universale deve essere applicata al caso par-

Roma repubblicana, passando per la rivoluzione francese, fino ad arrivare all'epoca weimariana. In realtà, l'analisi dello sviluppo storico della dittatura<sup>83</sup>, figura piuttosto negletta da parte della scienza giuridica e per lo più utilizzata in maniera semplicistica come slogan politico, costituisce per Schmitt una sorta di pretesto per ricostruire la parabola storico-politica dello Stato moderno dalla sua genesi fino alla sua crisi<sup>84</sup>.

Il nodo problematico da cui muove la sua riflessione è la distinzione tra *dittatura commissaria* e *dittatura sovrana*, le quali pur nascendo entrambe da una situazione eccezionale, si contraddistinguono per la diversa fonte di legittimazione del potere: nel primo caso, si tratta del potere costituito, nel secondo, invece, si fa riferimento al potere costituente. In effetti, la dittatura commissaria<sup>85</sup> nell'esperienza storica della repubblica romana aveva il compito di garantire, in casi eccezionali, con procedure *extra-ordinem*, l'ordinamento giuridico esistente (funzione di conservazione) attraverso "un forte *imperium* che non potesse essere messo in discussione, come l'autorità dei consoli, dall'esercizio collegiale del governo, dal diritto di veto dei tribunali della plebe o dall'appello puro e semplice al popolo"<sup>86</sup>. In questo caso, la legittimazione del potere dittatoriale<sup>87</sup> trovava la propria scaturigine nell'ordinamento costituzionale preesi-

---

ticolare, successivamente nella dottrina dello Stato, dove quest'ultimo appare come una sorta di istanza mediatrice tra l'idealità del diritto e la concretezza empirica dell'individuo. Nell'ultima parte del testo, invece, Schmitt procede alla disamina critica dell'art. 48 della Costituzione di Weimar riguardante il riconoscimento al Presidente del Reich di poteri eccezionali in caso di minaccia all'ordine e alla sicurezza pubblica. Si tratta di una problematica sulla quale Schmitt ritorna più volte – dandone letture in parte contrastanti – nel corso della sua riflessione. Per comprendere l'importanza dell'art. 48 nell'opera del giurista di Plettenberg si rimanda a due saggi da poco disponibili per il lettore italiano nella nuova edizione de *La Dittatura*, a cura di A. Caracciolo, Roma, 2006: 1) la lunga e articolata relazione tenuta da Schmitt al congresso dei giuristi tedeschi di diritto pubblico svoltosi a Jena il 14 e 15 aprile del 1924 *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre*, n. 1, 1924, pp. 63-104; tr. it., *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar*, in C. SCHMITT, *La Dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 2006, pp. 249-301; 2) l'omonima voce del giurista tedesco per lo *Staatslexicon* della Görres-Gesellschaft (1926), ora in C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, G. Maschke (Hrsg.), Berlin, 1995, pp. 33-37; tr. it., *Dittatura. Voce per un'enciclopedia*, *ivi*, pp. 305-310.

<sup>83</sup> *La Dittatura* ebbe una notevole eco nel dibattito giuridico-filosofico e teorico-politico degli anni Venti non solo sull'*intelligenza* conservatrice ma anche su quella rivoluzionaria: si pensi, tra gli altri, a Max Adler, uno degli esponenti più significativi dell'austromarxismo, oppure al comunista senza partito, Arthur Rosenberg, personaggio anomalo del *milieu* weimariano, ma soprattutto a W. Benjamin.

<sup>84</sup> Su questo punto vedi più diffusamente M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere*, cit., pp. 117 ss.

<sup>85</sup> I caratteri costitutivi della dittatura commissaria sono: la straordinarietà della carica; l'eccezionalità dei fatti di legittimazione; la puntualità dell'incarico; l'imprescindibilità del collegamento tra compito assegnato e poteri dittatoriali; temporaneità della carica; funzionalità dell'azione del *dictator* al mantenimento della difesa dell'ordine costituzionale.

<sup>86</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 15.

<sup>87</sup> La figura del dittatore commissario viene richiamata anche da colui che viene considerato il padre della Costituzione weimariana, il quale nel commentare l'articolo 48 della Costituzione

stente (c.d. potere costituito). Al contrario, la dittatura sovrana<sup>88</sup> durante la rivoluzione puritana rappresenta, per Schmitt, l'esempio più eclatante di rottura della continuità dell'ordine statale costituito<sup>89</sup>. Tale rottura però, pur risalendo storicamente a tale periodo si realizza pienamente con la Rivoluzione francese, la quale segna una frattura radicale<sup>90</sup> rispetto al passato poiché per la prima volta viene affermata la sovranità assoluta del popolo<sup>91</sup>. In questo caso però Schmitt si richiama – dandone un'interpretazione discutibile – al concetto di volontà generale di Rousseau<sup>92</sup> sottolineando come il popolo si identifica *tout court* con la volontà della maggioranza che va sempre esercitata direttamente e che non può mai essere solamente rappresentata. In altri termini, la dittatura sovrana “fa appello al popolo come sempre presente<sup>93</sup>, che può entrare in azione in ogni momento e quindi avere un peso immediato anche sotto l'aspetto giuridico”<sup>94</sup> rimuovendo *de facto* l'ordinamento esistente. Essa non si limita ad una semplice *sospensione* della *vecchia* costituzione basandosi su di un diritto da essa contemplato ma mira alla creazione *ex nihilo* di una *nuova* costituzione ritenuta come quella autentica. La fonte della dittatura, dunque, non è ravvisabile in una costituzione già in vigore, ma nel *pouvoir constituant*, la cui titolarità spetta – secondo Schmitt – al popolo, alla nazione, dal cui “abisso infinito e insondabile del suo

---

weimariana afferma: “il Presidente del Reich investito dei poteri dell'art. 48 è un [dittatore] commissario, il cui obiettivo era di difendere la Costituzione”, H. PREUSS, *Reichsverfassungsmässige Diktatur*, in *Zeitschrift für Politik*, XIII, 1924, p. 101.

<sup>88</sup> Secondo Schmitt, la marxiana dittatura del proletariato rientra tra le ipotesi di dittatura sovrana.

<sup>89</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 142.

<sup>90</sup> La riflessione schmittiana si sofferma, come sempre, sulle situazioni eccezionali, sui momenti di rottura. In questo caso tale funzione viene assunta proprio dal popolo considerato come una sorta di “miracolo” capace di distruggere l'intero ordinamento giuridico.

<sup>91</sup> Secondo C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 589, per Schmitt “il vero portato della rivoluzione non è l'idealismo della libertà, dell'uguaglianza e della fraternità (...) ma il potere costituente come origine della politica, come ‘Entstehung der Verfassung’, che si fa autorità a se stesso, non riconoscendo altro ordine che il proprio, e invertendo così il tradizionale rapporto tra *auctoritas* e *potestas*: il potere costituente del popolo diviene cioè l'unica autorità possibile nel Moderno, diviene sovranità popolare. L'esito della rivoluzione è quindi che il popolo si identifica politicamente con il proprio potere costituente”.

<sup>92</sup> M. LUCIANI, *Carl Schmitt e il concetto di “Dittatura”*, in *Diritto e società*, 1975, p. 530, considera inappropriato il richiamo fatto da Schmitt al concetto rousseauiano di *volonté générale*, “la quale è pur sempre espressione di un corpo politico, il cui *ligamen* è a sua volta costituito da quel tipico rapporto *politico* (e non etico o di “sangue”) che è il *contrat social* (il che avrebbe dovuto essere ancor più chiaro allo stesso Schmitt ed in genere a chi, come lui, pone a fondamento dell'esperienza politica, il rapporto amico-nemico). In Schmitt, invece la *volonté générale* ha innanzitutto un significato spirituale: è essa stessa *forza spirituale* incontrollata ed incontrollabile poiché (dice Schmitt citando Sieyès) “la nazione è sempre allo stato di natura” (e, come si sa, il *bellum omnia contra omnes* che è l'essenza dello stato di natura nella teorica hobbesiana accettata da Schmitt, è la negazione stessa del diritto e della soggezione ad esso”.

<sup>93</sup> Le problematiche del popolo come titolare del potere costituente del popolo come entità sempre presente saranno approfondite in maniera più sistematica da Carl Schmitt nella *Verfassungslehre*, cit., pp. 109 ss. e 313 ss.

<sup>94</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 158.

potere sorgono forme sempre nuove, che essa può infrangere quando vuole e nelle quali essa non cristallizza mai definitivamente il proprio potere”<sup>95</sup>.

In questo senso, il popolo<sup>96</sup>, cioè il soggetto detentore del potere costituente<sup>97</sup>, non è altro che l’idea di Dio secolarizzato. Del resto è facilmente desumibile la differenza tra il potere *esercitato* da un’entità metafisica e da una materiale, quale il soggetto detentore del *pouvoir constituant*<sup>98</sup>.

Tale idea di *pouvoir constituant*, com’è noto, è stata elaborata dall’abate Sieyès<sup>99</sup> nel suo scritto sul *Terzo Stato*<sup>100</sup>, dove risulta abbastanza chiaro – a detta di Schmitt – che l’unico potere sempre costituente e mai costituito è appunto quello del popolo: “esso è per principio illuminato e può assolutamente tutto, non essendo soggetto alla costituzione perché ne è la fonte (...). Il popolo, in quanto titolare del potere costituente, non può imporsi dei vincoli ed è sempre autorizzato a darsi la costituzione che più gli pare conveniente. La costituzione è la legge fondamentale (*loi fondamentale*) non perché immodificabile e indipendente dal volere della nazione, ma perché gli organi che esercitano l’autorità dello Stato non possono modificare alcunché in essa, sulla quale anzi poggiano le loro facoltà (...). E questo vale anche per la legislazione ordinaria”<sup>101</sup>.

Il popolo, quindi, in quanto detentore del potere costituente<sup>102</sup>, non può in primo luogo essere irreggimentato all’interno dell’ordine costituito, ma può sempre, tramite una decisione, costituirne uno nuovo.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>96</sup> Secondo M. LUCIANI, *Carl Schmitt e il concetto di “Dittatura”*, cit., p. 550, Schmitt intende il popolo non “come entità sociologica o politica, quanto – e soprattutto – come entità *etica*, immediatamente coincidente con la ‘nazione’”.

<sup>97</sup> Il soggetto (ma sarebbe meglio dire il *Träger*, il portatore) del potere costituente è definibile solo *fattualmente*: in termini esistenziali e non normativi. L’esistente è infatti, per Schmitt, contingente: non è mai, in alcun modo, deducibile (G. MARRAMAIO, *La decisione e lo Stato*, in G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, 1981, p. 77).

<sup>98</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 151. Sul rapporto tra Dio, popolo e *potestas constituens*, cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 112.

<sup>99</sup> Come sottolinea P. PASQUINO, *Il concetto di nazione e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione: E. J. Sieyès*, in F. FURET (a cura di), *L’eredità della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, 1988, p. 310: “per Sieyès non si tratta come per Rousseau, di porre al posto del sovrano, rappresentante assoluto, il popolo legislatore che esercita direttamente la sovranità. Titolarità ed esercizio, come soggetto e forma per l’abate non coincidono. Sono i rappresentanti – eletti – che prendono qui il posto del monarca (attraverso la sostituzione del principio genealogico-ereditario con quello della legittimazione elettorale). Il popolo, i cittadini, prendono piuttosto il posto che aveva Dio nelle dottrine dell’origine divina del potere monarchico”.

<sup>100</sup> In realtà la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti è rintracciabile in funzione antihobbesiana in G. Lawson, e quella tra *pouvoir constitutionnel* e *puissance législative ordinaire* in polemica con Mably si trova anche in F. Mazzei, come ci ricorda P. PASQUINO, *Il pensiero di Sieyès*, in J. E. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, I, Milano, 1993, p. 24, nota 11.

<sup>101</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 152.

<sup>102</sup> La riflessione schmittiana, quindi, si pone in netta antitesi rispetto alle teorizzazioni del potere costituente della scienza giuridica coeva, si pensi a Jellinek, il quale tende a neutralizzare le potenzialità rivoluzionarie di tale potere ritenendolo *esaurito* all’interno delle istituzioni e della politica.

In secondo luogo, il popolo “non è mai autocostituente, ma sempre, costituente altro da sé”<sup>103</sup>. Ancora una volta qui Schmitt si richiama al concetto di rappresentanza (*Repräsentation*) mutuato dalla riflessione di Sieyès, il quale, a tal riguardo, afferma che i rappresentanti non sono solo dei “trasmettitori di una volontà già determinata, ché anzi sono essi stessi a darle forma (*formieren*)”<sup>104</sup>. Da questo punto di vista, “la volontà può essere oscura, anzi dev’esserlo se veramente il *pouvoir constituant* è incostituibile”<sup>105</sup>. Di conseguenza, “la volontà del popolo non può avere un contenuto preciso”, è demandata ai rappresentanti che agiscono in nome del *pouvoir constituant*, come commissari assolutamente indipendenti, “quella concretizzazione generale e fondamentale che è il progetto di una costituzione”<sup>106</sup>. Rimane essenziale il fatto che “l’esercizio del *pouvoir constituant* dev’essere qui mantenuto costantemente distinto dalla sua sostanza; nel caso contrario, il *pouvoir constituant* si troverebbe ad essere costituito nella persona dei suoi rappresentanti”<sup>107</sup>.

3.4. La funzione politico-strategica del concetto di popolo, prende progressivamente corpo all’interno del pensiero schmittiano nello scritto *Das Parlamentarismus*<sup>108</sup>, considerato “uno dei testi più estremistici dal punto di vista teorico, e insieme una della sue opere più brillanti”<sup>109</sup>. Com’è noto, in questo saggio, collocato nel clima di generale sfiducia verso le istituzioni democratico-liberali<sup>110</sup>, Schmitt radicalizza la critica<sup>111</sup> a quelli che definisce i *fondamenti*

<sup>103</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 155.

<sup>104</sup> *Ibidem*. Sul concetto di rappresentanza nel pensiero di Schmitt, cfr. *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 270-290.

<sup>105</sup> C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 155.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>108</sup> C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, 1926; tr. it., *La condizione storico-spirituale dell’odierno parlamentarismo*, a cura di G. Stella, Torino, 2004.

<sup>109</sup> C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 513. Infatti, *Parlamentarismus* ha dato luogo ad uno stimolante dibattito, anzi ad “una delle più affascinanti ed istruttive controversie di teoria dello Stato” (*einer der reizvollsten und lehrreichsten staatstheoretischen Kontroversen der letzten Jahre*) secondo quanto affermato da R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928; tr. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p. 92.

<sup>110</sup> “Nel 1923 la fiducia popolare verso la repubblica scese al livello più basso a causa della catastrofica inflazione e dello scontro interno che seguì l’occupazione francese della Ruhr nel mese di gennaio. L’inadeguata reazione del governo tedesco inasprì il senso di frustrazione e impotenza, e dette sempre più credito a chi sosteneva che le istituzioni repubblicane erano incapaci di offrire alla Germania un governo in grado di funzionare”, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton, 1983; tr. it., *Carl Schmitt teorico del Reich*, a cura di M. Ghelardi, Bologna, 1989, p. 96.

<sup>111</sup> La critica al liberalismo borghese costituisce una sorta di *leitmotiv* del pensiero di Schmitt e si presenta come un aspetto della più generale critica alla modernità: cfr. K. HANSEN, K. H. LIETZMANN (Hrsg.), *Carl Schmitt und der Liberalismuskritik*, Opladen, 1988, e E. PARISE, *Carl Schmitt. La difficile critica del liberalismo*, Napoli, 1995, per una lettura analitica del saggio *Parlamentarismus* in cui vengono evidenziate, da un lato, le felici intuizioni schmittiane e dall’altro, i limiti e

*metafisici* del parlamentarismo liberale: l'opinione pubblica (*Öffentlichkeit*)<sup>112</sup> e la discussione (*Diskussion*). Da questo punto di vista, il parlamentarismo viene inteso come il luogo classico della discussione sterile ed infinita, luogo della mediazione e del compromesso degli interessi privati, in cui l'opinione pubblica liberale corrisponde alla pubblicità sia delle opinioni nella società che delle discussioni parlamentari, cristallizzate, infine, in una legge generale e astratta, incapace pertanto di esprimere la reale volontà del popolo.

Pertanto la risposta di Schmitt alla crisi del sistema democratico-parlamentare si pone in netta antitesi al "relativismo" giuridico kelseniano<sup>113</sup> e si muove alla continua ricerca dell'unità politica del popolo<sup>114</sup>. In effetti, per Schmitt proprio il principio della sovranità popolare, ossia l'affermazione dell'identità tra governanti e governati costituisce l'essenza della democrazia<sup>115</sup>.

Alla luce di quanto affermato, il popolo<sup>116</sup> non è più solo il soggetto che detiene il potere, ma diventa soggetto del potere stesso, cioè il titolare della sovranità<sup>117</sup>. Ne consegue che sia le decisioni che le leggi non trovano la loro scaturigine da un'autorità eteronoma, ma la loro efficacia dipende esclusivamente dalla volontà di coloro che devono necessariamente soggiacere a tali decisioni. "Appartiene all'essenza della democrazia – continua Schmitt – che tutte le decisioni prese devono valere solo per coloro che decidono"<sup>118</sup>.

---

le contraddizioni. Invece, secondo C. MOUFFE, *Penser la démocratie moderne avec et contre Carl Schmitt*, in C. MOUFFE, *Le politique et ses enjeux*, Paris, 1994, pp. 83-96, la critica schmittiana al liberalismo comporta un ritorno all'immaginario pre-moderno.

<sup>112</sup> Nel lessico schmittiano, la *Öffentlichkeit* liberale rappresenta la sfera nella quale si manifesta l'opinione dei privati mentre la *Publizität* democratica la sfera della pubblicità "nella quale soltanto esiste il popolo" (*Volk existiert nur in der Sphäre der Publizität*).

<sup>113</sup> H. KELSEN nel suo saggio *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1924; tr. it., *Il problema del parlamentarismo*, in H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1984, V ed., p. 176, evidenzia l'ambiguità sottesa all'utilizzo del termine metafisico nel linguaggio schmittiano poiché Schmitt, da un lato, considera "il liberalismo come un vasto e coerente sistema metafisico", mentre dall'altro riconosce che "il parlamentarismo democratico non può che essere fondato su un'ideologia relativistica".

<sup>114</sup> A Schmitt interessa soprattutto l'unità politica di un popolo e non il popolo inteso nella sua esistenza naturale, cfr. G. DUSO, *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo Stato*, cit., p. 57 s.

<sup>115</sup> Schmitt in *Parlamentarismus* formula la sua teoria della democrazia opponendo al liberalismo il solo principio dell'identità, mentre in *Dottrina della Costituzione*, ove riprende e sviluppa ulteriormente tale teoria, farà riferimento non solo al principio dell'identità ma anche a quello della rappresentazione.

<sup>116</sup> "I differenti popoli o gruppi sociali ed economici, – precisa Schmitt – che si organizzano 'democraticamente', hanno solo in astratto lo stesso soggetto chiamato 'popolo'. In concreto, le masse sono sociologicamente e psicologicamente eterogenee" (*La condizione storico-spirituale*, cit., p. 35).

<sup>117</sup> "La nozione schmittiana di democrazia pone il popolo al centro della decisione sulla forma e la specie dell'unità politica. Essa comporta il superamento di quell'atomismo individualistico, liberale e borghese che riduce l'unità politica a mera unità normativa", A. CARACCILO, *op. cit.*, p. XIV.

<sup>118</sup> C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale*, cit., p. 35.

Pertanto l'essenza della democrazia non è l'uguaglianza universale, come propugnato dai teorici del liberalismo<sup>119</sup>, ma l'omogeneità sostanziale<sup>120</sup>. La conseguenza reale in cui, però, incorre tale concezione della democrazia è l'esclusione del diverso, dell'eterogeneo visto come "colui che minaccia l'omogeneità"<sup>121</sup>. A sostegno di ciò Schmitt richiama l'esempio storico della democrazia ateniese e dell'impero inglese, entrambi ritenuti democratici, pur avendo escluso parte della popolazione dalla giurisdizione dello Stato<sup>122</sup>. In ogni caso, Schmitt non chiarisce mai come si potrebbe raggiungere di fatto l'omogeneità sostanziale<sup>123</sup>.

3.5. Un ulteriore scritto<sup>124</sup>, *Volksentscheid und Volksbegehren*<sup>125</sup>, nonostante sia ritenuto marginale dagli esegeti del pensiero schmittiano, risulta importante nel quadro della ricostruzione del concetto di popolo in Schmitt. Si tratta com'è noto, del testo, ampliato soprattutto nell'ultima parte, della conferenza tenuta da Carl Schmitt a Berlino nel dicembre 1926 presso la *Juristische Gesellschaft*. Tale scritto, pur trattando del tema della democrazia diretta o pura, tramite l'esame approfondito del *referendum* come strumento positivo di espressione della volontà popolare, costituisce per Schmitt un pretesto per sviluppare ancora una volta una serie di riflessioni sul popolo<sup>126</sup>, riprese ed ampliate in *Dottrina*

<sup>119</sup> Schmitt considera il liberalismo impolitico poiché da un lato, ignora la decisione e dall'altro, rimuove il conflitto amico-nemico.

<sup>120</sup> Il concetto di popolo come sottolinea J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1989, pp. 208 ss., assume una diversa valenza nelle due diverse edizioni del testo schmittiano. Nella prima (1923) tale concetto non assume connotazioni sostanzialistiche e Schmitt si limita semplicemente ad affermare che "l'opinione che ogni autorità provenga dal popolo ha un significato analogo all'opinione secondo cui ogni superiore autorità provenga da Dio" (p. 43); al contrario, nella seconda (1926) l'attenzione di Schmitt si concentra soprattutto sull'omogeneità sostanziale del popolo. Tale differenza deriva, secondo G. STELLA, *Postfazione*, in C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale*, cit., p. 117, dal fatto che nella premessa risalente al 1926 "i concetti sono enfatizzati, quasi esasperati, a causa dell'intento che anima Schmitt di controbattere in modo efficace alla virulenta critica portata avanti dal recensore" (il riferimento è ovviamente a R. Thoma).

<sup>121</sup> C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale*, cit., p. 12.

<sup>122</sup> "Finora in generale sono sempre appartenuti ad una democrazia anche degli schiavi o degli uomini, i quali, in una qualche forma, in tutto o in parte, sono stati privati dei diritti e tenuti lontani dall'esercizio della potestà politica, si chiamassero essi barbari, incivili, atei, aristocratici o controrivoluzionari", C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale*, cit., p. 13.

<sup>123</sup> P. PASQUINO, *Unità politica, democrazia e pluralismo*, cit., p. 130.

<sup>124</sup> Lo scritto in questione costituisce, per certi aspetti, la svolta schmittiana verso una teoria della legittimità totalmente irrazionale, H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 190.

<sup>125</sup> C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Berlin-Leipzig 1927; tr. it., *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare. Un contributo all'interpretazione della costituzione weimariana ed alla dottrina della democrazia diretta*, in C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo*, a cura di M. Alessio, Milano, 2001, pp. 21-86.

<sup>126</sup> J.-F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre speculation et positivité*, Paris, 1992, p. 307.

della Costituzione; tant'è che già nell'*Avvertenza* Schmitt precisa che “la questione fondamentale del ‘popolo’ e della ‘democrazia’ è stata in genere trattata soltanto sociologicamente (...) mentre qui si tenta di ricavare distinzioni chiare ed utilizzabili per la teoria politica e per la dottrina generale dello Stato”<sup>127</sup>.

Nella prima parte del saggio, Schmitt premette che, in linea generale, proposta di legge d’iniziativa popolare (o iniziativa di popolo) e decisione popolare (o *referendum*) vengono designate impropriamente come “sottospecie” del *referendum*. In realtà, si tratta di due espressioni diverse dal punto di vista storico-concettuale. In particolare, Schmitt sottolinea il venir meno dell’originaria funzione svolta dal *referendum*: una sorta di resoconto al popolo<sup>128</sup> e una conferma da parte dello stesso nei confronti della rappresentanza popolare. Fatta questa precisazione il giurista tedesco esamina i cinque casi, espressamente previsti dall’art. 73 della Costituzione di Weimar, in cui è possibile ricorrere alla procedura referendaria, soffermandosi soprattutto sul caso previsto dall’ultimo comma, cioè la proposta di legge d’iniziativa popolare ad opera di un decimo degli aventi diritto. Solo in quest’ultima ipotesi, il popolo svolge una vera e propria funzione attiva (funge da legislatore) esautorando di fatto il parlamento, l’organo preposto istituzionalmente all’esercizio della funzione legislativa (*Reichstag*). Invece, nei casi contemplati dai commi precedenti il popolo si limita a svolgere solo ed esclusivamente una funzione passiva: può impedire l’attuazione di una legge oppure esercitare un diritto di veto.

Nello specifico, osserva Schmitt, la proposta di legge d’iniziativa popolare viene presentata al fine di ottenere un *referendum*. Pertanto il suo *iter* procedurale si presenta alquanto tortuoso rispetto a quello normale previsto per l’approvazione di una legge ordinaria. Qualora il *Reichstag* proceda all’approvazione, senza modifiche, della proposta in oggetto non si fa ricorso alla procedura referendaria. La *ratio* di tale norma è quella di evitare in questi casi, per evidenti motivi pratici e/o di opportunità il *referendum*. Invece, in caso affermativo il popolo<sup>129</sup> – inteso come l’insieme dei cittadini aventi diritto di voto – deve decidere tra la proposta presentata e la diversa deliberazione del *Reichstag*. Schmitt, contrariamente a quanto sostenuto da altri giuristi, sottolinea l’unitarietà della procedura speciale che si muove in parallelo con quella ordinaria. A corroborare la sua ipotesi sovviene l’esclusione, dalla procedura della legislazione popolare,

<sup>127</sup> C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge*, cit., p. 25. Ciò ha spinto un’acuta giurista di formazione kelseniana M. KRAFT-FUCHS, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1930, pp. 511-541, a ritenere il concetto schmittiano di popolo come un concetto essenzialmente teorico e dunque avulso dalla realtà politico-sociale.

<sup>128</sup> “Una concezione superficiale molto diffusa ritiene semplicemente essere ‘democratico’ lasciar fare al ‘popolo’ tutto il possibile e ritiene invece ‘non democratico’ anche solo domandarsi cosa possa fare il ‘popolo’ in genere. Io credo che un popolo valoroso nei momenti grandi e decisivi sia capace di cose immani”, C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge*, cit., p. 59.

<sup>129</sup> Schmitt richiama un passaggio della *Rechtslehre* kantiana in base alla quale “il popolo riunito non rappresenta semplicemente il sovrano ma è esso stesso il sovrano e non può essere rappresentato”.

del bilancio di previsione, delle leggi d'imposta e dell'ordinamento retributivo (art. 73, 4° comma).

Nella terza ed ultima parte del testo, “quantitativamente la più ampia e concettualmente la più stimolante e significativa”<sup>130</sup>, Schmitt, da un lato, tesse l'elogio dell'*acclamatio*<sup>131</sup>, figura mutuata dal diritto pubblico romano<sup>132</sup>, sottolineando come essa rappresenti un fenomeno eterno di ogni comunità politica; in estrema sintesi: “nessuno Stato senza popolo, nessun popolo senza acclamazione”; dall'altro, esalta le virtù del popolo, il quale in casi eccezionali, ovvero nei “momenti più grandi e decisivi” diventa “capace di cose immani”. In effetti, “un popolo, che in un vero raduno al mercato o in un altro luogo si presenta quale comunità riunita (...) è sociologicamente e politicamente senz'altro una grandezza riconoscibile”. Solo quest'ultimo – puntualizza Schmitt – è titolare della *volontà generale* che si esprime in modo totalmente diverso dal popolo non radunato che è solamente la sommatoria delle votazioni individuali segrete. Tale forma di espressione della volontà, infatti, essendo segreta, individuale e non preceduta da alcun dibattito pubblico non fa altro che annichilire le reali potenzialità del popolo riunito. Schmitt precisa pertanto che “la vera attività, capacità e funzione del popolo, il nucleo di ogni espressione popolare, il fenomeno democratico originario, ciò che anche Rousseau ha prospettato come vera democrazia, è l'acclamazione, il grido di approvazione o di rifiuto della massa riunita<sup>133</sup> (...). Il popolo grida viva o abbasso, esulta o brontola, butta giù qualcuno e proclama capo qualcun altro, acconsente ad una deliberazione con una parola qualsiasi o nega questa acclamazione con il silenzio”<sup>134</sup>. L'obiettivo polemico di Schmitt è, dunque, ancora una volta la democrazia liberale basata sulla votazione individuale che viene contrapposta alla democrazia plebiscitaria, in cui il popolo (inteso come *res totale*) si esprime politicamente attraverso l'acclamazione<sup>135</sup>; viceversa, “il popolo che esprime la sua volontà in una votazione individuale

<sup>130</sup> M. ALESSIO, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo*, cit., p. 3.

<sup>131</sup> L'*acclamatio* per Schmitt non è, dunque, un fenomeno psicologico ma politico-costituzionale.

<sup>132</sup> Il concetto di popolo elaborato da Schmitt è intessuto di frequenti richiami al diritto pubblico romano, anche se “nella particolare curvatura schmittiana di *acclamatio*, agisce probabilmente anche l'immagine mitica propria del diritto germanico dei re-condottieri a capo dell'assemblea del popolo riunito e in armi”, G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996, p. 19.

<sup>133</sup> C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge*, cit., p. 62.

<sup>134</sup> Tale passo viene ripreso, in termini più o meno analoghi, in *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 319 s.

<sup>135</sup> “L'acclamazione plebiscitaria porta sempre con sé una caratteristica impronta carismatica. Per questo esiste un nesso preciso tra la democrazia dell'identità definita mediante il ricorso al concetto di acclamazione e il modello di potere carismatico come rapporto di identificazione tra seguito e capo. L'origine teologica della nozione di carisma è del resto ben nota: Max Weber la trasse dal monumentale *Kirchenrecht* di Rudolf Sohm per applicarla in pagine illuminanti di *Wirtschaft und Gesellschaft* all'analisi dei sistemi democratici e dei sistemi rappresentativi”, P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit. p. 121.

segreta può rispondere, ma non domandare”<sup>136</sup>. Dunque, soltanto la procedura democratico-plebiscitaria<sup>137</sup> dell’acclamazione garantisce la dimensione pubblica. La presenza del popolo che acclama è condizione dell’esistenza di una sfera pubblica. In ultima analisi, il liberalismo da un lato, stravolge il principio di rappresentanza, riducendo la *Repräsentation* pubblica a privata *Vertretung*; dall’altro, deforma il principio d’identità, sostituendo alla procedura dell’acclamazione pubblica il metodo dell’elezione segreta.

In definitiva, la nozione schmittiana di democrazia plebiscitaria richiama alla mente il processo arcaico della formazione della volontà politica mediante assemblea del popolo in armi<sup>138</sup>. Ma è significativo che Schmitt nel fare ciò si richiami agli studi del teologo Erik Peterson sulle forme dell’*acclamatio* nei primi secoli di storia della cristianità.

3.6. Uno dei luoghi centrali per la ricostruzione del concetto schmittiano di popolo è senza dubbio la *Verfassungslehre*<sup>139</sup>, un’opera che ha profondamente segnato la riflessione novecentesca<sup>140</sup>, tanto da essere ormai annoverata tra i classici del pensiero giuridico-filosofico contemporaneo<sup>141</sup>. In tale opera, pubbli-

<sup>136</sup> C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge*, cit., p. 66. Il significato di tale controversa espressione *Volk kann antworten, aber nicht fragen*, secondo G. DUSO, *Rappresentazione e unità politica nel dibattito degli anni Venti: Schmitt e Leibholz*, in ID., *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, 1988, p. 100, consiste nel fatto che: “l’unità del popolo è il risultato di un processo in cui gli individui appartenenti al popolo si riconoscono nella messa in forma unitaria formulata attraverso la domanda, facendo così emergere una volontà, non più individuale ma collettiva, cioè appartenente al popolo intero. Il domandare, dunque, mette in forma e unisce le volontà, e permette di costituire l’elemento portante di tutto il processo in cui l’identità assume il senso dell’identificazione, impensabile senza la rappresentazione dell’unità”; di diverso avviso, invece, M. ALESSIO, *Presentazione*, cit., p. 5.

<sup>137</sup> Tali tematiche sono state ulteriormente sviluppate dal giurista di Plettenberg, il quale a proposito dei poteri del Presidente del Reich nella Costituzione di Weimar sostiene che “la sua investitura politica avviene direttamente dal popolo (...). Al presidente viene riconosciuta la facoltà di appellarsi, quando lo ritiene opportuno direttamente al popolo, al di là degli altri istituti costituzionali e dei partiti. Il presidente del Reich ha un contatto diretto con il popolo (...) ha la fiducia di tutto il popolo, non attraverso la mediazione di un parlamento lacerato in partiti, ma immediatamente accordata alla sua persona”, C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931; tr. it., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, p. 241 s.

<sup>138</sup> “Il modello storico a cui fa riferimento Schmitt è quello delle tribù germaniche descritte da Tacito – una delle poche concessioni di Schmitt al germanesimo di maniera – che acclamano il loro capo battendo sullo scudo”, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il “Custode della Costituzione”*, in *Storia e politica*, 1997, p. 514.

<sup>139</sup> Abbiamo volutamente ommesso – per ovvie ragioni di spazio – un commento critico-sistematico della *Verfassungslehre*, soffermando qui maggiormente la nostra attenzione sul paragrafo 18 intitolato *Das Volk und die demokratische Verfassung (Il popolo e la costituzione democratica)*, pp. 313-330.

<sup>140</sup> Per una disamina più approfondita della *Verfassungslehre*, cfr. O. BEAUD, *op. cit.*

<sup>141</sup> Anche uno dei suoi critici più radicali afferma: “Carl Schmitt fu come brillantemente testimonia la sua *Dottrina della Costituzione* del 1928 un competente teorico di dottrina dello Stato che, come acuto avversario, venne preso sul serio dai più influenti giuristi dell’epoca weimariana (...). Carl Schmitt fu un brillante scrittore capace di unire pregnanza concettuale a sorprendenti,

cata in uno dei momenti più tragici dell'esperienza weimariana, Schmitt riprende e sviluppa criticamente le argomentazioni del decennio precedente, riconoscendo al popolo una forte rilevanza politica, sia pur in un contesto argomentativo diverso, ma più organico e sistematico<sup>142</sup>.

È la costituzione intesa nel suo significato assoluto<sup>143</sup> a introdurre nella *Verfassungslehre* il concetto di popolo, inteso come realtà concreta, esistenziale<sup>144</sup>. La parola *costituzione* – precisa Schmitt – deve essere limitata alla Costituzione dello Stato, cioè all'unità politica di un popolo, se la si vuole rendere intellegibile<sup>145</sup>. Al contrario, definire la costituzione come legge fondamentale o norma fondamentale vuol dire attribuire ad un'insieme differente di norme una sorta di unità sistematica, ma solo dal punto di vista logico-normativo. Secondo Schmitt, l'unità del popolo tedesco è qualcosa di esistenziale e lo si desume innanzitutto dal *Preambolo* alla Costituzione weimariana ove al primo comma si afferma che “il popolo tedesco si è data questa costituzione” e successivamente che “il potere dello Stato emana dal popolo”<sup>146</sup>. L'unità del Reich tedesco non si fonda sui 181 articoli [della Costituzione di Weimar] e sul loro valore, ma sull'esistenza del popolo tedesco. La *volontà* del popolo tedesco – cioè qualcosa di esistenziale – fonda l'unità politica e il diritto pubblico<sup>147</sup>. “La concreta esistenza del popolo è dunque – come sottolinea Duso – il terreno su cui posa la reale unità politica e il senso unitario della costituzione. Questo con-

---

geniali associazioni (...). Schmitt fu un intellettuale che fino a tutti gli anni Trenta impegnò il suo sapere specialistico in diagnosi dell'epoca di notevole sensibilità. Infine, egli conservò, alla chiarezza del linguaggio, il gesto del metafisico che va in profondità e smaschera una banale realtà”, J. HABERMAS, *La malattia mortale del Leviatano*, in *Micromega*, 1986, n. 3, p. 233.

<sup>142</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 5. In effetti, è certamente la “sua opera più compiuta da un punto di vista sistematico, che quindi consente di identificare una griglia concettuale sufficientemente stabilizzata, non rapsodica o solo polemica” (G. PRETEROSS, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., p. 4). La *Dottrina* può invece essere letta – a detta di O. BEAUD, *op. cit.*, pp. 9 ss. – sia come un'opera di filosofia politica (o di scienza politica) che di diritto costituzionale. Si tratta, soprattutto, di una “teoria tedesca della costituzione”, cioè un'opera interamente impregnata di riferimenti alla tradizione tedesca sia giuridica (Savigny) che filosofica (Hegel). In realtà – il rilievo è di C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 603 – la *Dottrina*, per molti versi, dimostra la distanza che separa Schmitt dalla tradizione tedesca del diritto pubblico.

<sup>143</sup> L'analisi storico-concettuale condotta da Schmitt evidenzia la plurivocità di significati del termine costituzione: a) *assoluta* (la costituzione come tutto unitario); b) *relativa* (la costituzione come molteplicità delle singole leggi); c) *positiva* (la costituzione come decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica); d) *ideale* (costituzione c.d. in senso peculiare, a causa di un determinato contenuto).

<sup>144</sup> G. DUSO, *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo Stato*, cit., p. 55 s.

<sup>145</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 15.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 89. Qualche anno più tardi, lo stesso concetto sarà ripreso da Schmitt in maniera più puntuale: “la costituzione del Reich si attiene all'idea dell'unità omogenea, indivisibile di tutto il popolo tedesco, che si è dato esso stesso questa costituzione, in forza del suo potere costituente, con una decisione politica positiva, cioè un atto unilaterale”, *Id.*, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 98.

<sup>147</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 24.

cetto concreto ed esistenziale di popolo non porta tuttavia a concepirlo come determinato in una sfera prepolitica, o naturalistica”<sup>148</sup>.

Dopo aver descritto in maniera esemplare lo scenario storico-politico in cui si assiste al progressivo declino del parlamentarismo, Schmitt evidenzia soprattutto i “lati negativi” del liberalismo, in modo particolare la sua forza di neutralizzazione del politico. In questo contesto, il concetto democratico di popolo, dunque, assume una forte connotazione politica ponendosi in radicale alternativa alla presunta impoliticità o neutralità del liberalismo<sup>149</sup> (e dell'economicismo marxista)<sup>150</sup>.

Il giurista renano, però, concentra la propria attenzione solo su due, tra i diversi significati, cui si è soliti connotare la parola popolo<sup>151</sup>: il popolo entro la costituzione (*Das Volk innerhalb der Verfassung*), cioè inteso come grandezza strutturata e organizzata e il popolo fuori e al di sopra della costituzione (*Das Volk vor und über der Verfassung*), cioè come grandezza non definita e strutturata<sup>152</sup>. Nel primo caso, Schmitt si riferisce al popolo come insieme di elettori o cittadini avente il diritto di voto<sup>153</sup>, come avviene per esempio, nelle elezioni del Presidente del Reich da parte di tutto il popolo, oppure nell'elezione di un membro del Parlamento. Nel secondo caso, invece, il popolo è costituito da coloro che non governano, non sono autorità pubbliche.

Tra le accezioni di popolo appena delineate, Schmitt sembra prediligere il peculiare significato della parola presente nell'elemento negativo: il popolo inteso come coloro che non governano e non sono ancora autorità e magistrati. In un sistema democratico, l'azione politica del popolo, pertanto, non può affatto ridursi alle sole competenze delineate dalla legge costituzionale (elezioni e *referendum*); al contrario, la sua caratteristica essenziale è proprio quella di esistere politicamente come grandezza non mediata da normative predefinite, da prassi o finzioni. “Popolo sono tutti quelli che non sono eccellenti o distinti, tutti i non

<sup>148</sup> G. DUSO, *Tra costituzione e decisione*, cit., p. 56.

<sup>149</sup> “Questo il quadro – fortemente problematico – in cui si situa la vicenda del parlamentarismo contemporaneo. A questo quadro Schmitt aveva dedicato già nel 1923 una importante monografia, di cui ora nel § 18 della *Verfassungslehre* – riprende la serrata critica al sistema parlamentare, sorretta da una dottrina del popolo (*Volkslehre*) che funge da centro tematico”, E. CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991, p. 74.

<sup>150</sup> Il concetto di popolo ha senso nella riflessione schmittiana qualora abbia una connotazione politica e non economica come avviene nel caso del concetto marxiano di classe. Anzi, in un passaggio poco chiaro della *Verfassungslehre*, Schmitt sottolinea che qualora una classe si trovi realmente in lotta accade che tale elemento da meramente economico si trasforma in politico e la classe diventa popolo.

<sup>151</sup> Dal punto di vista della semantica del popolo, Schmitt riconosce importanza al saggio di J. Held, *System des Verfassungsrechtes*, Würzburg, 1856, la cui peculiarità consiste nell'aver evidenziato, tra i nove significati enunciati del termine di popolo, quello più vicino alla riflessione schmittiana, l'elemento negativo insito nel concetto di popolo.

<sup>152</sup> Cfr. G. DUSO, *Tra costituzione e decisione*, cit., p. 56.

<sup>153</sup> In questo caso, la volontà del popolo si realizza solo come risultato di un sistema di atti formalmente validi o addirittura di finzioni. Quindi, il popolo si riduce alla maggioranza, ordinaria o qualificata, degli elettori aventi diritto di voto.

privilegiati, tutti quelli che non sono posti in risalto dalla proprietà, dalla posizione sociale o dall'educazione (dice Schopenhauer: 'chi non comprende il latino appartiene al popolo')<sup>154</sup>.

Dal punto di vista storico-politico, ancora una volta Schmitt si rifà all'esperienza rivoluzionaria francese del 1789, in cui il popolo<sup>155</sup> – istanza non stabile, non organizzata – si poneva in contrapposizione all'aristocrazia e ai privilegiati<sup>156</sup>. Secondo Schmitt sarebbe più opportuno – sulla scorta del pensiero di Sieyès – parlare di “nazione” piuttosto che di “popolo”, in quanto la parola nazione, più pregnante e meno equivoca, implica il popolo come unità politica capace di agire politicamente; al contrario, il popolo che non esiste come nazione è soltanto una qualunque unione di uomini affine etnicamente o culturalmente ma che non necessariamente esiste politicamente<sup>157</sup>.

Il popolo assume una forte valenza politica<sup>158</sup>, cioè diventa esistente solo nella sfera della pubblicità. “Nessun popolo senza pubblicità”; e viceversa “nessuna pubblicità senza popolo”, osserva lapidariamente Schmitt, il quale ricorda la celebre affermazione di Rousseau, che il popolo non può essere rappresentato perché deve essere presente. Solo qualcosa di assente può essere rappresentato<sup>159</sup>. Schmitt ricorre ad alcuni esempi significativi tratti dall'esperienza storica concreta in cui il popolo risulta effettivamente riunito: la democrazia greca, il foro romano. Ma anche nell'ipotesi in cui il popolo dovesse riunirsi in un luogo non definito e sulla base di una procedura non regolamentata, il suo peculiare significato sta secondo Schmitt nel fatto che si tratta di una moltitudine riunita pubblicamente<sup>160</sup>.

<sup>154</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 318.

<sup>155</sup> Nell'accezione francese, il termine *peuple* risulta contrassegnato da un'originaria ambivalenza: all'espressione positiva (perché declinata in termini inequivocabilmente rappresentativi) di *peuple-Nation*, si oppone quella materialistica, negativa di *populace*. Tale duplicità di significati è stata sottolineata, tra gli altri, soprattutto da H. ARENDT, *On Revolution*, New York, 1963; tr. it., *Sulla rivoluzione*, Milano, 1999, p. 78 s.

<sup>156</sup> La riflessione di Schmitt sulla rivoluzione francese risulta viziata da alcune imprecisioni, per esempio all'epoca dell'Assemblea nazionale costituente del 1789 non era il popolo francese in quanto tale ma il terzo stato, cioè la borghesia che si presentava e si sentiva classe generale, che costituiva la nazione, cioè il soggetto agente, dotato di coscienza politica. C. ROEHRSEN, *Il ritorno all'ontologia nel costituzionalismo di Weimar*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1979, p. 504.

<sup>157</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 113 ss.

<sup>158</sup> Allora la rappresentazione non solo implica, attraverso la pubblicità il popolo, ma lo implica come elemento attivo e produttivo nei confronti di questa sua essenziale dimensione della pubblicità. Così G. DUSO, *Rappresentazione e unità politica nel dibattito degli anni Venti*, cit., p. 97.

<sup>159</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 319.

<sup>160</sup> “Il popolo, in quanto totalità vivente non ammette, l'articolazione di un linguaggio comunicativo, che viene visto come deformazione liberale, ma si esprime acclamando o rifiutando; il monismo non potrebbe essere più radicale: il popolo, nel suo essere-non-articolato, è monade mistica”, E. CASTRUCCI, *op. cit.*, p. 80.

4. Alla luce delle considerazioni effettuate si evince come il concetto di popolo<sup>161</sup> sia, da un lato, uno dei concetti centrali della riflessione schmittiana<sup>162</sup> nel periodo weimariano, e, dall'altro, come la sua forte valenza politico-strategica<sup>163</sup> assuma progressivamente importanza all'interno dell'opera del giurista renano. Si tratta di un concetto la cui ricostruzione, allo stesso modo degli altri concetti del lessico schmittiano, si presenta estremamente ambigua e problematica poiché il suo *iter* storico-concettuale è il risultato di una complessa storia politica e dottrinarica: risente di suggestioni letterarie (Däubler), di influenze giuridico-filosofiche (Savigny, Hegel, Rousseau) e di richiami politici (Cortés, Hobbes, Sieyès). Lo si desume innanzitutto dalla stessa lettura dei testi schmittiani, in modo particolare dalla sua opera più sistematica *Dottrina della Costituzione*, dove nei passaggi salienti Schmitt richiama spesso il concetto di popolo (*popolo come sovrano, suddito, valore effettivo*)<sup>164</sup> ma senza darne mai volutamente una definizione compiuta.

In secondo luogo, lo si percepisce dal continuo oscillare della riflessione schmittiana<sup>165</sup> tra una accezione negativa del popolo (“*resto*”) cioè come grandezza non ufficialmente organizzata (coloro che non governano, che non rappresentano) e una positiva (“*potenza*”) cioè l'insieme dei cittadini che votano o partecipano alle elezioni secondo un procedimento regolamentato<sup>166</sup>.

In terzo luogo, dall'ambigua valenza semantica dei concetti nella lingua tedesca e dalle conseguenti difficoltà in cui si trova la cultura germanica nel definirli in maniera chiara ed univoca, come sottolinea lo stesso Schmitt: “non è facile che i tedeschi riescano a dare ad un termine un valore semplice e comodo,

<sup>161</sup> Com'è noto, il popolo inteso nella sua accezione “organicistica”, può considerarsi il prodotto della scienza giuridica ottocentesca piuttosto che di un singolo giurista, cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

<sup>162</sup> Lo stesso Schmitt ce lo ricorda quando nella sua opera più importante afferma “il concetto centrale della democrazia è il popolo e non l'umanità”, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 307.

<sup>163</sup> Nella riflessione schmittiana, in realtà, il concetto di popolo assume una duplice valenza: da un lato, Schmitt è consapevole che il popolo nella concreta situazione storica è diviso in singoli gruppi di interesse, dall'altro deve essere capace di una decisione unitaria e conseguentemente politica – o quantomeno di una legittimazione unitaria e plebiscitaria del Presidente del Reich, per ottenere con la dittatura la messa da parte proprio di quella contrapposizione, H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 151 s.

<sup>164</sup> Cfr. E. VOEGELIN, *Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staatsrechtlichen Prinzipien*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1931, pp. 89-109; tr. it., *La Dottrina della Costituzione di Carl Schmitt. Tentativo di analisi costruttiva dei suoi principi teorico-politici*, in G. DUSO (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, Milano, 1988, pp. 291-314.

<sup>165</sup> Pertanto diventa alquanto difficile e problematico sussumere i diversi significati del “popolo” in un concetto unitario, anche se nella riflessione schmittiana tale concetto deve sottostare coercitivamente alla rappresentazione dell'unità.

<sup>166</sup> Il popolo per Schmitt, comunque, è molto più “resto” che “potenza”, in quanto l'accezione prevalente nella sua riflessione è sicuramente quella negativa, ovvero si tratta di una grandezza non strutturata e mai totalmente strutturabile che si differenzia dal sistema ufficialmente organizzato delle autorità e delle magistrature, C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 605.

sul quale intendersi senza difficoltà. Da noi, un'espressione si banalizza rapidamente, ma è raro che acquisti un significato convenzionale, pratico ed univoco. Quei concetti che sopravvivono come denominazioni positive e che richiederebbero una determinazione più precisa, si trascinano invece fra una pluralità di significati e fra continue dispute verbali; e chi ricerca in questa confusione una chiarezza oggettiva, s'accorge ben presto d'esser irretito in un eterno dialogo e in un verbalismo privo di prospettive"<sup>167</sup>.

In quarto luogo, il concetto di popolo è uno dei concetti più ambigui e sfuggenti del lessico giuridico-filosofico e Schmitt ne è ben conscio. A tal proposito osserva: "è soprattutto necessario diventare consapevoli dell'ambiguità del termine 'popolo' in quanto con lo stesso termine 'popolo' viene designata una serie di grandezze e di soggetti la cui diversità giuridica, politica e sociologica appare subito evidente (...). Infatti il 'popolo', inteso come la maggioranza votante che 'concede' le tasse e le imposte, e il 'popolo', cioè i contribuenti, che nella realtà economica producono reddito, non sono più univocamente le medesime grandezze. Anche qui il termine 'popolo' manifesta la sua abissale ambiguità (*abgründige Vieldeutigkeit*)"<sup>168</sup>.

Infine, il *Volk* schmittiano non va inteso nell'accezione romantico-nazionalistica<sup>169</sup>, risalente ad Adam Müller, il principale bersaglio polemico della corrosiva critica schmittiana al *romanticismo politico*, né tantomeno la sua connotazione appartiene *tout court* al lessico *völkisch*, ma la sua elaborazione si presenta piuttosto originale in quanto vorrebbe porsi come alternativa alla deriva individualistica del progetto giuridico-filosofico moderno<sup>170</sup>. Ma ciò che più di ogni altro aspetto risalta dall'analisi dell'opera di Schmitt è la valenza politica assunta da tale concetto nel senso che il popolo in quanto "energia polemica e non sostanza naturale" trova la sua scaturigine dalla "concreta esistenza politica"; infatti il popolo nella riflessione schmittiana se da un lato è un concetto di origine teologica – secondo la nota tesi formulata da Schmitt nella *Politische Theologie*, in base alla quale le categorie chiave della scienza giuridico-filosofica moderna non sono altro che concetti teologici secolarizzati<sup>171</sup> – dall'altro, assume una forte valenza polemica come evidenziato dallo stesso Schmitt, il quale sottolinea la continua tensione polemica sottesa ai concetti politici, pena la loro astrazione o insensatezza: "tutti i concetti politici sorgono da un contrasto concreto di politica estera o interna e senza questo contrasto sono solo astrazioni

<sup>167</sup> C. SCHMITT, *Premessa*, nella II edizione del 1924 di *Romanticismo politico*, cit., p. 3.

<sup>168</sup> Le citazioni riportate nel testo sono riprese da C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge*, cit., pp. 60 e 85.

<sup>169</sup> Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 605. In questo caso, bisogna precisare però che il termine *Volk* nella cultura romantica assume una plurivocità di significati, anche se quello prevalente resta, in ogni caso, quello etnico. C. CESA, *Popolo, nazione e stato nel Romanticismo tedesco*, in M. COTTONE (a cura di), *Figure del Romanticismo*, Venezia, 1987, p. 154.

<sup>170</sup> Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 607.

<sup>171</sup> In realtà, i concetti del lessico schmittiano sono piuttosto articolati e complessi in quanto derivano da una "contaminazione" tra diversi ambiti disciplinari: teologico, filosofico e giuridico oltre che politico.

equivocche e insensate. Non è perciò ammissibile astrarre dalla situazione concreta, cioè dall'opposizione concreta (...). Il momento critico nella storia di un concetto è l'istante in cui il suo avversario sfugge. Vengono allora a mancare anche la tensione polemica e la vitalità storica, se non compare subito una nuova contrapposizione"<sup>172</sup>. Tale concetto viene usato polemicamente sia contro il liberalismo borghese che contro l'ideologia marxista, due concezioni del mondo che privilegiano la *forma mentis* economicistica, i rapporti privati e ignorano del tutto la dimensione collettiva<sup>173</sup>.

Pur tuttavia, il concetto di popolo come realtà immediatamente presente e reale delineato da Schmitt appare del tutto funzionale ad una concezione "forte" della democrazia (*democrazia plebiscitaria*)<sup>174</sup>, in cui la sovranità popolare, come abbiamo visto, non può che esprimersi attraverso l'*acclamatio*<sup>175</sup>. La democrazia di massa tende così ad evolversi nelle forme plebiscitarie<sup>176</sup>, in cui il ruolo preponderante viene svolto soprattutto dal potere esecutivo o addirittura dal potere personalizzato del Custode della Costituzione, in cui viene meno il ruolo propulsivo dei partiti politici, considerati distruttivi dell'unità politica<sup>177</sup>. Alla *democrazia formale* di matrice kelseniana<sup>178</sup> – in cui il popolo viene ridotto alla sola dimensione giuridico-normativa e, dunque, si lascia irreggimentare in strutture istituzionali *falsamente* rappresentative o in apposite procedure formalizzate (votazione individuale) tali da comprimere la sua eccezionale potenza rivoluzionaria – Schmitt oppone la democrazia come principio politico non risolubile in forme organizzate e dunque non riducibile al parlamentarismo, ormai privo di qualsiasi efficacia rappresentativa. Ma una tale impostazione comporta indubbiamente delle conseguenze in relazione all'idea di decisione costituzionale e al conseguente modello

<sup>172</sup> C. SCHMITT, *Hugo Preuß. Sein Staatbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930; tr. it., *Hugo Preuss. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, in C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo*, cit., pp. 91 e 110.

<sup>173</sup> In tal senso il popolo – come già detto – non è la semplice sommatoria di individui privati ma un concetto di diritto pubblico, cioè che esiste solo ed esclusivamente nella sfera della pubblicità.

<sup>174</sup> A tal riguardo, Schmitt è stato definito molto opportunamente "dottrinario della democrazia plebiscitaria", F. MERCADANTE, *La democrazia dell'identità nella dottrina di Carl Schmitt*, in F. MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Milano, 1974, p. 96.

<sup>175</sup> Il substrato ideologico del concetto di popolo è abbastanza evidente poiché si tratta di un concetto funzionale alla concezione plebiscitaria della democrazia basata sulla perfetta identità tra popolo e capo, cioè alla dittatura-persona (il capo carismatico che detiene tutto il potere: *Führerprinzip*).

<sup>176</sup> "Schmitt pensava alla democrazia plebiscitaria perché il plebiscito è una specie di identificazione immediata dell'intero popolo con il Führer, vero Custode della Costituzione, secondo la formula usata dallo stesso Schmitt", P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, p. 94.

<sup>177</sup> "A questa svalutazione del ruolo dei partiti avrebbe rivolto critiche energiche Gerhard Leibholz, che respinge la contrapposizione fra popolo e partiti in quanto nella forma moderna della democrazia i partiti si identificano con il popolo, o detto diversamente, essi avanzano la pretesa di 'essere' il popolo", A. CARACCIOLLO, *op. cit.*, p. XV.

<sup>178</sup> H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929; tr. it., *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 51 s.

politico, per cui il problema fondamentale in una vera democrazia – scrive Preterossi – non è solo chi decide ma anche chi pone le domande e in base a quali ragioni<sup>179</sup>. In effetti, Schmitt pensa ad un soggetto che si esponga al rischio del “politico”, cioè al successo o al fallimento, mentre secondo i fautori del pensiero liberal-democratico la natura tendenziosa o meno di tale democraticità può decidersi solo in base alla derivazione effettiva della rappresentanza dal popolo attraverso libere elezioni, della possibilità di verifica periodica del consenso, dei suoi presupposti dal punto di vista del processo informativo e formativo, dei vincoli nell’esercizio del potere alla cornice di valori e procedure (la *costituzione* come garanzia sostanziale e formale) con cui il popolo ha istituito la competenza di potere. Al contrario, Schmitt valorizza il ruolo di tali procedure, storicizzandole radicalmente<sup>180</sup>. La cosa paradossale e al tempo stesso inquietante – continua ancora Preterossi – è che Schmitt vede anche i rischi di manipolazione impliciti nel vitalismo della prospettiva costituzionale, quando afferma che “la debolezza consiste nel fatto che il popolo deve decidere sulle questioni fondamentali della sua forma politica e della sua organizzazione senza essere esso stesso strutturato o organizzato. Perciò le sue manifestazioni di volontà si possono facilmente riconoscere, fraintendere o falsare”<sup>181</sup>.

In questo contesto, il popolo rappresenta un vero e proprio *campo di battaglia* ovvero, come acutamente sottolineato da Carlo Galli, “una sorta di epitome politica delle tensioni e dei conflitti strategici che attraversano la società (...) Il popolo è l’energia racchiusa nella fine della distinzione borghese tra Stato e società, nonché dell’organicismo e dell’armonicismo, tratti caratterizzanti del pensiero politico sia liberale che autoritario (...) Non organo dello Stato ma neppure organismo preesistente allo Stato, il popolo schmittiano non è una comunità ma la sua negazione; non è un dato, ma un’idea-forza; è la politicità uscita dallo Stato e diffusa in tutto il sistema sociale”<sup>182</sup>.

In altre parole, il popolo nella riflessione schmittiana rappresenta un tentativo tragico di porre una sorta di *katéchon*<sup>183</sup> alla deriva individualistica moderna poiché – come scrive Pietro Barcellona – l’unico freno a tale deriva inaugurata dalla “ragione liberale” dovrebbe essere un concetto-sostanza. Invece, il popolo è un *quid* privo di sostanza funzionale al progetto giuridico-filosofico moderno e al suo potente dispositivo di desostanzializzazione del mondo. Pertanto il concetto di popolo in Schmitt risulta privo di sostanza, non è un “soggetto sostantivo”<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> G. PRETEROSSÌ, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., p. 19.

<sup>180</sup> *Ivi*, p. 19 s.

<sup>181</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 119.

<sup>182</sup> C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 600.

<sup>183</sup> Sull’importanza del concetto di *katéchon* nella riflessione schmittiana si rimanda a R. CAVALLLO, *Apocalisse e rivoluzione. Jacob Taubes interprete di Carl Schmitt*, in P. BARCELLONA, F. CIARAMELLI, R. FAI (a cura di), *Apocalisse e post-umano. Il crepuscolo della modernità*, Bari, 2007, pp. 139-168.

<sup>184</sup> Ciò è stato sottolineato da P. BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., p. 94 s.

5. Gli interrogativi sollevati dal dibattito tratteggiato nelle pagine precedenti rimangono ancora oggi senza una risposta definitiva, nonostante l'approvazione del Trattato di Lisbona, che – come abbiamo visto – è l'ennesima dimostrazione della volontà politica di espungere dal lessico giuridico-filosofico il concetto moderno di *costituzione*<sup>185</sup> privilegiando la forma del Trattato, ovvero un mero accordo formale tra i governanti, senza instaurare un vero e proprio *momento costituente*. Al contrario, non può sussistere un potere costituito in assenza di un potere costituente che tutt'al più potrebbe essere *legale* ma mai *legittimo*<sup>186</sup>, come già, a suo tempo, pur con tutti i limiti e le ambiguità, aveva evidenziato il *solo* Carl Schmitt<sup>187</sup>. D'altronde il concetto stesso di costituzione è dal punto di vista storico collegato a quello di rivoluzione, in quanto una Costituzione deve necessariamente *innovare* e non preservare lo *status quo ante*, rompendo con il passato mediante la creazione di un reale momento costituente basato su un determinato progetto politico-sociale<sup>188</sup>. Problema ormai messo in secondo piano o addirittura dimenticato sia dalla dottrina giuridico-filosofica italiana, sia da quella europea, che sulla scorta della dottrina kelseniana è sempre più propensa a teorizzare l'esaurimento del *terribile potere*<sup>189</sup> e/o a rimuovere *ab origine* il problema della decisione sovrana<sup>190</sup>, dando luogo al paradosso di una Costituzione senza Popolo. “Un paradosso – secondo quanto affermato da Pietro Barcellona – che non si riesce a decifrare se non si lega all'inspiegabile arretramento di un intero ceto intellettuale che ha volutamente rinunciato a misurarsi con la sostanza politica dei problemi e con la dura realtà del rapporto tra forza e diritto”<sup>191</sup>.

In modo particolare, il problema del *deficit* democratico<sup>192</sup> derivante dall'inesistenza di un “popolo europeo”, inteso non alla stregua di un blocco sociale

<sup>185</sup> Proprio tale termine, del resto, aveva suscitato, da un lato, “timori e ansie nazionalistiche” e, dall'altro, “speranze eccessive e retoriche europeistiche”, U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella “Costituzione Europea”*, in *CI*, 2005, p. 676.

<sup>186</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legal*, in *Der Staat*, 1978, n. 3, pp. 321-339; tr. it., *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come beneficio per la legalità giuridica e la superlegalità*, in *Futuro presente*, 1993, n. 3, pp. 87-100 (ora anche in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, 2005, pp. 187-215).

<sup>187</sup> P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Torino, 1990, p. 132.

<sup>188</sup> A. CANTARO, *op. cit.*, p. 141.

<sup>189</sup> Cfr. soprattutto M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Q. cost.*, 1995, pp. 7-32; Id., *Costituente (potere)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1989, IV, pp. 281-287; *contra*, P. BARCELLONA, *La costituzione politica della società*, in *Dem. dir.*, 1995, n. 1, pp. 129-138; A. CANTARO, *Costituzionalismo versus potere costituente?*, *ivi*, pp. 139-164.

<sup>190</sup> Si pensi, ad esempio al neocostituzionalismo di Ferrajoli che, per molti versi, radicalizza la proposta kelseniana: cfr. G. MESSINA, *Contraddizioni e aporie dell'universalismo giuridico contemporaneo*, Milano, 2004, pp. 91-105.

<sup>191</sup> P. BARCELLONA, *Prefazione*, in A. CANTARO, *Europa sovrana*, *cit.*, p. 7.

<sup>192</sup> Mario Barcellona riassume efficacemente il sentimento di delusione che ha generato la crisi del processo di costruzione dell'Europa, laddove afferma che: “ispirazione tecnocratica, deficit democratico e scarsa sensibilità verso le aspirazioni e i bisogni dei popoli dell'Unione starebbero

omogeneo ma come soggettività complessa – come realisticamente osservato da Grimm<sup>193</sup> – sicuramente non può essere risolto dalla teoria dell’universalismo dei diritti<sup>194</sup> di matrice habermasiana. Infatti, la proposta del filosofo tedesco, nonostante la lucida diagnosi politica<sup>195</sup> (e le critiche alla concezione schmittiana della democrazia)<sup>196</sup> non riesce a *sciogliere* il nodo problematico del *deficit* democratico in quanto “risulta aprioristicamente circoscritta dai diritti”<sup>197</sup>. In effetti, considerare la tutela dei diritti fondamentali come il principio fondatore dell’Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità, vuol dire esautorare di fatto il tradizionale principio della sovranità popolare<sup>198</sup>. Ciò presuppone un’idea liberale di democrazia, in cui il concetto centrale non è più il popolo ma il singolo cittadino<sup>199</sup>. Ridurre i diritti fondamentali ad un dato normativo immutabile fa sì che quest’ultimi derivino da un’*auctoritas* esterna e trascendentale, mentre “la sovranità popolare è la negazione di ogni autorità e potere extra-sociale che siano la Ragione universale o il libro dei Profeti, che siano il Calcolo economico ipostatizzato o i Vincoli. Tutto ciò non significa negare la necessità dell’istituzione e del potere esplicito che si rende visibile nel parlamento, nel governo, nella Magistratura (...). Nessuna società può esistere senza un potere esplicito, senza un governo, senza un giudice che risolve i conflitti, ma la società è anche altrove, nel collettivo anonimo e plurale che prende le distanze dal potere istituito e che si esprime nella prassi e ha come misura la

---

minando le fondamenta di un edificio che sembrava destinato ad un sollecito e trionfale completamento”, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 299.

<sup>193</sup> La sua proposta teorica, osserva a ragione M. CARTABIA, “*Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati d’Europa*”, in *Q. cost.*, 2005, pp. 17-18, ha avuto il “merito indiscutibile di richiamare l’attenzione sul problema dell’adeguatezza della struttura politica che dovrebbe sostenere l’impegno del costituzionalismo normativo in Europa (...). E anche chi con condividesse appieno la ‘no demos thesis’ nella sua versione più radicale (...) potrebbe valorizzarla per il monito che essa contiene circa la debolezza della legittimazione politica della Costituzione europea”.

<sup>194</sup> L’idea habermasiana della ragione universale dei diritti – come sottolineato da G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997, p. 13 – non possiede più, *da sola*, una forza assoluta e un’efficacia trainante dei nostri processi di civilizzazione.

<sup>195</sup> J. HABERMAS, *La creazione di un’identità europea è necessaria e possibile?*, in ID., *L’Occidente diviso*, pp. 53-70.

<sup>196</sup> Cfr. BONVECCHIO, *Carl Schmitt e una interpretazione di Jürgen Habermas*, in *Il Politico*, 1987, p. 162.

<sup>197</sup> In tal senso A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, p. 98, la quale precisa che “la cooriginarietà di autonomia pubblica e privata ha il sentore di un *definitional stop* al problema dei rapporti tra democrazia e diritti (e giustizia sociale) perché impedisce di interrogarci sui modi in cui dirimere i conflitti tra questa e quelli. Habermas ha però una risposta ai problemi posti da tali conflitti di cui pure non ammette l’esistenza. La sua risposta guarda alle Corti Costituzionali, esattamente come avviene nel caso di Rawls, di Dworkin e di molti altri teorici dei diritti insaziabili”.

<sup>198</sup> Cfr. R. CAVALLO, *Il primato dei diritti e l’eclisse del potere costituente del popolo*, in P. BARCELLONA (a cura di), *La società europea. Identità, simboli, politiche*, Torino, 2007, pp. 66-77.

<sup>199</sup> Cfr. P. HÄBERLE, voce *Potere costituente (teoria generale)*, in *EG*, Roma, 2000, pp. 1-53.

spinta all'autogoverno interna, immanente, irriducibile. La misura dell'autogoverno è il tarlo di ogni potere istituito che non sia fondato su una qualche autorità extra-sociale<sup>200</sup>.

Il primato dei diritti comporta, dunque, la spoliticizzazione della società europea, o più precisamente l'annullamento della sua dimensione storico-sociale e "la riduzione di ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione individualistica del singolo che protesta e si rivolge ad un tribunale, neutralizzando il momento collettivo dell'agire politico"<sup>201</sup>. Ciò determina, a sua volta, la deriva verso un governo dei giudici, alterando di fatto la tradizionale divisione dei poteri che sta alla base dello Stato democratico<sup>202</sup>. Assegnando un ruolo preminente alla giustizia nella vita collettiva (*giuridificazione della politica*)<sup>203</sup> si realizza un vero e proprio trasferimento di sovranità dal popolo ai diritti intesi sia come fattore identitario che di legittimazione politico-giuridica<sup>204</sup>.

Il formalismo dei diritti comporta pertanto l'occultamento dell'attività creativa e istitutiva del popolo<sup>205</sup> e si pone in continuità con la tradizione liberale continuamente segnata dall'angoscia che il soggetto-popolo<sup>206</sup> possa riappropriarsi del potere costituente, chiudendo di fatto il problematico rapporto tra Europa e sovranità popolare. Ma "in assenza del popolo risulta impossibile qualsiasi *dimensione progettuale*, perché così facendo viene ostruito in radice il rapporto tra *Immaginazione ed Europa*. Al contrario, solo la riapertura del problematico rapporto tra l'*Europa* e la *sovranità popolare* rende possibile conciliare l'esigenza del rispetto della nostra storia con quella della nostra apertura verso l'avvenire"<sup>207</sup>. In tal senso, ciò di cui l'Europa necessita, ormai da troppo tempo, è un dibattito di natura politica avente per oggetto soprattutto le finalità dell'integrazione europea<sup>208</sup>.

<sup>200</sup> P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, p. 349.

<sup>201</sup> P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, 2001, p. 135.

<sup>202</sup> Interessanti considerazioni in tal senso si trovano anche in F. CIARAMELLI, *Creazione e interpretazione della norma*, Troina, 2003, e M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Q. cost.*, 2006, pp. 1643-1668.

<sup>203</sup> Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrecht als Grundsatznormen. Zur gegenwartigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zur Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991; tr. it., *Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali*, in E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, 2006, pp. 209-262.

<sup>204</sup> A. CANTARO, *Europa sovrana*, cit.

<sup>205</sup> "All'appello del costituzionalismo europeo manca quello che forse è stato il principale protagonista della storia delle costituzioni moderne, il potere costituente del popolo", E. SCODITTI, *op. cit.*, p. 147.

<sup>206</sup> "È nello spirito del pensiero umanistico di considerare il popolo, la massa incolta, la bestia variopinta come un elemento irrazionale che necessita, perciò, di essere dominato e guidato dalla *ratio*", C. SCHMITT, *La Dittatura*, cit., p. 22.

<sup>207</sup> P. SERRA, *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Roma, 2004, p. 161 s.

<sup>208</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dove sta andando l'Europa*, cit., p. 201.

Da questo punto di vista, l'indubbio merito della riflessione schmittiana<sup>209</sup> consiste pertanto nell'aver accettato la sfida del suo tempo: il confronto radicale con il problema, per certi versi, irrisolvibile della traduzione politica del processo sociale moderno<sup>210</sup>. In particolare, l'analisi (*rectius*: l'ossessione) schmittiana è la continua ricerca dell'unità politica del popolo, considerato non solo fonte ma anche soggetto del potere costituente. In ultima analisi, il dilemma in cui incorre la riflessione schmittiana (per molti versi, simile a quello che investe la teoria marxista) può essere descritto nei termini seguenti: se la rivoluzione si traduce in decisione politica diventa dittatura (del proletariato), abolisce la democrazia e rischia dunque di eliminare il suo rapporto con il popolo, finendo in una dittatura *tout court*. Al contrario, se non accetta tale sfida, diviene una forza che si adegua al processo sociale esistente, ma non lo rovescia in senso liberatorio e rivoluzionario.

È chiaro che la risposta di Schmitt – come abbiamo cercato di dimostrare nelle pagine precedenti – risulta da questo punto di vista inaccettabile specie per i suoi risvolti storico-politici; tuttavia i suoi interrogativi<sup>211</sup> suonano tutt'oggi più che attuali rappresentando un terreno di riferimento privilegiato da cui bisogna necessariamente ripartire per costruire un'altra *idea di Europa*, alternativa a quella permeata dal primato dei diritti e dalle logiche del mercato<sup>212</sup>.

Forse, com'è stato autorevolmente affermato, è vero che la questione dell'Europa coincide *tout court* con il destino della democrazia<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> “Il particolare merito di Schmitt, sta proprio nel fatto che egli, più acutamente e decisamente di qualsiasi altro giurista o filosofo del diritto pubblico tedesco della prima metà del Novecento, ha confrontato la scienza giuridica con la problematicità dei suoi fondamenti”, H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 187.

<sup>210</sup> “La traduzione del pluralismo sociale in unità politica rimane in ogni caso uno dei dilemmi di fondo delle democrazie contemporanee”, G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, p. 136.

<sup>211</sup> Infatti, anche la *tranchante* definizione schmittiana – sovrano è chi decide sullo stato di eccezione – è assai spesso presa a pretesto per relegare la sovranità in un universo di idee autoritarie, irrazionali, incompatibili con il costituzionalismo moderno. In realtà, la definizione schmittiana evoca una “verità” assai semplice, pacificamente considerata, in passato, una considerazione di buon senso. Sovrana è quell'entità politica che sa decidere sulle straordinarie sfide storiche che una comunità ha di fronte a sé, A. CANTARO, *Europa sovrana*, cit., p. 167.

<sup>212</sup> Del resto, considerare “l'economia di mercato come veicolo e motore dell'integrazione non rende l'Europa ancora più unita, bensì la disunisce e la porta in un vicolo cieco. (...) Se l'Europa non vuole arenarsi, non deve più apparire come un costrutto tecnico-pragmatico di razionalità economica: deve comunicarsi come idea di ordinamento e venire ancorata in una chiara volontà politica dei popoli non meno che dei singoli”, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dove sta andando l'Europa?*, cit., pp. 199 e 201.

<sup>213</sup> P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005, p. 16.



# Note e Commenti



# Le economie mediterranee tra convergenza e divergenza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I divari tra le economie mediterranee all’inizio degli anni 2000. – 3. Cosa dobbiamo attenderci se le singole economie continuano a crescere ai ritmi presenti. – 4. Un approfondimento sulle dinamiche regionali. – 5. Conclusioni: le aree non mediterranee e lo sviluppo del Mediterraneo.

1. L’edizione 2007 del *Rapporto sulle economie del Mediterraneo* si apre con una frase che dovrebbe spingere ad attenta riflessione e dovrebbe suscitare qualche preoccupazione. Scrive, infatti, il curatore del *Rapporto*: “In un bilancio sulle condizioni delle economie mediterranee oggi, le forze che spingono verso la divergenza risultano maggiori di quelle che spingono verso la convergenza” (MALANIMA, 2007, p. 7). L’intero *Rapporto* è dedicato alle forze che Paolo Malanima evoca e passa in rassegna nel presentare il volume, che merita attenta lettura.

Il punto dolente della tendenza evolutiva indicata da Malanima è nel fatto che essa appare essere in evidente contrasto:

- 1) con i risultati attesi delle politiche di convergenza poste in essere dai governi degli Stati balcanici in vista dell’allargamento dell’UE ad Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia, Macedonia, Montenegro e Serbia;
- 2) con gli scopi dichiarati del processo di Barcellona e con l’intero impianto della politica euromediterranea;
- 3) con quanto indicato dei sostenitori dell’utilità generale del processo di apertura progressiva di tutte le economie agli scambi internazionali (globalizzazione) e, pertanto,
- 4) con il riequilibrio tendenziale tra le diverse economie che dovrebbe progressivamente realizzarsi eliminando o riducendo gli ostacoli alle relazioni economiche internazionali e rafforzando le libertà di movimento sia delle merci che dei fattori produttivi capitale e lavoro (BARRO, 1991; BARRO, SALA-I-MARTIN, 1992; ACOCELLA, SONNINO, 2003).

\* Testo dell’intervento svolto all’Istituto italiano di cultura di Barcellona il 24 ottobre 2007 in occasione della presentazione dell’edizione 2007 del *Rapporto sulle economie del Mediterraneo*.

L'insieme delle problematiche sin qui richiamate è molto ampio ed appare quindi corretto definire fin da subito lo scopo essenziale di questo scritto, che è semplicemente quello di verificare se e quali spazi di convergenza esistano nelle dinamiche del PIL *pro capite* delle economie mediterranee.

2. All'inizio degli anni 2000 il grado di sviluppo, espresso in PIL *pro capite* misurato in dollari internazionali a parità di potere d'acquisto, era per i Paesi del Mediterraneo quello che risulta dalla successiva *Tabella 1* che è una rielaborazione di un'analogia tabella contenuta nello studio di V. DANIELE (2007, p. 85) accolto nel citato *Rapporto*. Alle elaborazioni dell'autore abbiamo aggiunto, in tabella, il calcolo degli indici di sviluppo (base: Italia = 100) e del tasso medio annuo di variazione del PIL *pro capite* nei vari Paesi. Le elaborazioni integrative consentono alcune considerazioni preliminari sullo stato delle economie mediterranee.

La prima di esse è che sicuramente le distanze tra Paesi, misurate attraverso la *standard deviation* rispetto alla media semplice del reddito, non sono andate diminuendo (almeno in valore assoluto) nel corso dell'ultimo decennio e questo, unitamente ad altri piccoli segnali come l'esistenza di tassi di crescita negativi, sembra dare conforto agli estensori del *Rapporto* e convalidare l'idea del possibile allargamento dei divari esistenti tra i Paesi del Mediterraneo.

La dispersione dei tassi di crescita è, a tal proposito, la questione centrale. In linea di principio se il tasso di crescita di una economia in ritardo di sviluppo è maggiore del tasso di crescita di un'economia sviluppata, allora la prima finirà col raggiungere la seconda. Le formule di *catching up*, come quella suggerita da FUÀ (1976, p. 97), aiutano a calcolare i tempi necessari al congiungimento. Questo esercizio, tuttavia, nel caso in cui il divario di sviluppo sia notevolmente ampio, risulta essere al tempo stesso istruttivo, perché capace di evidenziare in modo inequivocabile i lunghi tempi dello sviluppo, e poco fecondo perché evidenziare la durata del tempo di possibile *catching up* non aiuta. Valga un esempio: se Albania ed Italia mantenessero i tassi di crescita che attualmente le caratterizzano, il PIL *pro capite* albanese e quello italiano si eguaglierebbero tra circa 40 anni, un tempo molto lungo, forse troppo lungo per impostare su di esso strategie di politica economica.

Come costruire, inoltre, un esercizio di *catching up* con una molteplicità di economie e di tassi di crescita? Il *catching up* francese nei confronti dell'Italia è già avvenuto, quello della Spagna sta avvenendo e quello di Israele non avverrà mai se dovesse perdurare il tasso di crescita negativo che ha caratterizzato l'ultimo quadriennio dell'economia israeliana. Affinché sia possibile immaginare un momento finale ed unico di convergenza di una molteplicità di economie occorrerebbe quanto meno che esistesse una stretta correlazione inversa tra tasso di sviluppo e livello di sviluppo di partenza (BARRO, 1991). Nel caso delle economie mediterranee, una correlazione di questo genere esiste ma è, purtroppo, niente affatto significativa sia per la modestissima entità del regressore che per

Tabella 1 – PIL pro capite a parità di potere d'acquisto (dollari internazionali costanti 2000)

N.	Paesi	PIL PPA						Tassi medi annui % di crescita		
		1995			2000			1995-2004	1995-2000	2000-04
		Pil PPA	Indice	Pil PPA	Indice	Pil PPA	Indice			
1	Albania	2.785,50	27,89	3.703,10	31,28	4.574,90	36,43	5,66765	5,86014	5,42753
2	Algeria	3.003,60	30,07	5.417,90	45,76	6.068,70	48,32	8,12828	12,52209	2,87650
3	Bosnia-Erzegovina	2.116,30	21,19	5.295,00	44,73	6.463,00	51,46	13,20692	20,13173	5,10952
4	Croazia	7.419,70	74,29	9.545,50	80,63	11.204,30	89,22	4,68602	5,16772	4,08700
5	Cipro	16.898,60	169,20	20.318,00	171,63	20.959,40	166,89	2,42171	3,75429	0,78003
6	Egitto	3.025,10	30,29	3.598,30	30,39	3.870,00	30,82	2,77458	3,53127	1,83648
7	Francia	22.962,80	229,92	25.698,00	217,07	26.928,80	214,43	1,78599	2,27627	1,17645
8	Grecia	14.735,20	147,54	17.391,70	146,91	20.407,40	162,50	3,68469	3,37064	4,07859
9	Israele	21.185,80	212,13	23.857,90	201,53	22.408,10	178,43	0,62518	2,40413	-1,55510
10	Italia	23.126,90	231,56	24.994,70	211,13	25.899,30	206,23	1,26594	1,56547	0,89277
11	Giordania	4.055,70	40,61	3.846,70	32,49	4.308,40	34,31	0,67385	-1,05257	2,87431
12	Libano	4.112,50	41,18	4.216,30	35,61	5.364,40	42,72	2,99684	0,49978	6,20560
13	Macedonia	5.339,20	53,46	6.059,70	51,19	6.075,10	48,37	1,44504	2,56401	0,06347
14	Malta	14.475,20	144,93	18.255,70	154,21	17.351,10	138,16	2,03395	4,75018	-1,26250
15	Marocco	3.202,00	32,06	3.513,80	29,68	3.960,60	31,54	2,39057	1,87583	3,03766
16	Portogallo	15.105,50	151,25	18.255,30	154,20	18.040,10	143,65	1,99223	3,86059	-0,29602
17	Slovenia	13.558,90	135,76	16.873,30	142,53	19.244,40	153,24	3,96754	4,47085	3,34182
18	Spagna	18.548,30	185,72	21.764,80	183,85	23.019,50	183,30	2,42862	3,25001	1,41106
19	Siria	3.158,80	31,63	3.242,20	27,39	3.317,60	26,42	0,54648	0,52256	0,57639
20	Tunisia	5.083,10	50,90	6.251,60	52,81	7.138,90	56,85	3,84586	4,22514	3,37369
21	Turchia	5.836,80	58,44	6.510,40	54,99	7.125,10	56,74	2,24075	2,20840	2,28120
	a) media semplice	9.987,40	100,00	11.838,57	100,00	12.558,53	100,00	3,28	4,18	2,21
	b) standard deviation	7.456,59	74,66	8.367,08	70,68	8.429,79	67,12	2,90	4,53	2,14
	c = b/a	0,75	0,75	0,71	0,71	0,67	0,67	0,89	1,08	0,97

Fonte: World Bank, *World Development Indicators*, 2006 (come indicato da Vittorio Daniele nel suo studio) e successive nostre elaborazioni.

Note: Rispetto alla tabella originale costruita da Daniele (2007):

1 – Sono state depennate dalla tabella la Libia, la Serbia e il Montenegro per assenza di dati.

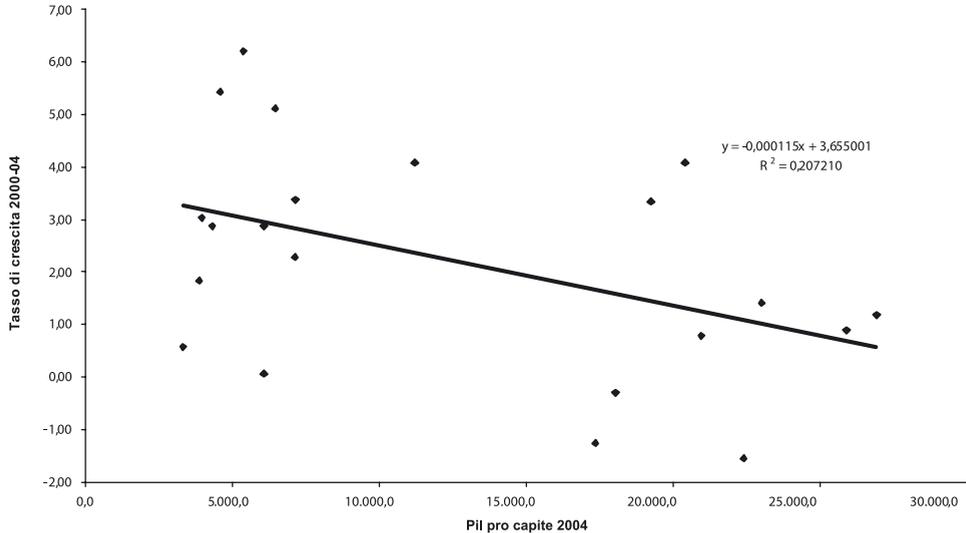
2 – Sono stati omessi i dati relativi all'anno 1990.

3 – Sono stati calcolati gli indici del grado di sviluppo (base: Italia = 100)

4 – Sono stati calcolati i tassi medi annui di variazione del PIL pro capite

la mancanza di significatività del coefficiente di correlazione (si veda la successiva *Figura 1*).

*Figura 1* – PIL *pro capite* a Ppa 2004 e tasso di crescita 2000-04 nei Paesi del Mediterraneo



Ecco allora, ad avviso di chi scrive, la necessità di procedere all'analisi fissando orizzonti temporali ragionevolmente vicini allo scopo di costruire possibili scenari a medio termine per poi chiedersi, alla luce degli stessi, se il processo di convergenza si stia compiendo in tutto o in parte e cosa, eventualmente, lo minacci. Un esercizio di questo genere è quello presentato nel paragrafo che segue. Esso è costruito ipotizzando che, a partire dal 2004, le singole economie nazionali continuino ad essere caratterizzate dal medesimo tasso medio annuo di crescita che le ha contraddistinte nel quinquennio 2000-04. L'orizzonte temporale di riferimento è, nei conteggi estrapolativi, fissato agli anni 2010 e 2015.

**3.** Lo scenario ipotizzato nel costruire l'esercizio è il più semplice di tutti poiché esso consiste nell'immaginare che i singoli Paesi continuino nel prossimo futuro a crescere conservando il ritmo che ha caratterizzato la loro dinamica recente. Se ciò avvenisse, l'assetto finale che dobbiamo attenderci è quello illustrato nella successiva *Tabella 2*.

L'esercizio non è in sé decisivo: la *standard deviation* tende ad aumentare in valore assoluto, ma aumenta anche il reddito medio complessivo sicché il rapporto tra le due grandezze tende a diminuire leggermente e ciò potrebbe essere interpretato nel senso di una riduzione blanda dell'ampiezza relativa degli scarti in essere.

È possibile, inoltre, ipotizzare scenari alternativi. In particolare è possibile lavorare su due altre ipotesi largamente, ma non pienamente, coincidenti: a) le

Tabella 2 – PIL pro capite a Ppa, previsioni 2010 e 2015 secondo l'ipotesi di mantenimento dei ritmi di crescita attuali

N.	Paesi	PIL pro capite ppa 2004	Tasso % crescita 2000-04	Proiezioni			
				2010		2015	
				Pil PPA	Indice	2015	Indice
1	Albania	4.574,9	5,43	6.282,1	45,26	8.182,3	53,66
2	Algeria	6.068,7	2,88	7.194,4	51,83	8.290,4	54,37
3	Bosnia-Erzegovina	6.463,0	5,11	8.715,4	62,79	11.181,4	73,32
4	Cipro	20.959,4	0,78	21.959,7	158,21	22.829,6	149,71
5	Croazia	11.204,3	4,09	14.248,3	102,65	17.407,9	114,16
6	Egitto	3.870,0	1,84	4.316,5	31,10	4.727,7	31,00
7	Francia	26.928,8	1,18	28.886,4	208,11	30.626,0	200,84
8	Giordania	4.308,4	2,87	5.106,9	36,79	5.884,3	38,59
9	Grecia	20.407,4	4,08	25.939,2	186,88	31.678,4	207,74
10	Israele	22.408,1	-1,56	20.396,9	146,95	18.859,5	123,68
11	Italia	25.899,3	0,89	27.318,0	196,81	28.559,3	187,28
12	Libano	5.364,4	6,21	7.698,5	55,46	10.402,6	68,22
13	Macedonia	6.075,1	0,06	6.098,3	43,94	6.117,7	40,12
14	Malta	17.351,1	-1,26	16.077,5	115,83	15.088,0	98,94
15	Marocco	3.960,6	3,04	4.739,5	34,15	5.504,5	36,10
16	Portogallo	18.040,1	-0,30	17.722,0	127,68	17.461,3	114,51
17	Siria	3.317,6	0,58	3.434,0	24,74	3.534,1	23,18
18	Slovenia	19.244,4	3,34	23.440,2	168,88	27.627,5	181,17
19	Spagna	23.019,5	1,41	25.038,5	180,39	26.855,6	176,11
20	Tunisia	7.138,9	3,37	8.711,5	62,76	10.283,5	67,44
21	Turchia	7.125,1	2,28	8.157,7	58,77	9.131,6	59,88
	a) media semplice	12.558,53		13.880,07	100,00	15.249,19	100,00
	b) standard deviation	8.429,79		8.783,50	63,28	9.396,83	61,62
	c = b/a	0,67		0,63	0,63	0,62	0,62

economie lente (Italia, ma non solo) accelerano, mentre le economie veloci (per esempio alcune economie dei Balcani) rallentano; b) le economie sviluppate accelerano e quelle in ritardo di sviluppo decelerano.

I risultati che da tali ipotesi potrebbero scaturire potrebbero modificare il quadro di riferimento ed è quindi da ritenere che tale analisi aggiuntiva sia opportuna ove si desideri disporre di un set di scenari possibili a medio termine. Tuttavia, in questa sede, l'interesse primario è un altro: capire se esistano, all'interno della grande area del Mediterraneo, dinamiche regionali specifiche dalle quali sia possibile desumere conforto a sostegno dell'esistenza di forze che spingono alla convergenza (o alla divergenza).

**4. I Paesi dell'area mediterranea, intesa in senso lato, sono raggruppabili in quattro gruppi principali:**

1. Gli otto Paesi membri dell'UE. Si tratta di Francia, Italia, Slovenia, Grecia, Cipro e Malta e dei due Paesi della penisola Iberica ossia Spagna e, benché non affacciato sul Mediterraneo, Portogallo.
2. I sette Paesi che, dichiaratamente, hanno posto in essere processi di convergenza verso l'UE. Sono gli Stati balcanici non UE (Albania, Croazia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro e, benché non affacciati sul Mediterraneo, Macedonia e Serbia) e la Turchia.
3. I quattro Paesi del Medio Oriente mediterraneo (Turchia esclusa): Israele, Giordania, Libano e Siria.
4. I cinque Paesi del Nord Africa: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia ed Egitto.

Per tre di questi Paesi (Serbia, Montenegro e Libia) non sono disponibili, lo ricordiamo, i dati relativi al PIL *pro capite* a PPA elaborati dalla Banca mondiale. Questi Paesi sono comunque attori della dinamica di fondo delle economie mediterranee e pertanto cercheremo di utilizzare dati di fonte ONU ancorché non perfettamente comparabili con i primi.

a) Gli otto *Paesi membri dell'UE* appartengono tutti all'insieme dei Paesi ad alto PIL *pro capite* e sono tutti Paesi dell'area dell'Euro, inclusi, dal 1° gennaio 2008, Cipro e Malta. All'interno di questi Paesi, i divari sembrano destinati ad allargarsi per l'effetto congiunto delle spinte nettamente contrastanti che provengono dai Paesi che si pongono agli estremi della dispersione dei tassi di crescita esistenti nel gruppo.

La Grecia e la Slovenia, infatti, marciano a ritmi più che doppi rispetto alla media (anche europea) e, se dovessero mantenere l'attuale ritmo di marcia, il loro PIL *pro capite* raggiungerebbe quello dell'Italia in tempi sostanzialmente brevi. In direzione opposta vanno Malta e Portogallo, che condividono, con Israele, l'esperienza di dinamiche caratterizzate da segno negativo. Divergenza, quindi, in piena sintonia con quanto denunciato da Paolo Malanima nella sua

**Tabella 3 – Paesi dell'area mediterranea membri dell'Unione europea: PIL pro capite a Ppa, previsioni 2010 e 2015 secondo l'ipotesi di mantenimento dei ritmi di crescita attuali**

N.	Paesi	2004		Tasso % crescita 2000-04	Previsioni			
		Pil PPA	Indice		2010		2015	
					Pil PPA	Indice	2010	2015
1	Cipro	20.959,4	97,57	0,78	21.959,7	94,26	22.829,6	79,94
2	Francia	26.928,8	125,36	1,18	28.886,4	123,99	30.626,0	107,24
3	Grecia	20.407,4	95,00	4,08	25.939,2	111,34	31.678,4	110,92
4	Italia	25.899,3	120,57	0,89	27.318,0	117,26	28.559,3	100,00
5	Malta	17.351,1	80,77	-1,26	16.077,5	69,01	15.088,0	52,83
6	Portogallo	18.040,1	83,98	-0,30	17.722,0	76,07	17.461,3	61,14
7	Slovenia	19.244,4	89,59	3,34	23.440,2	100,61	27.627,5	96,74
8	Spagna	23.019,5	107,16	1,41	25.038,5	107,47	26.855,6	94,03
	a) media semplice	21.481,25	100,00	1,27	23.297,68	100,00	25.090,71	87,85
	b) standard deviation	3.523,18	16,40	1,75	4.510,83	19,36	6.082,70	21,30
	c = b/a	0,16	0,16	1,38	0,19	0,19	0,24	0,24

introduzione al *Rapporto*. È, evidentemente, opportuna una maggiore attenzione dell'UE al disagio ed alla crisi di sviluppo che le economie del Portogallo e di Malta manifestano<sup>214</sup>.

b) Sei dei sette *Paesi che aspirano ad entrare nell'UE* rappresentano una *enclave* nel territorio dell'Unione. I sei Paesi balcanici che compongono l'*enclave* hanno tutti posto in essere processi di convergenza verso l'Unione europea e sono tutti caratterizzati, ad eccezione della Macedonia<sup>215</sup>, da ritmi di crescita più elevati della media UE. Essi, quindi, convergono verso l'Europa e verso l'Europa mediterranea, anche se in maniera apparentemente non coordinata<sup>216</sup> o coordinata solo per quel che riguarda le necessità dettate da politiche monetarie tutte impostate da economie di non grande dimensione desiderose di convergere verso l'EU e l'Euro (Bank of Albania, 2007).

C'è da aggiungere che l'azione di freno esercitata da Macedonia e Turchia genera l'aumento dei divari interni al gruppo, divari che risulterebbero comunque più contenuti se si procedesse al calcolo di medie ponderate.

c) I cinque *Paesi dell'Africa mediterranea* sono tutti caratterizzati da un PIL *pro capite* più basso della media dei Paesi UE mediterranea, ma marciano tutti a ritmi sostanzialmente più elevati della media dei Paesi UE mediterranei: come gruppo, quindi, il *catching up* sembra possibile e la convergenza appare in atto. Come gruppo, appunto, perché l'Africa mediterranea mostra anch'essa dinamiche interne differenziate e capaci di generare un allargamento dei divari interni al gruppo.

In particolare è l'Egitto il Paese che, sul piano della dinamica macroeconomica, mostra segni di debolezza ed è verosimile che esso risenta della vicinanza "calda" del Medio Oriente. Il problema della sua (debole) convergenza deve molto, come la mancata convergenza dei Balcani interni (Macedonia), alle arroventate temperature politiche dei Paesi limitrofi.

d) Limitrofi all'Egitto sono, appunto, i Paesi del *Medio Oriente mediterraneo*. Si tratta di quattro economie molto differenziate, una delle quali (Israele) è caratterizzata da un livello del reddito medio *pro capite* da quattro a sei volte maggiore di quello degli altri Paesi mediterranei del gruppo.

Le ragioni di eterogeneità di questo piccolo gruppo non sono solo in questo. I tassi di crescita sono molto differenziati: quello di Israele (-1,56% su base annua) è negativo ed è il più basso dell'intero Mediterraneo; quello del Libano

<sup>214</sup> I problemi di Portogallo e Malta sono presumibilmente solo in parte i medesimi. Portogallo e Malta hanno posizione periferica rispetto all'UE (e ciò accomuna le due economie), ma hanno strutture economiche e legami internazionali differenti. È inoltre possibile che Malta stia pagando un prezzo per l'allontanamento dall'area della sterlina.

<sup>215</sup> La Macedonia, in quanto confinante con l'Albania e con la regione contesa del Kosovo, paga in termini di crescita molto lenta la sua vicinanza all'ultima zona "calda" dei Balcani.

<sup>216</sup> In molti rapporti economici internazionali (per esempio nel processo di attrazione degli IDE) i Paesi balcanici sono in competizione reciproca; il partner commerciale principale di ciascuno di essi è un Paese dell'UE e non un altro Paese balcanico; i casi di cooperazione diretta tra Paesi dell'area sono meno sviluppati di quanto potrebbero essere.

**Tabella 4 – Paesi dell'area mediterranea che aspirano e diventare membri dell'Unione europea: PIL pro capite a Ppa, previsioni 2010 e 2015 secondo l'ipotesi di mantenimento dei ritmi di crescita attuali**

N.	Paesi	2004		Tasso % crescita 2000-04	Proiezione			
		Pil PPA	Indice		2010		2015	
					Pil PPA	Indice	Pil PPA	Indice
1	Albania	4.574,9	73,07	5,43	6.282,1	81,59	8.182,3	88,76
2	Bosnia-Erzegovina	6.463,0	103,23	5,11	8.715,4	113,19	11.181,4	121,29
3	Croazia	11.204,3	178,96	4,09	14.248,3	185,05	17.407,9	188,84
4	Macedonia	6.075,1	97,04	0,06	6.098,3	79,20	6.117,7	66,36
5	Turchia	7.125,1	113,81	2,28	8.157,7	105,95	9.131,6	99,06
6	Serbia-Montenegro*	2.121,7	33,89	4,07	2.695,5	35,01	3.290,5	35,69
	a) media semplice	6.260,68	100,00	3,51	7.699,54	100,00	9.218,56	100,00
	b) standard deviation	3.007,82	48,04	2,01	3.840,37	49,88	4.832,32	52,42
	c = b/a	0,48	0,48	0,57	0,50	0,50	0,52	0,52

**Tabella 5 – Paesi dell'Africa mediterranea: PIL pro capite a Ppa, previsioni 2010 e 2015**

N.	Paesi	2004		Tasso % crescita 2000-04	Proiezione			
		Pil PPA	Indice		2010		2015	
					Pil PPA	Indice	Pil PPA	Indice
1	Algeria	6.068,7	124,31	2,88	7.194,4	124,21	8.290,4	124,05
2	Egitto	3.870,0	79,27	1,84	4.316,5	74,52	4.727,7	70,74
3	Libia**	3.372,2	69,07	2,88	3.998,5	69,03	4.608,4	68,96
4	Marocco	3.960,6	81,13	3,04	4.739,5	81,83	5.504,5	82,37
5	Tunisia	7.138,9	146,23	3,37	8.711,5	150,40	10.283,5	153,88
	a) media semplice	4.882,08	100,00	2,80	5.792,08	100,00	6.682,90	100,00
	b) standard deviation	1.632,06	33,43	0,58	2.061,02	35,58	2.503,16	37,46
	c = b/a	0,33	0,33	0,21	0,36	0,36	0,37	0,37

\* I dati relativi alla Serbia-Montenegro sono tratti dai *database* reperibili *on line* presso il sito delle Nazioni Unite, [www.un.org](http://www.un.org). Peraltro, come è noto, dal 3 giugno 2006 il Montenegro è uno Stato indipendente. Sia i dati relativi al PIL che quelli relativi al tasso di crescita non sono, pertanto, direttamente comparabili con i rimanenti dati della tabella.

\*\* I dati relativi alla Libia sono tratti dai *database* disponibili *on line* presso il citato sito delle Nazioni Unite. Valgono, pertanto, le medesime note di metodo già espresse.

**Tabella 6 – Paesi del Medio Oriente mediterraneo: PIL pro capite a Ppa, previsioni 2010 e 2015 secondo l'ipotesi di mantenimento dei ritmi di crescita attuali**

N.	Paesi	2004		Tasso % crescita 2000-04	Proiezioni			
		Pil PPA	Indice		2010		2015	
					Pil PPA	Indice	Pil PPA	Indice
1	Giordania	4.308,4	48,68	2,87	5.106,9	55,76	5.884,3	60,85
2	Israele	22.408,1	253,21	-1,56	20.396,9	222,70	18.859,5	195,03
3	Libano	5.364,4	60,62	6,21	7.698,5	84,05	10.402,6	107,57
4	Siria	3.317,6	37,49	0,58	3.434,0	37,49	3.534,1	36,55
	a) media semplice	8.849,63	100,00	2,03	9.159,07	100,00	9.670,13	100,00
	b) standard deviation	9.077,54	102,58	3,32	7.694,56	84,01	6.756,84	69,87
	c = b/a	1,03	1,03	1,64	0,84	0,84	0,70	0,70

(+6,21% l'anno) è invece il più alto. La conseguenza è che il gruppo sembra destinato ad acquistare maggiore omogeneità, cioè sembra destinato a convergere. Ma la convergenza, tuttavia, sarebbe in larga misura la conseguenza del progressivo indebolimento di Israele. Può la collettività internazionale permetterlo?

5. Il richiamo alla posizione internazionale di Israele ed al ruolo che essa svolge nella dinamica complessiva del Mediterraneo è un richiamo al realismo.

Indubbiamente la convergenza dei processi di sviluppo dei Paesi che si affacciano sul Mediterraneo dipende molto da decisioni e da dinamiche che sono di stretta pertinenza di quei Paesi e molto potrebbe essere fatto per rendere la convergenza più veloce ed agevole. Una riconsiderazione ed un ridimensionamento della politica agricola europea, da sempre fortemente protezionistica, potrebbe, ad esempio, rendere meno grave il vincolo di bilancia dei pagamenti per le economie deboli della sponda sud del Mediterraneo e della sponda est dell'Adriatico.

Inoltre, lo sviluppo dei Paesi che si affacciano sul Mediterraneo dipende molto dalla stabilità economica e politica di Paesi che all'area del Mediterraneo sono formalmente estranei. Qualche volta si tratta di Paesi che sono a ridosso dei Paesi mediterranei (si pensi all'Africa sub-sahariana ed all'insieme degli altri Paesi del Medio Oriente); altre volte si tratta di Paesi più lontani (come quelli che si affacciano sul Mar Nero) o addirittura remoti (come l'Afghanistan e i Paesi dell'Africa equatoriale) ma che finiscono col generare interferenze forti sugli eventi e sulle tensioni che il Mediterraneo esprime e matura.

Un esempio valga per tutti: alle spalle dei cinque Paesi del Nord Africa, giù fino all'equatore, c'è una sacca enorme di sottosviluppo. Sottosviluppo, non mero ritardo di sviluppo; sottosviluppo pieno che nessuna farmacopea lessicale ha mai potuto cancellare. I *database* delle Nazioni Unite consentono di individuare un *continuum* territoriale di 26 Stati sovrani, ciascuno caratterizzato da PIL *pro capite* inferiore a 100 dollari l'anno (dati 2004); in quei 26 Paesi vivono circa 540 milioni di persone. Quei Paesi sono il serbatoio dei disgraziati che attraversano "clandestinamente" il Mediterraneo a rischio della propria vita. Così come fu per l'ondata dell'immigrazione albanese, il loro spostarsi clandestino alimenta l'economia illegale.

La capacità delle economie mediterranee di stabilizzare la propria crescita e di vedere la progressiva affermazione delle forze di convergenza sulle forze di divergenza dipende anche dalla soluzione di questi problemi.

## Bibliografia

- N. ACOCELLA, E. SONNINO (a cura di), *Movimenti di persone e movimenti di capitale in Europa*, Bologna, 2003.
- R. J. BARRO, *Economic Growth in a Cross Section of Countries*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1991, pp. 407-443.

- R. J. BARRO, X. SALA-I-MARTIN, *Convergence*, in *The Journal of Political Economy*, 1992, pp. 223-251.
- F. BOTTA, I. GARZIA, P. GUARAGNELLA (a cura di), *La questione adriatica e l'allargamento dell'Unione europea*, Milano, 2007.
- Central Bank of Albania (ed.), *Monetary policy strategies for small economies*, Proceedings of 7<sup>th</sup> Conference of the Bank of Albania, Tirana, 2007.
- F. DEL PRETE (a cura di), *Prossimità e sviluppo. Spazi e relazioni economiche tra il Mezzogiorno e i Paesi dell'Europa balcanica*, Milano, 2006.
- V. DANIELE, *I conti economici. Istituzioni e crescita nei Paesi del Mediterraneo*, in P. MALANIMA (a cura di), *Rapporto sulle economie del Mediterraneo*, Bologna, 2007, pp. 67-91.
- G. FUÀ, *Occupazione e capacità produttive: la realtà italiana*, Bologna, 1976.
- G. FUÀ, *Problemi dello sviluppo tardivo in Europa*, Bologna, 1980.
- O. GARAVELLO, *Per una più proficua interdipendenza internazionale in materia di capitale umano: l'azione dei Paesi industrializzati per le migrazioni qualificate Sud-Nord*, relazione presentata al Seminario su Sviluppo demografico ed economico del Mediterraneo (Gragnano, 26-27 marzo 2007).
- P. MALANIMA (a cura di), *Rapporto sulle economie del Mediterraneo*, Bologna, 2007.
- O. MARZOVILLA, G. TRUPIANO, M. VILLANI, *Cultura e sviluppo economico: l'area del Sud del Mediterraneo*, Bari, 2006.
- S. REBELO, *Long-Run Policy Analysis and Long-Run Growth*, in *The Journal of Political Economy*, 1991, pp. 500-521.

# Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità con una direttiva. – 3. *Segue*: portata. – 4. *Segue*: limiti. – 5. Argomenti di dottrina e giurisprudenza a sostegno dell'esistenza dell'obbligo di interpretazione conforme in pendenza del termine di trasposizione: il principio di leale cooperazione *ex art. 10, par. 1 TCE* e l'obbligo di risultato imposto dall'art. 249 TCE. – 6. *Segue*: l'efficacia *medio tempore* delle direttive inattuate e l'obbligo di *stand-still*. – 7. Argomenti contrari all'affermazione dell'obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del termine di trasposizione: il parallelismo con l'efficacia diretta. – 8. *Segue*: la difesa delle prerogative del legislatore statale e la certezza del diritto. – 9. Il recente orientamento della Corte di giustizia. – 10. Le questioni sollevate nelle sentenze relative a particolari fattispecie: le ipotesi di trasposizione anticipata delle direttive. – 11. *Segue*: l'invocabilità dei principi generali del diritto comunitario specificati in direttive inattuate. – 12. Considerazioni conclusive.

1. Alcune recenti sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno riportato l'attenzione sull'interpretazione conforme, quale uno dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per la valorizzazione delle direttive non correttamente attuate. Rispetto al consolidato orientamento sul tema le sentenze oggetto del presente lavoro presentano elementi di novità. Per la prima volta, la Corte si pronuncia sulla determinazione della data a partire dalla quale sorge in capo ai giudici nazionali l'obbligo di interpretare il diritto interno in conformità con una direttiva non adeguatamente trasposta. In particolare, la Corte affronta la questione se l'interpretazione conforme debba trovare realizzazione soltanto nel periodo successivo alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva o anche precedentemente<sup>1</sup>. Secondo l'Avvocato generale Kokott, la possibilità di individuare un limite temporale – nello specifico, un termine iniziale – all'obbligo di interpretazione conforme costituisce “una questione di sostanziale importanza” nell'ambito del diritto comunitario<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La recente giurisprudenza comunitaria in proposito è diffusamente trattata nei paragrafi 11 e 12.

<sup>2</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 27 ottobre 2005, causa C-212/04, *Adeneler*, *Raccolta* (2006), p. I-6057, punto 2.

Come vedremo diffusamente nei prossimi paragrafi, si tratta di una questione tutt'altro che pacifica, tanto in dottrina quanto nella stessa giurisprudenza comunitaria. In mancanza di statuizioni della Corte di giustizia al riguardo, si è sviluppato un ampio dibattito dottrinario sulla possibile rilevanza della data di entrata in vigore della direttiva o della scadenza del termine concesso agli Stati membri per la sua trasposizione/attuazione. Mentre c'è concordanza di opinioni sulla circostanza che l'efficacia diretta di una direttiva possa essere invocata solo a seguito della scadenza del termine di trasposizione, la determinazione di un vincolo temporale a proposito dell'obbligo di interpretazione conforme non è altrettanto pacifica. Alcuni autori ritengono opportuno far valere lo stesso termine anche a proposito di siffatto obbligo; altri, invece, sostengono l'irrelevanza di qualsivoglia limite temporale con riguardo all'attività ermeneutica dei giudici nazionali.

In particolare, non sorgono tanti problemi nell'ammettere il ricorso "pre-termine" alla *judicial implementation*, poiché in questo caso i giudici nazionali si trovano a interpretare la normativa interna rientrando nell'ambito di applicazione di una direttiva. Ove la normativa abbia una portata sufficientemente ampia, i giudici nazionali dovrebbero sempre interpretarla in senso conforme alla norma comunitaria che è all'origine degli atti interni (c.d. *occasio legis*)<sup>3</sup> o, comunque, disciplina lo stesso ambito. Molto più controverse sono invece le posizioni a proposito della *remedial interpretation*, perché in questa ipotesi lo strumento dell'interpretazione conforme avrebbe la finalità di rimediare alle conseguenze negative derivanti dalla vigenza di una normativa nazionale contrastante con le finalità di una direttiva non adeguatamente trasposta. I giudici nazionali dovrebbero comunque tentare di risolvere il contrasto mediante l'interpretazione di norme del diritto nazionale in conformità con la direttiva considerata, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Nell'ipotesi di *judicial implementation*, il giudice interno, allorché applica e interpreta il diritto nazionale, deve infatti presumere che lo Stato abbia avuto intenzione di adempiere pienamente agli obblighi derivanti dalla direttiva considerata. Sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret*, *Raccolta*, p. I-6811, punti 20-21, e del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, *Raccolta*, p. I-8835, punto 112. La Corte di giustizia ha così riproposto in ambito comunitario la tradizionale regola interpretativa della presunzione di conformità del diritto interno agli obblighi internazionali dello Stato. Siffatta regola presuppone che la disciplina nazionale di una determinata materia non sia univoca, bensì si presti ad una duplice interpretazione, più o meno conforme agli impegni internazionalmente assunti dallo Stato. Vedi, in proposito, P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, p. 146 ss. L'obbligo di interpretazione conforme ha tuttavia superato, nella prassi applicativa, la suddetta presunzione ed è divenuto sempre più rilevante quale criterio "proprio" del diritto comunitario.

<sup>4</sup> La dottrina distingue due varianti dell'interpretazione conforme, note come *judicial implementation* e *remedial interpretation*, ma entrambe sono volte a garantire, quanto più possibile, il risultato perseguito dalla direttiva grazie all'attività ermeneutica del giudice nazionale. Così S. PRECHAL, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, p. 210 ss. e p. 346 ss. Secondo L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 175, la prima ipotesi non si differenzerebbe dal classico metodo interpretativo utilizzato

Va, peraltro, osservato che il silenzio a lungo serbato dalla Corte di giustizia in proposito è un aspetto che ha certamente contribuito ad alimentare le incertezze nell'adempimento all'obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici nazionali<sup>5</sup>. Prima di affrontare la questione ora brevemente esposta, sembra utile richiamare le linee essenziali della giurisprudenza comunitaria relativamente all'obbligo in parola.

2. L'interpretazione conforme, quale contenuto di un obbligo posto in capo ai giudici nazionali in qualità di giudici "comunitari", è spesso trattata in subordine all'efficacia diretta poiché considerata uno strumento meno incisivo e originale rispetto ad essa nell'ambito del diritto comunitario. Quest'ultima affermazione merita tuttavia alcune precisazioni.

Quanto all'originalità, è ben noto che negli ordinamenti nazionali, l'attività ermeneutica dei giudici nazionali ha assunto particolare importanza per assicurare la conformità del diritto nazionale non solo con il diritto comunitario, ma anche con il diritto internazionale<sup>6</sup>. Altrettanto nota è, tuttavia, l'esistenza di differenze nel *modus operandi* dello strumento dell'interpretazione conforme nelle due ipotesi<sup>7</sup>. Una caratteristica tipica soltanto della prima ipotesi di interpretazione conforme sta nel fatto che i giudici degli Stati membri sono chiamati a risolvere possibili contrasti tra disposizioni nazionali e comunitarie, al fine di garantire la piena efficacia di quest'ultime, in forza di un obbligo derivante direttamente dal diritto comunitario e non secondo una scelta rimessa alla loro discrezionalità. Quanto all'incisività, appare convincente la tesi dell'Avvocato generale Tizzano secondo cui il principio di interpretazione conforme costituisce "uno degli effetti strutturali della norma comunitaria, che consente, assieme allo strumento più invasivo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai

---

dai giudici nazionali rispetto alle norme (receptae) del diritto internazionale, mentre la vera novità sarebbe costituita dal meccanismo della *remedial interpretation*.

<sup>5</sup> Una prima risposta è giunta nella sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler, Raccolta*, p. I-6057, ma non è certo che dopo quella pronuncia la situazione risulti più chiara. In proposito, vedi *infra*, paragrafi 10 e 11.

<sup>6</sup> Il principio dell'interpretazione conforme "has, in practice, proven to be the most important doctrine used by the courts to grant effect to international law", secondo G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, in *EJIL*, 2003, p. 569 ss. Per quanto riguarda il diritto internazionale, l'obbligo di conformità/conformazione assume particolare rilievo rispetto alle disposizioni della CEDU e alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (in proposito, vedi R. CONTI, *Il ruolo del giudice civile e il sistema europeo delle fonti*, in *Nuove Autonomie*, 2006, n. 1, p. 5 ss). Alla luce della costante giurisprudenza della Corte costituzionale, ai giudici italiani è altresì imposto l'obbligo di interpretare la legislazione ordinaria anche in senso conforme alla Costituzione.

<sup>7</sup> Si vedano le ampie argomentazioni addotte in questo senso da F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme 'sconfina' nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss., spec. p. 162 ss.

contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario"<sup>8</sup>. Non va comunque dimenticato che in ambito comunitario, in forza dell'opera "incentivante" della Corte di giustizia, l'obbligo di interpretazione conforme – come vedremo successivamente – ha acquisito un ruolo assai rilevante nella "valorizzazione" delle direttive inattuato, tale da condurre spesso a risultati pratici simili a quelli derivanti dall'efficacia diretta.

La prassi prevalente mostra come la Corte di giustizia abbia ricostruito in capo ai giudici nazionali lo specifico obbligo di interpretazione conforme per la stessa ragione per cui ha elaborato la teoria dell'efficacia diretta, ossia per porre rimedio ai frequenti casi di inadempimento all'obbligo di recepimento entro il termine prescritto oppure di trasposizione inadeguata di una direttiva da parte degli Stati membri<sup>9</sup>. Tuttavia, la stessa Corte di giustizia inizialmente faceva ricorso all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in senso conforme a disposizioni del diritto comunitario soprattutto in via residuale, nelle ipotesi in cui quest'ultime non potevano produrre effetti diretti<sup>10</sup>. Da qui la considerazione di siffatto obbligo interpretativo quale rimedio "alternativo"<sup>11</sup> – rispetto all'efficacia diretta – per sopperire all'inadempimento statale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Così le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 30 giugno 2005, causa C-144/04, *Mangold, Raccolta* (2005), p. I-9981, punto 117. Secondo l'Avvocato generale, l'obbligo di interpretazione conforme si imporrebbe con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, "che si traducono esse in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti o non". Nello stesso senso la sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-165/91, *Van Munster, Raccolta*, p. I-4661, punto 34, in cui la Corte ha precisato che tutte le disposizioni vincolanti di diritto comunitario sono rilevanti nell'applicazione del criterio dell'interpretazione conforme.

<sup>9</sup> Non essendo concepita come un atto direttamente applicabile, in linea di principio, la direttiva gode di un'efficacia normativa *indiretta* o *mediata* all'interno degli Stati membri, ossia i rapporti interni rientranti nel suo ambito di applicazione non sono disciplinati direttamente da essa, bensì dalla normativa nazionale di recepimento.

<sup>10</sup> In alcune recenti pronunce la Corte di giustizia ha attuato un'inversione dell'ordine di priorità solitamente utilizzato nel richiamare l'efficacia diretta delle disposizioni comunitarie – con la conseguente disapplicazione delle norme nazionali contrastanti – e, solo in caso di sua esclusione, l'obbligo di interpretazione conforme. Così le sentenze della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2007, causa C-208/05, *ITC Innovative Technology, Raccolta*, p. I-181, punti 68-70; 11 ottobre 2007, causa C-241/06, *Lammerzahl*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 62-63 e 18 dicembre 2007, causa C-357/06, *Frigerio Luigi e C.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 28: "Secondo una giurisprudenza consolidata, il giudice nazionale è tenuto a dare a una disposizione di diritto interno, avvalendosi per intero del margine di discrezionalità consentitogli dal suo ordinamento nazionale, un'interpretazione e un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario. Se una siffatta applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che quest'ultimo conferisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno".

<sup>11</sup> Espressione usata da R. MASTROIANNI, *Directive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *DUE*, 1998, p. 81 ss.

<sup>12</sup> M. BORGERS, *Implementing Framework Decisions*, in *CML Rev.*, 2007, p. 1361 ss., spec. p. 1367, rileva che nel diritto comunitario l'obbligo di interpretazione conforme è strettamente connesso con l'efficacia diretta delle direttive. "The connection between interpretation in accordance with directives and direct effect is evident from the Community principles, namely: the obligation

Invece, secondo altra dottrina, “the principle of indirect effect has priority over direct effect”<sup>13</sup>. Pertanto, i giudici nazionali, in caso di inadeguato o mancato recepimento di una direttiva da parte dello Stato membro, dovrebbero in primo luogo tentare di “riconciliare” il diritto interno con quello comunitario attraverso lo strumento dell’interpretazione conforme. Solo ove questo tentativo risulti vano, i giudici dovrebbero verificare se alla disposizione comunitaria possa essere riconosciuta efficacia diretta e, in caso positivo, applicarla in quanto tale nell’ordinamento interno<sup>14</sup>. Comunque, seppure sotto il profilo logico-concettuale l’interpretazione conforme ben potrebbe essere utilizzata quale rimedio prioritario, le incertezze e le difficoltà derivanti dall’attuazione degli obblighi comunitari *via consistent interpretation* inducono a ritenere preferibile il ricorso all’efficacia diretta quale “via parallela” e non soltanto subordinata<sup>15</sup>.

Nel tempo, con particolare riferimento alle direttive l’obbligo di interpretazione conforme ha assunto un’importanza determinante, considerati i limiti temporali e soprattutto soggettivi degli effetti diretti che tali atti possono produrre<sup>16</sup>. Quanto ai limiti soggettivi, la giurisprudenza comunitaria, pur ammettendo che un privato possa far valere direttamente dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni chiare, precise e incondizionate di una direttiva nei confronti di uno Stato membro (efficacia diretta cosiddetta “verticale”), esclude costantemente siffatta

---

under article 249 EC to produce a result, the principle of Community loyalty in article 10 EC and the guarantee of useful effect, which together can be traced back to (safeguarding) the Community legal order”.

<sup>13</sup> Così G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 572 e la dottrina inglese maggioritaria.

<sup>14</sup> In questo senso, S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 197 ss. e p. 346 ss.: il giudice nazionale dovrebbe prima tentare la via dell’interpretazione conforme e, solo nel caso in cui questa non sia sufficiente per conformare l’ordinamento interno al diritto comunitario, procedere a un’indagine sull’efficacia diretta, per disapplicare, in caso positivo, la norma nazionale contrastante. A parere di G. GAJA, *L’esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, Milano, 2002, p. 139, si potrebbe vedere nell’attribuzione di efficacia diretta una tecnica subordinata rispetto all’esigenza dell’interpretazione conforme, poiché quest’ultimo criterio potrebbe risolvere il conflitto apparente tra la norma nazionale e quella comunitaria, escludendo così il presupposto dell’effetto diretto, ossia l’inadempimento dell’obbligo di recepimento.

<sup>15</sup> Così G. GAJA, *op. cit.*, p. 143 s. Secondo l’autore, a causa delle difficoltà di ordine pratico e dei risultati incerti che essa produrrebbe, l’interpretazione conforme si rivelerebbe un rimedio soltanto parziale e lascerebbe in ogni caso aperta l’esigenza che lo Stato adotti una specifica normativa per dare adeguata attuazione alla norma comunitaria. In proposito, cfr. anche A. BARONE, *L’efficacia diretta delle direttive tra certezze (comunitarie) e fraintendimenti (nazionali)*, in *Foro it.* 1996, IV, c. 359 ss.; F. TERESI, *Direttive comunitarie inattuata e interpretazione conforme: dalla ‘interpositio legislatoris’ all’applicazione giudiziaria*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, 1998, p. 790 ss.; A. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *RIDPC*, 2005, p. 270 ss.

<sup>16</sup> Così L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2007, II ed., p. 203. I limiti temporali e soggettivi dell’efficacia diretta delle direttive comunitarie sono una conseguenza delle loro caratteristiche tipiche, quali atti che sono destinati esclusivamente agli Stati membri, vincolanti soltanto per quanto riguarda l’adozione di misure di recepimento entro il termine fissato e il raggiungimento del risultato prescritto.

possibilità nei confronti di un altro privato<sup>17</sup>. La Corte di giustizia, secondo alcuni, avrebbe affermato l'obbligo in parola proprio per attenuare le discutibili – e da più parti contestate<sup>18</sup> – conseguenze derivanti dalla esclusione di effetti diretti “orizzontali”. Nell'intento della Corte viene così stabilita una forma di garanzia – seppur *minoris generis*, come rilevato da alcuni<sup>19</sup> – per i privati interessati all'applicazione di una direttiva all'interno di uno Stato membro, anche definita *invocabilité d'interprétation*<sup>20</sup>. Nelle controversie tra privati, l'obbligo di

<sup>17</sup> *Ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*, *Raccolta*, p. 53; 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, *Raccolta*, p. 723; 4 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Raccolta*, p. I-3325. Tutte le decisioni in questo senso si fondano sulla considerazione che la direttiva vincola solo lo Stato cui è diretta e, dunque, non può di per sé imporre obblighi a carico dei privati in assenza di misure di trasposizione interna. Di recente, tale esclusione è stata ribadita nelle sentenze della Corte di giustizia del 7 giugno 2007, causa C-80/06, *Carp*, *Raccolta*, p. I-4473, punto 20, e del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*, *Raccolta*, p. I-5795, punto 42, con richiamo alla costante giurisprudenza comunitaria in proposito.

<sup>18</sup> Molte voci in dottrina hanno rilevato che l'esclusione degli effetti diretti “orizzontali” delle direttive può dar luogo, di frequente, a situazioni discriminatorie poiché permette l'applicazione eventualmente difforme di una direttiva, non solo nel quadro complessivo del diritto comunitario – a seconda della tempestività o meno con cui uno Stato membro provveda alla trasposizione – ma anche all'interno di un singolo ordinamento nazionale tra i privati che si trovino nella medesima situazione, a seconda che essi debbano far valere i propri diritti nei confronti di un soggetto pubblico oppure privato. Per un approfondimento, si rimanda alla copiosa dottrina sul tema: tra i più recenti, Editorial comment, *Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?*, in *CML Rev.*, 2006, p. 1 ss.; S. PRECHAL, *Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected*, in J. M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002, p. 17 ss.; T. TRIDIMAS, *Black, White and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *YEL*, 2002, p. 327 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 172 ss.; R. MASTROIANNI, *On the Distinction between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *EPL*, 1999, p. 417 ss.; A. WARD, *New Frontiers in Private Enforcement of E.C. Directives*, in *ELR*, 1998, p. 65 ss.

<sup>19</sup> L'interpretazione conforme costituirebbe una garanzia insoddisfacente per i privati sotto il profilo della certezza del diritto, soprattutto nelle ipotesi in cui l'interpretazione della normativa nazionale in conformità con una disposizione comunitaria non sia univoca. Così, R. BARATTA, *Norme contenute in direttive inattuata e loro opponibilità ai singoli*, in *RDI*, 1989, p. 266 ss.; D. CURTIN, *Directives: The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, in *CML Rev.*, 1990, p. 724 ss.

<sup>20</sup> Si tratta della possibilità di invocare l'efficacia delle norme comunitarie per via interpretativa, così denominata dalla dottrina francese per distinguerla dalle due diverse *invocabilité d'exclusion* e *invocabilité de substitution*. L'*invocabilité d'exclusion* (*exclusionary effect*) consiste nell'escludere l'applicazione di una norma nazionale con essa contrastante. Diversa è l'*invocabilité de substitution* (*substitutionary effect*), tipica delle norme comunitarie direttamente efficaci, perché in questo caso la norma comunitaria si sostituisce a quella nazionale disapplicata. Si veda, in proposito, P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Case-law of 'Horizontal' Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper* n. 7/02. La distinzione tra queste due forme di “invocability” è definita “a false dichotomy” in Editorial comment, *op. cit.*, p. 4. Invece, secondo altri, il principio del primato costituirebbe il fondamento dell'effetto di esclusione e giustificerebbe la disapplicazione delle norme nazionali non conformi al diritto comunitario, in qualunque contesto esso sia invocato. Così G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2005, III ed., p. 214 ss.; D. SIMON, *La*

interpretare il diritto nazionale in conformità con il diritto comunitario costituisce pertanto un rimedio indispensabile, non solo per assicurare a una direttiva la maggiore efficacia possibile in casi di mancato o inadeguato recepimento nell'ordinamento interno<sup>21</sup>, ma anche per permettere ai privati di invocare i diritti derivanti dalla norma comunitaria e ricavarne qualche "effetto utile"<sup>22</sup>.

3. La Corte di giustizia ha affermato, per la prima volta nella sentenza *Von Colson e Kamann*<sup>23</sup>, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare e applicare in conformità con una direttiva la normativa adottata per la sua attuazione nell'ordinamento interno, in virtù dell'obbligo di risultato posto dalla direttiva ai sensi dell'art. 249, par. 3 TCE e dell'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 10 TCE<sup>24</sup>. La consacrazione dell'obbligo di interpretazione conforme a una diret-

---

*Directive Européenne*, Parigi, 1997, p. 4 ss.; S. PRECHAL, *Directives in European Community Law*, cit., p. 121 s.; conclusioni dell'Avvocato generale Saggio del 16 dicembre 1999, cause riunite C-240 a 244/98, *Oceano Grupo Editorial*, punti 29-39 e conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 30 giugno 2005, cit., punto 117. Sulle due opposte tesi, si veda M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Vision of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *CML Rev.*, 2007, p. 931 ss.

<sup>21</sup> In questo senso, le conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl del 27 ottobre 2005, cause riunite C-131 e 257/04, *Robinson-Steel*, punto 44.

<sup>22</sup> Vele la pena ricordare gli effetti riconosciuti alla direttiva "in via mediata" nei casi in cui la Corte di giustizia applica le sue disposizioni quale parametro di legittimità del diritto nazionale e ne fa derivare, in caso di difformità, il cosiddetto "effetto di esclusione". Questa c.d. *invocabilité d'exclusion* consiste nell'escludere l'applicazione di una norma nazionale contrastante con la direttiva (vedi nota 22). In proposito, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security*, *Raccolta*, p. I-2201; 13 luglio 2000, causa C-456/98, *Centrosteel*, *Raccolta*, p. I-6007; 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, *Raccolta*, p. I-7773; 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*, *Raccolta*, p. I-7535 e, da ultimo, 18 gennaio 2007, causa C-385/05, *Confédération Générale du Travail*, *Raccolta*, p. I-611, punti 41 e 49. Siffatte pronunce della Corte di giustizia sono definite "precludes-findings" da S. PRECHAL, *Direct Effect Reconsidered*, cit., p. 38. Con questa espressione l'autore indica "the finding by the Court that Community law precludes the application of the national rule at issue [which] will tend more to give a clear signal to the national legislator, without however giving satisfaction to the individual in a concrete case". Peraltro, la soluzione adottata dalla Corte nelle suddette sentenze è classificata dallo stesso autore come "a sort of second rank remedy for the denial of horizontal direct effect" (S. PRECHAL, *Case Law*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1461 s.). In proposito, M. BORGERS, *op. cit.*, p. 931 ss., preferisce l'espressione *incidental effects rulings*. Secondo S. AMADEO, *op. cit.*, p. 190, invece, siffatte sentenze determinano il riconoscimento di una "nuova" forma di efficacia.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, cit., *Raccolta*, p. 1891, punti 21-28. Già precedentemente l'interpretazione conforme era stata collegata a una direttiva, ma non era stato previsto un vero e proprio obbligo in tal senso. Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976, causa 111/75, *Mazzalai*, *Raccolta*, p. 657, punto 10: "Prescindendo dall'efficacia della direttiva, la sua interpretazione (...) può costituire per il giudice nazionale un utile criterio orientativo al fine di garantire l'interpretazione e l'applicazione della legge interna d'attuazione in senso conforme ai dettami del diritto comunitario". Cfr. anche le sentenze della Corte di giustizia del 12 novembre 1974, causa 32/74, *Haaga GmbH*, *Raccolta*, p. 1201 e 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore*, *Raccolta*, p. 297.

<sup>24</sup> Entrambi gli obblighi sono posti a carico degli Stati membri e, quindi, delle autorità giurisdizionali. Così, sentenza *Von Colson e Kamann*, cit., punto 26. Per un commento, si veda R. ADAM,

tiva inattuata si è avuta a partire dalla sentenza *Marleasing*, che ne ha statuito l'estensione anche alle disposizioni nazionali, precedentemente o successivamente adottate, prive di qualsiasi collegamento funzionale con la direttiva<sup>25</sup>.

Alla luce di questa prima giurisprudenza<sup>26</sup>, alcuni autori hanno definito l'interpretazione del diritto nazionale in senso conforme allo scopo di una direttiva come una forma di "efficacia indiretta"<sup>27</sup>. Le disposizioni della direttiva devono essere utilizzate quali canoni interpretativi del diritto nazionale degli Stati membri e acquisiscono così effetti indiretti: esse rilevano per i privati tramite la mediazione di atti o comportamenti delle autorità statali nelle loro attività di interpretazione e applicazione di norme appartenenti agli ordinamenti interni<sup>28</sup>.

Nella sentenza *Pfeiffer*<sup>29</sup>, dopo aver nuovamente negato la possibilità per un privato di invocare in giudizio diritti sostanziali derivanti in suo favore da una direttiva nei confronti di un altro privato, la Corte ha indicato al giudice nazionale *the standard escape route*<sup>30</sup> dell'interpretazione conforme. Più precisa-

---

*Le fonti comunitarie*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, II ed., p. 63 ss.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, *Raccolta*, p. I-4135, punto 8. Nella versione italiana non è riportata testualmente quella che nella dottrina straniera è stata definita come "the *Marleasing* formula", secondo la quale nell'applicazione del diritto nazionale, precedente o successivo, il giudice interno deve utilizzare la tecnica dell'interpretazione conforme *as far as possible* al fine di raggiungere il risultato perseguito dalla direttiva. La stessa "formula" è stata riproposta in seguito molte volte: tra le più recenti, le sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Karen Mau*, *Raccolta*, p. I-4791, punti 35 e 36; 23 ottobre 2003, causa C-408/01, *Adidas Salomon*, *Raccolta*, p. I-12537, punto 21; 12 febbraio 2004, causa C-218/01, *Henkel*, *Raccolta*, p. I-1725, punto 60.

<sup>26</sup> Le linee essenziali della giurisprudenza comunitaria a proposito dell'obbligo di interpretazione conforme sono rimaste immutate nel tempo. Per una recente conferma, vedi la sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007, causa C-356/05, *Farrell*, *Raccolta*, p. I-3067, punto 42.

<sup>27</sup> Nella dottrina inglese "interpretation in accordance with directives is considered as an *indirect* form of the effect of Community law" (così M. BORGERS, *op. cit.*, p. 1367). Comunemente, con riferimento a tale *consistent interpretation*, è usata l'espressione "indirect effect of directives", dove *indirect* sta per "via a rule of national law". In proposito, si vedano G. BETLEM, *The Principle of Indirect Effect of Community Law*, in *ERPL*, 1995, p. 1 ss., spec. p. 12; P. CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *ELR*, 1997, p. 519 ss.; S. DRAKE, *Twenty Years after Von Colson: The Impact of 'Indirect Effect' on the Protection of Individual's Community Rights*, in *ELR*, 2005, p. 340 ss.; M. KLAMERT, *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots*, in *CML Rev.*, 2006, p. 1251 ss. In effetti, la dottrina individua due forme di attribuzione di "efficacia indiretta" alle disposizioni di una direttiva: l'interpretazione conforme e il riconoscimento della responsabilità dello Stato membro – con il conseguente diritto dei privati al risarcimento dei danni subiti – per la mancata o inadeguata trasposizione di una direttiva nell'ordinamento interno.

<sup>28</sup> Così S. AMADEO, *op. cit.*, p. 173 e p. 211, il quale, più precisamente, definisce l'attribuzione di effetti a una direttiva per via interpretativa come "efficacia indiretta *debole*", contrapposta all'efficacia indiretta "*forte*" riconosciuta nell'ipotesi in cui la direttiva venga utilizzata quale parametro di legittimità delle norme nazionali.

<sup>29</sup> Sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 113.

<sup>30</sup> Espressione usata in Editorial comment, *op. cit.*, p. 5.

mente, il principio dell'interpretazione conforme "esige" che il giudice del rinvio "faccia *tutto* ciò che rientra nella propria competenza, prendendo in considerazione *tutte* le norme del diritto nazionale"<sup>31</sup>. L'elemento di novità caratterizzante questa pronuncia consiste nel fatto che la Corte ha, per la prima volta, chiamato il giudice nazionale a scegliere il più idoneo tra i metodi interpretativi a sua disposizione nell'ordinamento interno per dirimere conflitti tra norme, in modo da applicare solo le disposizioni nazionali conformi o compatibili con la direttiva (riducendo, se del caso, la portata delle altre)<sup>32</sup>. L'utilizzo di questi metodi – secondo quanto chiarito dalla Corte – non è più discrezionale, ma ricade tra gli obblighi cui il giudice nazionale deve adempiere<sup>33</sup> al fine di garantire la piena efficacia della direttiva *via consistent interpretation*, senza mai superare il limite del "possibile"<sup>34</sup>. Infine, sembra degna di nota l'affermazione della Corte secondo cui l'esigenza di interpretare il diritto nazionale in senso conforme a una direttiva è inerente al sistema del Trattato<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 118 (corsivo aggiunto). La soluzione ivi elaborata, per la prima volta con tanta enfasi, è stata successivamente richiamata e confermata dalla stessa Corte. In particolare, si veda la sentenza del 25 ottobre 2005, causa C-350/03, *Elisabeth Sculte*, *Raccolta*, p. I-9215, punto 71. Nello stesso senso, seppure a proposito dell'obbligo di interpretazione conforme a una decisione-quadro, la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285, punto 47.

<sup>32</sup> Sentenza *Pfeiffer*, cit., punti 115-119. Tra i classici metodi interpretativi utilizzati negli Stati membri alcuni possono essere citati come i più comuni: letterale, storico, sistematico e teleologico. Nel commento di S. PRECHAL, *Case Law*, cit., p. 1445 ss., la Corte sembra qui voler fornire la base giuridica per giungere a una disapplicazione *de facto* delle disposizioni interne incompatibili con la direttiva. Così, "while apparently not accepting the collateral challenge use of directives which creates rights and obligations for individuals, the Court arrives at the same result via the back door".

<sup>33</sup> La Corte di giustizia non specifica, tuttavia, quale sia il fondamento giuridico dell'obbligo del giudice interno di utilizzare quelle tecniche interpretative idonee a dirimere i conflitti tra norme, al fine di assicurare l'applicazione del diritto nazionale maggiormente conforme allo scopo della direttiva. Probabilmente, detto fondamento potrebbe essere rintracciato nell'art. 10 TCE.

<sup>34</sup> Secondo M. KLAMERT, *op. cit.*, p. 1259, in effetti, i termini utilizzati nella sentenza *Pfeiffer* non sarebbero altro che una specificazione della formula "quanto più possibile" e l'enfasi della Corte potrebbe spiegarsi in virtù della materia particolarmente delicata su cui verteva la pronuncia: la tutela dei lavoratori. I giudici nazionali non sarebbero, comunque, obbligati ad inventare nuovi metodi interpretativi né ad "abusare" di quelli esistenti, ma dovrebbero utilizzare, nella misura più ampia possibile, quelli a loro disposizione negli ordinamenti interni.

<sup>35</sup> Sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 114. La soluzione adottata nel caso *Pfeiffer* è riproposta nella sentenza *Adelener*, cit., punti 108-111, in cui la Corte di giustizia ha ribadito che il principio di interpretazione conforme ha per oggetto "il diritto interno nella sua interezza" ed è "inerente al sistema del Trattato". E' da notare che la stessa espressione è stata usata dalla Corte di giustizia con riferimento alla responsabilità dello Stato per i danni subiti da privati a causa di violazioni del diritto comunitario. Così sentenze della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, *Raccolta*, p. I-1029, punto 31; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178, 179, 188, 189 e 190/94, *Dillenkofer*, *Raccolta*, p. I-4845, punto 20; 17 ottobre 1996, cause riunite C-283, 291 e 292/94, *Denkavit*, *Raccolta*, p. I-5063, punto 47: "si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il principio della responsabilità dello Stato per danni

4. La giurisprudenza comunitaria prevede comunque l'esistenza di alcuni limiti all'attività ermeneutica che il giudice nazionale è chiamato a svolgere per garantire la conformità del diritto interno con quello comunitario. Innanzitutto, il suddetto obbligo può operare solo nei casi in cui il dettato di una norma nazionale lasci un margine per diverse interpretazioni<sup>36</sup>. Qualora siffatta norma manchi del tutto oppure sia palesemente e irrimediabilmente incompatibile con il contenuto della disposizione comunitaria, "l'arma dell'interpretazione conforme è evidentemente spuntata"<sup>37</sup>. Al fine di adempiere all'obbligo di interpretazione conforme, il giudice nazionale deve infatti prendere in considerazione il diritto nazionale nel suo complesso e valutare la possibilità di applicare alcune disposizioni interne, anziché altre<sup>38</sup>. Il giudice nazionale non può però oltrepassare il limite testuale della disposizione nazionale o distorcere il significato letterale della norma ivi espressa. In altri termini, non è mai ammessa l'interpretazione *contra legem*<sup>39</sup> al fine di raggiungere il risultato prescritto dalla direttiva<sup>40</sup>.

---

causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è *inerente al sistema del Trattato*" (corsivo aggiunto).

<sup>36</sup> Nella sentenza del 9 novembre 2006, causa C-346/05, *Monique Chateignier*, *Raccolta*, I-10951, punto 22, la Corte di giustizia ha, d'altra parte, affermato che a fronte dell'esistenza – o dell'apparente esistenza – di divergenze esegetiche tra le autorità amministrative o giudiziarie di uno Stato membro quanto alla corretta interpretazione di una normativa nazionale, in particolare per quanto attiene alla sua esatta portata, "non compete alla Corte stabilire quale sia l'interpretazione conforme ovvero quella *maggiormente conforme al diritto comunitario*" (corsivo aggiunto). Così anche la precedente sentenza della Corte di giustizia del 1° febbraio 2001, causa C-108/96, *Mac Quen*, *Raccolta*, p. I-837, punto 18.

<sup>37</sup> Espressione di G. STROZZI, *op. cit.*, p. 212. Tuttavia, l'assunto appena enunciato è stato talvolta ignorato dalla Corte di giustizia. Ad esempio, nel caso *Oceano Grupo Editorial*, l'Avvocato generale Saggio aveva rilevato l'esistenza di "un chiaro ed aperto contrasto", non riconducibile a conformità, tra le disposizioni processuali interne e la direttiva in questione (conclusioni del 16 dicembre 1999, *cit.*, punto 28). Nonostante la rilevata incompatibilità, apparentemente insanabile, la Corte non ha esitato a risolvere la causa affermando che "l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria", pur non esistendo una norma nazionale da cui ricavare, attraverso siffatta interpretazione, una facoltà del giudice in questo senso (sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2000, *Raccolta*, p. I-4941, punto 32).

<sup>38</sup> La direttiva, alla luce della giurisprudenza comunitaria, potrebbe soltanto costituire l'*elemento* determinante per l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale in un senso piuttosto che in un altro.

<sup>39</sup> Così sentenza *Adeneler*, *cit.*, punto 110. Nello stesso senso, per quanto concerne l'interpretazione conforme rispetto a decisioni-quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro, sentenza *Pupino*, *cit.*, punti 44 e 47.

<sup>40</sup> Nel tempo, la Corte è giunta a enfatizzare il vincolo alla *remedial interpretation* in maniera tanto ampia che, a volte, è sembrato fondato chiedersi se i giudici non fossero invitati ad adottare interpretazioni "acrobatiche" del diritto interno, tali da compromettere la certezza del diritto, per garantire "a ogni costo" il raggiungimento dello scopo di una direttiva. Così, G. GAJA, *op. cit.*, p. 142. Nello stesso senso, M. ZULEEG, *Interpretazione 'comunitariamente conforme' e creazione giurisprudenziale del diritto degli Stati membri*, in R. COLONNA, R. SCHULZE, S. TROIANO (a cura di), *L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato*, Napoli, 2004, p. 142 ss.; Editorial comment, *op. cit.*, p. 4.

È invece ammesso che la direttiva produca alcuni *horizontal side-effects*<sup>41</sup> poiché nelle controversie orizzontali e nei cosiddetti “rapporti triangolari”<sup>42</sup> è necessariamente un privato a subire indirettamente gli effetti “collaterali” sfavorevoli eventualmente derivanti dall’utilizzo della direttiva quale parametro interpretativo del diritto nazionale. Può inoltre accadere che alcuni obblighi o forme di responsabilità civile siano imposti ai privati *via the ‘proper’ use of sympathetic interpretation*<sup>43</sup>. La Corte di giustizia ha chiarito che l’obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva nell’interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale incontra il limite dei principi giuridici generali del diritto comunitario e, in particolare, quelli della certezza del diritto e dell’irretroattività<sup>44</sup>. Nel rispetto di quest’ultimi principi il giudice nazionale non deve

<sup>41</sup> Espressione usata frequentemente nella dottrina inglese. Tra gli altri, si veda J. H. JANS, M. PRINSENN, *Direct Effect: Convergence or Divergence? A Comparative Perspective*, in J. M. PRINSENN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002, p. 116 ss.; S. PRECHAL, *Case Law*, cit., p. 1445. Secondo S. PRECHAL (*op. ult. cit.*, p. 1459 ss.), sembra possibile ricavare da questa pronuncia che, ove la direttiva utilizzi il “veicolo” del diritto nazionale, essa potrebbe produrre alcuni *horizontal side effects*. A eccezione, dunque, delle controversie in materia penale – in cui è sempre vietato un effetto che determini o aggravi la responsabilità penale dell’imputato – l’interpretazione conforme potrebbe giungere fino al risultato di imporre obblighi ai privati o, quantomeno, incidere negativamente sulle loro posizioni giuridiche, a condizione che ciò risulti possibile secondo la normativa nazionale e nel rispetto della certezza del diritto.

<sup>42</sup> Si tratta delle cosiddette *triangular situations* o *trilateral legal relations* di cui parla la dottrina inglese. Sul punto, si vedano K. LACKHOFF, H. NYSENS, *Direct Effect of Directives*, in *ELR*, 1998, p. 397 ss.; A. ARNULL, *The Incidental Effect of Directives*, *ivi*, 1999, p. 1 ss.; S. AMADEO, *L’efficacia “obiettiva” delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linster e Unilever*, in *DUE*, 2001, p. 95 ss. Significativa, a proposito dei c.d. “rapporti triangolari”, risulta la sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Delena Wells, Raccolta*, p. I-723, punti 56 e 57. La Corte ha *ivi* chiarito che “mere ripercussioni sui diritti dei terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato”. Essa ha comunque ribadito che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare direttamente obblighi a carico dei privati.

<sup>43</sup> Espressione usata in C. HILSON, T. DOWNES, *Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law*, in *ELR*, 1999, p. 121 ss., spec. p. 129. Nella prospettiva della Corte – da taluni definita “formalistica e foriera di incertezza giuridica” (cfr. S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit., p. 225 e dottrina *ivi* richiamata) – questo risultato si giustifica, poiché in fondo è sempre una disposizione nazionale a essere applicata. Gli obblighi a carico dei privati derivano dalla norma interna, in quanto la sua ambiguità di significato è risolta dal giudice in favore dell’interpretazione che meglio garantisce il raggiungimento dell’obiettivo prescritto dalla direttiva comunitaria. Secondo G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 580: “it appears that in civil cases, limitations are not to be found in the mere fact that the individuals is worse off, neither in the fact that consistent interpretation boils down to a kind of direct effect through the back door, nor in the fact that additional obligations are imposed on individuals”.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell’8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen, Raccolta*, p. 3969, punti 13 e 14. In particolare, secondo la Corte, la soluzione indicata per risolvere la questione – relativa ai limiti che il diritto comunitario potrebbe porre all’obbligo o alla facoltà del giudice nazionale di interpretare le norme del proprio ordinamento giuridico alla luce della direttiva – non sarebbe diversa qualora il termine assegnato allo Stato membro per adeguare la normativa nazionale non fosse ancora scaduto alla data che viene in rilievo.

adottare un'interpretazione conforme ad una direttiva quando questa possa avere l'effetto, *in sé* e a prescindere da una misura interna adottata da uno Stato membro per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni. Nonostante ciò, nella recente sentenza *Kofoed*, la Corte ha tuttavia ribadito che lo Stato può, in linea di principio, opporre nei confronti dei privati un'interpretazione della legge nazionale in senso conforme a una direttiva<sup>45</sup>.

5. Come anticipato, recentemente alcune sentenze della Corte di giustizia si sono pronunciate – seppur in termini non univoci – sulla rilevanza da riconoscere alla scadenza del termine di trasposizione di una direttiva perché se ne possa invocare l'efficacia “indiretta”. Per affrontare la questione, sembra utile richiamare, innanzitutto, il caso *Adeneler* perché le conclusioni presentate dell'Avvocato generale Kokott e la sentenza poi adottata dalla Corte sono chiare espressioni delle due opposte tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza a proposito di un possibile limite temporale all'obbligo di interpretazione conforme.

Nel caso di specie, per la prima volta, è stata sottoposta alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale riguardante la determinazione della data a partire dalla quale sussiste per i giudici nazionali l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in senso conforme a una direttiva, nel caso di sua tardiva o inadeguata trasposizione da parte dello Stato membro interessato e in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni della direttiva in questione<sup>46</sup>. Per risolvere questa “questione di sostanziale importanza”, l'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni<sup>47</sup> ha suggerito alla Corte di ammettere che le disposizioni del diritto nazionale devono essere interpretate e applicate in modo conforme ad una direttiva già prima della scadenza del termine fissato per la sua attuazione ossia, più precisamente, dal momento dell'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Da ultimo, sentenza *Kofoed*, cit., punto 45, ha affermato che “se è vero che tale obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni, è tuttavia riconosciuto che lo Stato può, in linea di principio, opporre un'interpretazione conforme della legge nazionale nei confronti dei singoli” (corsivo aggiunto). Concordi, nella stessa causa, le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott dell'8 febbraio 2007, punto 65: “Non osta ad un'interpretazione del diritto nazionale in senso conforme al diritto comunitario il fatto che questa possa eventualmente risolversi a danno del singolo. Infatti, è consentita un'applicazione del diritto comunitario a danno del singolo, effettuata per il tramite di disposizioni di diritto interno, ossia in forma *indiretta*”.

<sup>46</sup> Più precisamente, il giudice greco di rinvio chiese se, in linea di principio, il giudice nazionale debba interpretare il proprio diritto nazionale, per quanto possibile, in modo conforme a una direttiva, tardivamente recepita nell'ordinamento giuridico interno, dalla data in cui la direttiva sia entrata in vigore o dalla data in cui sia scaduto il termine per recepire la direttiva nell'ordinamento interno oppure dalla data in cui sia entrato in vigore il provvedimento nazionale di recepimento.

<sup>47</sup> Conclusioni del 27 ottobre 2005, cit., punti 2, 43-54.

<sup>48</sup> *Ibidem*, punti 43 e 45. La soluzione proposta – già prospettata dallo stesso Avvocato generale nelle conclusioni relative alla causa *Wippel* (conclusioni del 18 maggio 2004, causa C-313/02,

A sostegno della tesi prospettata l'Avvocato generale ha riproposto le argomentazioni già precedentemente sostenute dallo stesso e da suoi autorevoli colleghi<sup>49</sup>. La sussistenza dell'obbligo di interpretazione conforme anche in pendenza del termine di trasposizione si fonderebbe sulla circostanza che le direttive si inseriscono tra le fonti dell'ordinamento e producono effetti giuridici non già allo scadere di quel termine, ma fin dal momento della loro entrata in vigore<sup>50</sup>. Rilevante in proposito è la considerazione che, dalla data di entrata in vigore, una direttiva è giuridicamente vincolante: ai sensi dell'art. 249, par. 3 TCE, da quel momento incombono su tutte le autorità degli Stati membri l'obbligo di risultato e quello di attuazione. Inoltre, secondo il principio di leale cooperazione di cui all'art. 10, par. 1 TCE<sup>51</sup>, tutte le autorità degli Stati membri, ivi comprese quelle giurisdizionali, devono fare il possibile per garantire il raggiungimento dello scopo della direttiva. In forza del rapporto di integrazione che sussiste tra diritto comunitario e diritti nazionali, le disposizioni di una direttiva entrata in vigore costituiscono valori giuridici vincolanti, di cui i giudici nazionali (degli Stati membri che ne sono destinatari) dovrebbero tener conto nell'interpretazione-applicazione del diritto interno<sup>52</sup>. A tal fine, i giudici nazionali – anche in pendenza del termine di

*Wippel*, cit., punti 58-63) – risulta perfettamente in linea con le posizioni recentemente sostenute dall'Avvocato generale Tizzano e, in precedenza, dagli Avvocati generali Darmon e Jacobs (vedi *supra* nota 83).

<sup>49</sup> Così conclusioni nella causa C-313/02, *Wippel*, cit., punti 58-63; conclusioni dell'Avvocato generale Darmon del 14 novembre 1989, cause riunite C-177 e 179/88, *Dekker*, punto 11 e 29 maggio 1991, cause riunite C-87 a 89/90, *Verholen*, punto 15; conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 24 aprile 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, punti 29 ss.; conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 30 giugno 2005, cit., punti 115-120 e del 27 aprile 2006, causa C-81/05, *Cordero Alonso*, punti 33-40.

<sup>50</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 30 maggio 2005, *Mangold*, cit., punti 106-122, spec. 118. Nello stesso senso, conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nel caso *Wippel*, cit., punto 60.

<sup>51</sup> In proposito, si vuole segnalare il fatto che alcuni utilizzano indifferentemente le espressioni “leale cooperazione” e “leale collaborazione” per riferirsi al principio di cui all'art. 10 TCE. Tra questi, F. G. PIZZETTI, *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'Ordinamento europeo – I principi dell'Unione*, Milano, p. 2006, p. 331 ss. e G. STROZZI, *op. cit.*, p. 199 ss. Secondo altri, invece, le due espressioni operano in ambiti diversi: il principio – per alcuni, obbligo – di “leale cooperazione” attiene ai rapporti tra istituzioni comunitarie e Stati membri, mentre la “leale collaborazione” si riferisce ai rapporti tra le istituzioni comunitarie (così P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 92 ss. e G. GAJA, *op. cit.*, p. 133 ss.). Nella traduzione italiana della Dichiarazione relativa all'articolo 10 TCE, adottata dalla Conferenza intergovernativa di Nizza e nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. I-5, par. 2) si fa espresso riferimento al principio di “leale cooperazione”. Quest'ultima espressione viene pertanto adottata nel presente lavoro.

<sup>52</sup> Cfr. C. W. TIMMERMANS, *Community Directives Revisited*, in *YEL*, 1998, p. 1 ss., spec. p. 10 ss.; A. ARNULL, *Having Your Cake and Eating It Ruled Out*, in *ELR*, 1988, p. 42 ss.; T. DAL FARRA, *Les fondements de l'invocabilité de la directive devant le juge national: le malentendu conceptuel*, in *RTDE*, 1992, p. 643 ss.; P. CRAIG, *op. cit.*, p. 525 ss.; *contra*, G. GAJA, *op. cit.*, p. 137, a parere del quale l'obbligo di interpretazione conforme derivante dal diritto comunitario presuppone che la norma comunitaria produca il sorgere di un vincolo per lo Stato membro e, nel caso delle direttive, ciò ricorrerebbe solo alla scadenza del termine di attuazione in essa previsto.

trasposizione – dovrebbero adottare provvedimenti di natura giurisdizionale e privilegiare, ove possibile, l'interpretazione del diritto nazionale in un senso conforme alla direttiva, ma non sarebbero comunque obbligati a disapplicare la normativa nazionale contrastante con essa<sup>53</sup>.

Il termine di trasposizione, concesso alle autorità legislative degli Stati membri per tenere conto delle difficoltà tecniche in cui esse potrebbero incorrere, non rileverebbe per le autorità giurisdizionali e non escluderebbe l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità con una direttiva a partire dalla sua entrata in vigore<sup>54</sup>. Attraverso l'interpretazione conforme della normativa vigente prima della scadenza del termine di attuazione, il giudice nazionale potrebbe apportare il proprio contributo alla realizzazione dello scopo della direttiva, senza peraltro alterare le competenze – e l'obbligo di recepimento – del legislatore nazionale. Anzi, il giudice in questo modo eserciterebbe la propria funzione più peculiare perché si limiterebbe ad applicare la normativa nazionale esistente, dandone, se del caso, un'interpretazione in senso conforme alla direttiva<sup>55</sup>. Sulla base di queste considerazioni l'Avvocato generale Kokott ha concluso nel senso che il giudice nazionale dovrebbe interpretare tutta la normativa nazionale quanto più possibile in conformità con una direttiva fin dal momento della sua entrata in vigore, al fine di garantire un risultato compatibile con lo scopo da essa perseguito.

**6.** A sostegno della soluzione ora prospettata, spesso una parte della dottrina richiama anche la giurisprudenza comunitaria che attribuisce una certa efficacia alle direttive in pendenza del termine fissato per la loro trasposizione. L'Avvocato generale Mancini affermava, già nel 1986, che la notifica della direttiva genera un "effetto di blocco", nel senso che vieta agli Stati di adottare provvedimenti contrari alle sue disposizioni. Dunque, per il solo fatto di essere stata emanata, essa obbliga gli Stati destinatari ad astenersi dall'introdurre misure nuove e tali da accentuare le differenze tra la normativa interna e quella comunitaria<sup>56</sup>. Al

<sup>53</sup> La disapplicazione della norma nazionale contrastante con la direttiva non è ammissibile nelle controversie tra privati perché la direttiva non gode di efficacia diretta orizzontale. Se, dunque, una direttiva non può creare obblighi a carico di un privato in caso di mancata trasposizione nell'ordinamento nazionale dopo la scadenza del termine all'uopo fissato, ciò dovrebbe valere necessariamente anche quando detto termine sia ancora pendente.

<sup>54</sup> Conclusioni del 27 ottobre 2005, cit., punti 52 e 53.

<sup>55</sup> Secondo l'Avvocato generale, a tal fine, il giudice nazionale dovrebbe utilizzare l'intero spazio valutativo concessogli (c.d. "margine discrezionale") in favore del diritto comunitario, entro i limiti in cui la legislazione nazionale renda possibile un'interpretazione in conformità con la direttiva (qualora, per esempio, le disposizioni pertinenti prevedano clausole generali o concetti giuridici indefiniti). In questo senso, il richiamo alle sentenze *Von Colson*, cit., punti 26 28 e *Pfeiffer*, cit., punti 113-114.

<sup>56</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mancini del 7 ottobre 1986, causa 30/85, *Teuling*, punto 7. Vale la pena di ricordare che anche la Corte costituzionale italiana ha statuito a proposito del dovere di astensione degli Stati membri nelle sentenze 41 e 45 del 7 febbraio 2000 (commentate in *RDI*, 2000, p. 567 ss). Secondo la Corte, fin dal momento dell'entrata in vigore di una direttiva, sorge a carico dello Stato l'obbligo di conformità con l'atto comunitario. Di conseguenza, anche durante la pendenza del termine assegnato allo Stato per l'attuazione, la sopravveniente normativa

fine di garantire l'efficacia di una direttiva fin dal momento della sua entrata in vigore, la Corte di giustizia, ha affermato, nella sentenza *Inter-Environnement Wallonie*<sup>57</sup>, l'obbligo per gli Stati membri di astenersi, in pendenza del termine di trasposizione, dall'adozione di disposizioni nazionali che possano compromettere il raggiungimento degli obiettivi in essa previsti<sup>58</sup>. La produzione di un tale effetto preclusivo da parte della direttiva si fonda direttamente sul principio di leale cooperazione di cui all'art. 10, par. 2 TCE e sull'obbligo di risultato imposto alle autorità degli Stati membri ai sensi dell'art. 249, par. 3 TCE<sup>59</sup>. Anche di recente la Corte di giustizia ha ribadito che "l'attività del legislatore statale deve indirizzarsi all'obiettivo della direttiva sin dalla sua emanazione"<sup>60</sup>. Dalla data in cui una direttiva entra in vigore, gli Stati membri non potrebbero quindi emanare, nelle materie rientranti nel suo ambito di applicazione, norme nazionali idonee a vanificare "l'effetto utile" dell'atto comunitario o compromettere il raggiungimento degli scopi prescritti<sup>61</sup>.

Dagli argomenti utilizzati dalla Corte di giustizia per l'affermazione dell'obbligo di astensione sono state dedotte argomentazioni a favore dell'esistenza dell'obbligo di interpretazione conforme in capo al giudice nazionale, già nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva e la scadenza del termine concesso per la sua trasposizione, al fine di evitare interpretazioni che compromettano il raggiungimento dei suoi obiettivi a seguito della scadenza. Secondo alcuni, non avrebbe infatti alcuna utilità segnalare al giudice nazionale l'obbligo dello Stato membro di astenersi dall'adottare provvedimenti idonei a compromettere

---

interna non può estrinsecarsi in contenuti confliggenti con gli obiettivi dichiarati dalla direttiva poiché essa, pur lasciando allo Stato una considerevole discrezionalità circa i mezzi e le modalità dell'attuazione, va rispettata nel suo contenuto minimo essenziale.

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, *Raccolta*, p. I-7411, punto 40 ss.

<sup>58</sup> Sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, cit., punti 40 e 43. In pratica, l'efficacia riconosciuta alle disposizioni comunitarie in ipotesi del genere è di carattere esclusivamente negativo e successivo all'intervento di una misura di trasposizione difforme. Siffatto obbligo di astensione è stato recentemente ribadito nella sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2007, causa C-422/05, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-4749, punto 62.

<sup>59</sup> In questo senso E. SCISO, *L'attuazione del diritto comunitario nella prospettiva del primato della norma comunitaria*, in S. P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *op. cit.*, p. 165.

<sup>60</sup> Così sentenze della Corte di giustizia del 10 novembre 2005, causa C-316/04, *Stichting Zuid-Hollandse*, *Raccolta*, p. I-9759, punti 42-44 e 14 settembre 2006, causa C-138/05, *Stichting Zuid-Hollandse*, *Raccolta*, p. I-8339, punti 41-42. Dal generico dovere di astensione incombente sugli Stati membri la Corte ha ricavato uno specifico divieto di modificare la normativa interna rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva, qualora ciò comporti un abbassamento del livello di tutela rispetto a quello previsto dalla disciplina comunitaria. Essa ha poi precisato che tale divieto vale anche se agli Stati membri sia stato concesso un periodo transitorio, nel corso del quale essi possano continuare ad applicare i loro regimi nazionali, sebbene non conformi alla direttiva considerata. Per un commento alle due sentenze richiamate, si veda A. C. VIMBO, *Un'ulteriore attuazione del principio di leale collaborazione: la direttiva vincola medio tempore gli Stati membri*, in *DPCE*, 2006, p. 203 ss.

<sup>61</sup> Cfr. A. GRATANI, *Obblighi degli Stati membri prima della scadenza del termine di trasposizione di una direttiva comunitaria*, in *DCSI*, 1997, p. 746 ss.

definitivamente il raggiungimento dello scopo di una direttiva dopo la sua entrata in vigore qualora il giudice non possa trarne alcuna conseguenza per la soluzione del caso concreto<sup>62</sup>. Fin dalla data di entrata in vigore, lo scopo della direttiva non potrebbe dunque essere compromesso da atti, o da loro interpretazioni, che seguano “un indirizzo diverso rispetto a quello in essa tracciato”<sup>63</sup>.

7. Al contrario, altra dottrina nega l'esistenza dell'obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del termine di trasposizione in forza di un parallelismo con le ragioni che stanno alla base della fissazione del termine *a quo* per l'efficacia diretta. Dalla prassi giurisprudenziale emerge, con sufficiente chiarezza, come il riconoscimento dell'efficacia diretta sia collegato a un intento – per così dire – pedagogico, se non addirittura “sanzionatorio”, poiché diretto a ovviare, per quanto possibile, alle negligenze e ai ritardi degli Stati membri nella trasposizione corretta e puntuale di una direttiva. L'efficacia diretta può ben essere considerata come una “sanzione automatica per il mancato adempimento dei propri obblighi da parte di uno Stato membro”<sup>64</sup>. In particolare, lo Stato risulta inadempiente all'obbligo di recepimento se mantiene o adotta una legislazione nazionale incompatibile con le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva. Appare chiaro che, in linea di principio, non si può contestare agli Stati l'omessa trasposizione di una direttiva nel loro ordinamento giuridico prima della scadenza del termine previsto per adempiervi. L'efficacia diretta, in ragione della sua natura rimediale/sanzionatoria, può dunque essere invocata dinanzi ai giudici nazionali solo dopo quella data<sup>65</sup>.

Al fine di garantire l'uniformità e la coerenza del sistema, alcuni autori affermano la necessità del “*parallelism in the application of the doctrines of direct*

<sup>62</sup> S. AMADEO, *L'efficacia “obiettiva” delle direttive*, cit., p. 112 ss. L'attribuzione alle direttive comunitarie di effetti preclusivi già prima della scadenza del termine di trasposizione è definita dall'autore come una forma di “efficacia obiettiva o indiretta di norme strumentali”. Tuttavia, la Corte di giustizia non ha mai richiamato l'obbligo di interpretazione in senso conforme al fine di risolvere, ove possibile, un contrasto tra la normativa nazionale e la direttiva nei casi in cui, lo Stato – violando il proprio obbligo di astensione in pendenza del periodo di trasposizione – abbia adottato un provvedimento interno idoneo a compromettere la realizzazione del risultato prescritto dalla direttiva. Vedi per tutte, sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL*, *Raccolta*, p. I-4431, punti 55-59.

<sup>63</sup> In questo senso, P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto Costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 256.

<sup>64</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer del 27 febbraio 2007, causa C-64/06, *Telefonica O2 Czech Republic*, punto 43. L'idoneità a produrre effetti diretti, come qualità delle disposizioni di una direttiva, è anche ritenuta dallo stesso Avvocato generale “il corollario e, al contempo, uno strumento del primato sul diritto nazionale”.

<sup>65</sup> In proposito, sembra utile richiamare la sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2004, causa C-157/02, *Rieser*, *Raccolta*, p. I-1477, punti 66-68. In questo caso, la Corte, dopo aver ribadito l'obbligo di astensione incombente sugli Stati membri in pendenza del termine di trasposizione, ha chiarito che, nei procedimenti instaurati dai singoli che invocano l'effetto diretto di una direttiva, “i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le preesistenti norme di diritto interno confliggenti con tale direttiva *solo dopo la scadenza del suo termine di trasposizione*” (corsivo aggiunto).

*effect and consistent interpretation*”<sup>66</sup>. Così, in entrambe le ipotesi, l’obbligo di utilizzare tali rimedi all’inadeguato o mancato recepimento della direttiva nell’ordinamento nazionale sorgerebbe in capo al giudice interno solo dopo la scadenza del termine concesso allo Stato per la trasposizione<sup>67</sup>. Tuttavia, va tenuto presente che il “vincolo di conformità” posto all’attività interpretativa del giudice nazionale non ha carattere propriamente sanzionatorio<sup>68</sup>, pur essendo considerato da alcuni come “un altro aspetto della prospettiva pedagogica nella quale si muove il giudice comunitario nel definire la portata delle direttive”<sup>69</sup> o come un rimedio (all’inadempiamento statale) “alternativo” rispetto all’efficacia diretta.

8. Sulla base di un esame congiunto del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia, un approccio parzialmente diverso preferisce distinguere tra un più ristretto e un più ampio obbligo di interpretazione conforme<sup>70</sup>. L’obbligo interpretativo più ristretto rilevarebbe in situazioni di pronto recepimento della direttiva: esso riguarderebbe le specifiche misure di recepimento, anche quando queste siano adottate prima della scadenza del termine di trasposizione, e rientrerebbe in quella che è stata definita “*normal consistent interpretation*”<sup>71</sup>. Sarebbe invece più ampio l’obbligo di interpretazione conforme in casi di *non-implementation*, poiché il giudice dello Stato membro dovrebbe prendere in considerazione tutto il diritto nazionale al fine di rintracciare una disposizione interna da applicare in conformità con gli obiettivi della

---

<sup>66</sup> G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in J. M. PRINSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), p. 79 ss., spec. p. 85 ss. L’autore ha dedotto dalla sentenza *Centroteel* che la Corte avrebbe “silently overruled its earlier holdings in *Kolpinghuis*” per allineare la giurisprudenza sull’effetto indiretto con quella sull’effetto diretto, che si produce solo dopo la scadenza del termine di trasposizione (p. 88). Contrari all’esistenza dell’obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del termine di trasposizione, anche G. GAJA, *op. cit.*, p. 133 ss.; M. ZULEEG, *op. cit.*, p. 142 ss.; S. DRAKE, *op. cit.*, p. 340 ss.; F. M. DI MAJO, *Efficacia indiretta delle direttive inattuata: dall’interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, in *RDE*, 1994, p. 506 ss.

<sup>67</sup> Si può notare una somiglianza tra le citate argomentazioni e quelle utilizzate da alcuni nel rilevare che un regime unico di effetti diretti, sia verticali che orizzontali, “contribuirebbe a dare maggiore coerenza al sistema e a garantire l’applicazione uniforme del diritto comunitario” (vedi G. STROZZI, *op. cit.*, p. 210).

<sup>68</sup> L’obbligo di interpretazione conforme non costituisce necessariamente una sanzione all’inadempiamento statale e può infatti valere anche nei confronti delle disposizioni nazionali che abbiano dato corretta trasposizione/attuazione alla direttiva. Resta comunque vero che i problemi e le incertezze, in merito ai limiti posti a siffatti obbligo, assumono maggiore rilevanza nelle ipotesi in cui la direttiva non sia stata compiutamente o adeguatamente trasposta e le sue disposizioni non godano di efficacia diretta a causa del loro contenuto (non sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato) o della natura “orizzontale” della controversia (esclusivamente tra privati).

<sup>69</sup> Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, III ed., p. 180.

<sup>70</sup> In questo senso, per esempio, conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs del 25 giugno 1992, causa C-156/91, *Hansa Fleisch*.

<sup>71</sup> Espressione di G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation*, cit., p. 85, per indicare la necessità di interpretare le misure nazionali adottate per la trasposizione di una direttiva in senso conforme a essa.

direttiva. Tuttavia, in queste ipotesi, l'obbligo potrebbe sorgere solo una volta scaduto il termine di trasposizione, per evitare che i giudici nazionali invadano una competenza del potere legislativo<sup>72</sup>.

La dottrina maggioritaria si pronuncia comunque a favore della ricostruzione di un limite temporale all'obbligo di interpretazione conforme, adducendo due argomentazioni. Da un lato, il giudice nazionale, interpretando il diritto interno in conformità con una direttiva prima della scadenza del termine di trasposizione, potrebbe limitare o precludere al potere legislativo statale l'esercizio di una sua competenza, legittimamente esercitabile fino all'ultimo momento utile (ossia, fino alla suddetta scadenza)<sup>73</sup>; dall'altro, l'utilizzazione "pre-termine"<sup>74</sup> dell'interpretazione conforme da parte del giudice nazionale potrebbe minare la certezza del diritto nel recepimento delle direttive<sup>75</sup>.

9. Forse proprio per esigenze di semplificazione e certezza del diritto, nella sentenza *Adeneler*<sup>76</sup> la Corte di giustizia – discostandosi dalle conclusioni

<sup>72</sup> Una simile invasione di competenza è negata dall'Avvocato generale Kokott, secondo il quale "il giudice nazionale, limitandosi attraverso un'interpretazione conforme alla direttiva a sfruttare un margine di discrezionalità a lui già riconosciuto dal legislatore nell'ambito di disposizioni nazionali esistenti, non fa che esercitare un compito in tutto e per tutto di sua competenza" (conclusioni del 18 maggio 2004, cit., punto 62). In questo senso anche le conclusioni dello stesso Avvocato generale del 27 ottobre 2005, cit.: "il giudice nazionale, se attraverso l'interpretazione della normativa vigente può contribuire alla realizzazione dello scopo della direttiva già prima della scadenza del termine di attuazione, non previene il legislatore, ma si limita ad applicare la normativa da esso stesso creata" (punto 53).

<sup>73</sup> Si pone in posizione parzialmente diversa rispetto alla maggioranza della dottrina M. KLAMERT, *op. cit.*, pp. 1262-1270, la cui tesi è qui richiamata per la sua "originalità" piuttosto che per concordanza di opinioni. L'autore avanza due ipotesi riguardo l'interpretazione conforme in correlazione con l'obbligo di recepimento. Ove l'interpretazione conforme possa essere qualificata come un'adeguata misura di trasposizione della direttiva, ossia risponda a determinate caratteristiche, l'imposizione ai giudici nazionali di un obbligo "positivo" di attuazione della direttiva per via interpretativa prima della suddetta scadenza potrebbe minare le prerogative del legislatore nazionale. Diversamente, qualora l'interpretazione conforme data dai giudici nazionali non possa essere considerata un'adeguata forma di trasposizione, questa, anche se "anticipata", non potrebbe violare l'art. 249 TCE e normalmente il legislatore nazionale rimarrebbe vincolato all'obbligo di recepimento.

<sup>74</sup> Con l'espressione *pre-termine* si intende "prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva".

<sup>75</sup> Sembra opportuno precisare che la dottrina maggioritaria non ritiene adeguato il recepimento delle direttive per il tramite della giurisprudenza nazionale proprio perché questo metodo non garantirebbe il dovuto rispetto dei principi di certezza, trasparenza e obbligatorietà. In questo senso, si pronuncia anche la giurisprudenza comunitaria: *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2007, causa C-508/04, *Commissione c. Austria, Raccolta*, p. I-3787, punti 78-80. A giudizio della Corte, l'interpretazione delle disposizioni di diritto nazionale in senso conforme a una direttiva "non può, di per sé, presentare la chiarezza e la precisione richieste per garantire la certezza del diritto".

<sup>76</sup> Sentenza *Adeneler*, cit. Questa sentenza è commentata da molti giuristi di diritto del lavoro poiché nel merito costituisce un importante punto di riferimento per la tutela dei lavoratori subordinati. Oggetto della pronuncia è la direttiva 1999/70/CE, emanata in attuazione dell'accordo qua-

dell'Avvocato generale<sup>77</sup> – ha negato l'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del termine di trasposizione, pur lasciando intravedere una parziale “apertura al compromesso”. Nella sua pronuncia sul caso la Corte di giustizia ha anzitutto ribadito che, pur nel rispetto dei limiti posti dai principi generali di certezza del diritto e di non retroattività, il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti della loro competenza – prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo – per pervenire a una soluzione conforme alla finalità perseguita dalla direttiva<sup>78</sup>.

Quanto alla data a partire dalla quale sorge in capo ai giudici nazionali l'obbligo di interpretazione conforme, la Corte di giustizia ha premesso che tale obbligo è imposto, in particolare, nelle ipotesi in cui non può essere riconosciuta efficacia diretta alle disposizioni di una direttiva<sup>79</sup>. Essa ha peraltro ricordato che, prima della scadenza del termine di attuazione di una direttiva, agli Stati membri non può essere contestata la mancata adozione dei necessari provvedimenti di recepimento nei propri ordinamenti. Alla luce di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha concluso che nel caso di tardiva attuazione di una direttiva, “l'obbligo generale che incombe sui giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste solamente *a partire dalla scadenza del termine di attuazione* di quest'ultima”<sup>80</sup>.

---

dro sul lavoro a tempo determinato: accordo che – come chiarito dalla Corte di giustizia – intende circoscrivere il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in quanto potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori subordinati. Un mezzo utilizzato dall'accordo quadro al fine di prevenire i possibili abusi è costituito dalla previsione di “ragioni obiettive”, che presuppongono l'esistenza di elementi concreti e specifici relativi all'attività lavorativa e alle condizioni del suo esercizio, tali da giustificare l'utilizzazione di siffatti contratti successivi. La Corte ha poi precisato che, nel definire il carattere “successivo” dei contratti, gli Stati membri sono tenuti a non pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo quadro. Infine, la Corte ha chiarito che l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare una successione di contratti a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro non preveda, nel settore considerato, un'altra misura effettiva ed equivalente a tutela dei lavoratori per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi. La sentenza *Adeneler* è, peraltro, stata seguita da due pronunce della stessa Corte di giustizia, riguardanti l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi nel settore pubblico nell'ambito dell'ordinamento italiano: sentenze della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, *Raccolta*, p. I-7213 e causa C-180/04, *Vassallo*, *Raccolta*, p. I-7251.

<sup>77</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 27 ottobre 2005, cit., punti 43-54. Vedi *supra* par. 5.

<sup>78</sup> Sentenza *Adeneler*, cit., punto 111.

<sup>79</sup> L'efficacia diretta non viene riconosciuta qualora le disposizioni della direttiva non siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate oppure la controversia sia esclusivamente tra privati.

<sup>80</sup> Sentenza *Adeneler*, cit., punto 115 (corsivo aggiunto). Il ragionamento seguito dalla Corte sembra essere una chiara conferma del cosiddetto “parallelismo” nell'apposizione di limiti tem-

Tuttavia, “al fine di statuire in modo completo”, la Corte ha ritenuto opportuno precisare che una direttiva produce effetti giuridici nei confronti degli Stati membri destinatari – vale a dire, di tutte le autorità nazionali – dalla data in cui entra in vigore e che, in pendenza del termine di attuazione, tali Stati devono astenersi dall’adottare disposizioni idonee a compromettere gravemente la realizzazione del risultato da essa prescritto<sup>81</sup>. Di conseguenza, la Corte ha affermato – senza un completo sostegno di argomentazioni – che “*dalla data in cui una direttiva è entrata in vigore, i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall’interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da tale direttiva*”<sup>82</sup>. Si ripropone così il generale obbligo di astensione, vincolante per tutte le autorità degli Stati membri, con una variante *ad hoc* per i giudici nazionali. Non è dato però capire perché la Corte abbia ritenuto necessario riferirsi specificamente all’attività interpretativa dei giudici nazionali, dal momento che la giurisprudenza *Inter-Environnement Wallonie* li ha da sempre considerati tra le autorità giurisdizionali su cui incombe l’obbligo di *stand-still*. Peraltro, neppure è possibile dedurre dalle statuizioni della sentenza *Adeneler* in quale modo un’interpretazione del diritto nazionale data dal giudice interno possa realizzare una compromissione grave degli obiettivi di una direttiva<sup>83</sup>.

La soluzione prospettata dalla Corte di giustizia sembra lasciare al giudice nazionale un’eccessiva discrezionalità e, agli interessati, un ampio margine di incertezza su quella che potrebbe essere la soluzione interpretativa accolta nel singolo caso. Il giudice nazionale, rilevata la possibile compromissione dei risultati della direttiva ad opera della normativa nazionale, previgente o adottata dopo la direttiva in contrasto con essa, dovrebbe cercare di porvi rimedio. A tal fine, dovrebbe forse astenersi da un’interpretazione letterale e rigorosa delle disposizioni nazionali che rischi di compromettere gravemente la realizzazione degli obiettivi perseguiti dall’atto comunitario e optare invece, se possibile, per un’interpretazione conforme oppure privilegiare l’applicazione di disposizioni interne maggiormente compatibili con le finalità della direttiva.

D’altra parte, però, il giudice nazionale potrebbe trovarsi di fronte a disposizioni di diritto interno tanto specifiche da lasciare poco margine per una *recon-*

---

porali all’efficacia diretta e all’obbligo di interpretazione conforme, come auspicato da più parti. Tra gli altri, vedi G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation*, cit., p. 85 ss.

<sup>81</sup> Tale obbligo di astensione si impone altresì ai giudici nazionali, i quali sono tenuti a garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario nell’ambito delle loro competenze (vedi sentenza *Adeneler*, cit., punti 117-122).

<sup>82</sup> Sentenza *Adeneler*, cit., punto 123 (corsivo aggiunto).

<sup>83</sup> Per comprendere quale potrebbe essere una interpretazione del diritto nazionale “che rischierebbe di compromettere gravemente la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva” potrebbe forse risultare utile richiamare il punto 84 della stessa sentenza. Qui la Corte ha affermato che una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi deve essere considerata “tale da compromettere l’obiettivo, la finalità nonché l’effettività dell’accordo quadro”.

*ciling interpretation* o, meglio, per un'interpretazione che non comprometta gravemente il raggiungimento del risultato previsto dalla direttiva. In tali ipotesi, un arduo compito spetterebbe al giudice nazionale, adito in una controversia tra privati in pendenza del periodo di trasposizione, al fine di evitare una compromissione grave delle finalità della direttiva. Questi non potrebbe disapplicare la normativa interna, né ricorrere al rimedio dell'interpretazione conforme, bensì dovrebbe interpretare quella normativa in un senso che possa eliminare o limitare il contrasto con la direttiva. Stabilire quale sia la differenza tra l'interpretazione conforme e "un'interpretazione che impedisca alla norma nazionale di pregiudicare gravemente l'obiettivo della direttiva" è una questione di non facile soluzione per il giudice nazionale.

Resta peraltro dubbio anche il senso dell'avverbio "gravemente" con cui la Corte ha circoscritto l'obbligo di astensione del giudice nazionale dall'attività ermeneutica. Si potrebbe intendere che compromissioni "non gravi" della finalità della direttiva siano ammesse o tollerate. È certamente ridotta la comprensione del principio affermato e, comunque, non è facile capire quando e come un certo tipo di interpretazione possa compromettere più o meno gravemente le suddette finalità<sup>84</sup>.

In conclusione, non può comunque negarsi l'importanza di questa prima pronuncia della Corte di giustizia sulla determinazione della data in cui sorge l'obbligo di interpretazione conforme. La Corte ha chiarito che – nell'ipotesi di tardiva attuazione di una direttiva nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro e in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni rilevanti di quest'ultima – i giudici nazionali devono interpretare il diritto interno, per quanto possibile,

---

<sup>84</sup> Uno spunto per comprendere quando siffatta compromissione risulti "grave" potrebbe essere tratto dalle conclusioni dell'Avvocato generale Poiarses Maduro del 25 gennaio 2007, causa C-422/05, *Commissione c. Belgio*, punti 46-49. Egli sostiene che "una normativa nazionale è in grado di *compromettere gravemente* il risultato di una direttiva ogniqualvolta sia capace di *determinare, in maniera durevole, una situazione incompatibile con gli obiettivi comunitari*. Tale situazione può determinarsi sia adottando una normativa, sia creando circostanze di fatto contrarie alle finalità comunitarie, oltre che difficilmente reversibili". Ciò, secondo l'Avvocato generale, ricorre qualora, in pendenza del periodo di trasposizione della direttiva, a livello nazionale vengano imposti degli obblighi idonei a determinare una certa situazione o a imporre delle scelte, eccedenti le richieste comunitarie e a queste sostanzialmente contrarie, difficilmente reversibili perché "capaci di sussistere ben oltre il termine di trasposizione della direttiva e di influenzare, a loro volta, l'ulteriore sviluppo delle scelte comunitarie". Che questo genere di compromissione grave – "difficilmente reversibile" dopo la scadenza del termine di trasposizione – possa essere realizzato attraverso l'attività interpretativa del giudice pare poco probabile per due ordini di motivi. In primo luogo, perché, almeno in un ordinamento giuridico come il nostro, il precedente giudiziario non ha valore vincolante e, dunque, altro giudice potrebbe sempre adottare una diversa interpretazione della stessa norma. Potrebbe peraltro intervenire un successivo atto normativo di trasposizione della direttiva, che farebbe decadere tutte le interpretazioni precedentemente rese e idonee a compromettere gravemente la realizzazione dei suoi obiettivi. In secondo luogo, una volta scaduto il termine di trasposizione, i privati potrebbero invocare l'efficacia diretta della direttiva nelle controversie orizzontali e il giudice sarebbe obbligato ad applicare le disposizioni comunitarie, eventualmente disapplicando le contrastanti norme nazionali (o loro interpretazioni).

alla luce del testo e delle finalità di una direttiva al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, a partire dalla scadenza del termine di attuazione. In pendenza di tale termine, questi sono vincolati soltanto a una "leale astensione", ai sensi dell'art. 10, par. 2 TCE.

La sentenza *Adeneler* sembrerebbe così porre fine, in modo pressoché definitivo, alle esortazioni giunte da più parti – anche dall'Avvocato generale Kokott – affinché la Corte di giustizia ammettesse l'esistenza di un dovere dei giudici nazionali di interpretare il diritto nazionale in senso conforme a una direttiva fin dalla data della sua entrata in vigore, ossia già prima della scadenza del termine di attuazione. Tuttavia, a rigore, la Corte non ha espressamente vietato né escluso – e quindi, *a contrario*, consentirebbe – che i giudici nazionali scelgano discrezionalmente di interpretare il diritto nazionale in conformità con una direttiva, anche in pendenza del termine concesso per il suo recepimento. Pur in assenza di un obbligo di interpretazione conforme in pendenza del termine di trasposizione, i giudici nazionali potrebbero perciò procedere discrezionalmente all'interpretazione conforme nell'esercizio delle loro competenze<sup>85</sup>.

**10.** Alcune successive pronunce della stessa Corte di giustizia – seppur riguardanti questioni parzialmente diverse da quella sopra esposta – alimentano dubbi sulla possibilità che la sentenza *Adeneler* statuisca una esclusione definitiva degli effetti, "incidental"<sup>86</sup> o indiretti, che la direttiva potrebbe produrre in pendenza del termine di trasposizione. In primo luogo, alcune sentenze e conclusioni di Avvocati generali ammettono che una direttiva entrata in vigore possa essere considerata quale parametro per l'obbligo di interpretazione conforme in casi di trasposizione anticipata, vale a dire quando una normativa nazionale la abbia recepita prima della scadenza del termine di trasposizione. In secondo luogo, alcuni effetti sono ammessi "indirettamente" dalla Corte nelle ipotesi in cui la direttiva considerata costituisca specificazione o attuazione di un principio generale del diritto comunitario, risalendo ad esso per dare efficacia alle previsioni della direttiva in vigore, indipendentemente dal fatto che il termine di trasposizione non sia ancora scaduto<sup>87</sup>.

Così, ad esempio, nella sentenza *Cordero Alonso*, la Corte ha ritenuto che rientrassero nell'ambito di applicazione temporale della direttiva richiamata non solo le disposizioni nazionali aventi espressamente ad oggetto l'attuazione della

<sup>85</sup> Così S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 206 s. L'unica eccezione alla tesi, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme sorgerebbe solo successivamente alla scadenza del termine di attuazione, potrebbe ricorrere nel caso di misure di trasposizione adottate prima di tale scadenza. In questa ipotesi di *premature implementation*, l'autore ritiene che i giudici nazionali avrebbero non una mera facoltà di provvedere a un'interpretazione conforme, bensì l'obbligo di fare ciò sulla base dell'art. 10 TCE. L'interpretazione delle misure interne di trasposizione costituirebbe infatti una questione di diritto comunitario e non più puramente di diritto nazionale.

<sup>86</sup> A proposito di questi effetti, vedi A. ARNULL, *op. cit.*, p. 1 ss. "The two most famous 'incidental effects' rulings are *CIA Security and Unilever Italia*", secondo M. BORGERS, *op. cit.*, p. 931.

<sup>87</sup> Così sentenza *Mangold*, cit., e sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-81/05, *Cordero Alonso*, *Raccolta*, p. I-7569, punti 28-29.

stessa, ma anche, “*a decorrere dalla data di entrata in vigore di detta direttiva, le disposizioni nazionali preesistenti idonee a garantire la conformità del diritto nazionale a quest’ultima*”<sup>88</sup>. L’Avvocato generale Tizzano nelle sue conclusioni aveva rilevato che “in caso di trasposizione anticipata della direttiva”, le disposizioni nazionali ad essa conformi devono essere applicate a tutti i fatti posteriori all’entrata in vigore di tali disposizioni, compresi dunque quelli intervenuti prima della scadenza del termine di trasposizione<sup>89</sup>. L’obbligo di interpretare quelle disposizioni nazionali in conformità con la direttiva entrata in vigore al momento dei fatti di causa, seppur in pendenza del termine di trasposizione, troverebbe giustificazione nel fatto che le misure nazionali, in quanto attuative di disposizioni comunitarie, rientrano nella loro sfera di applicazione. In sintesi, l’Avvocato generale ha ritenuto che il giudice nazionale dovesse procedere a una *normal consistent interpretation*<sup>90</sup> delle disposizioni nazionali al fine di garantire l’efficacia della direttiva, anche se il termine di trasposizione non era ancora scaduto.

La Corte, tuttavia, nella medesima sentenza non ha affrontato il problema dell’interpretazione conforme e ha preferito affermare l’obbligo di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la direttiva, fondandosi sulla circostanza che quest’ultima fosse espressione del principio generale di uguaglianza, quale riconosciuto dall’ordinamento giuridico comunitario<sup>91</sup>. A ogni buon conto, si potrebbe sostenere che, in caso di trasposizione anticipata di una direttiva, il giudice nazionale interpreti e applichi le disposizioni interne di trasposizione in senso conforme alla direttiva stessa, se non in forza di un obbligo, quanto meno in virtù di una scelta dettata dalla logica giuridica<sup>92</sup>. Resta chiaramente rimesso alle competenze del giudice valutare con quale intensità la sua attività interpre-

<sup>88</sup> Sentenza *Cordero Alonso*, cit., punto 29 (corsivo aggiunto).

<sup>89</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano del 27 aprile 2006, cit., punti 28 e 33 (corsivo aggiunto).

<sup>90</sup> In proposito, vedi *supra*, par. 10, spec. nota 80.

<sup>91</sup> Corte di giustizia, sentenza *ult. cit.*, punti 42 e 47. La disapplicazione consegue dal fatto che, secondo la Corte, “se una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, essa deve essere conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto” (*ibidem*, punto 35). La Corte ha qui seguito lo stesso ragionamento usato nella soluzione del caso *Mangold*, cit. (vedi *supra* par. 9, spec. note 78-81), al fine di garantire il rispetto della direttiva fin dalla sua entrata in vigore, in quanto “coperta” dalla portata di un principio generale del diritto comunitario. Nel caso di specie, il giudice nazionale doveva perciò verificare se la normativa interna, rientrante nell’ambito di applicazione della direttiva considerata, rispettasse il “metaprincipio” di uguaglianza e non discriminazione e, in caso negativo, doveva disapplicare quella normativa.

<sup>92</sup> L. DANIELE, *op. cit.*, p. 195, sostiene che, qualora sia data attuazione alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento, potrebbe darsi l’unico caso di “efficacia diretta anticipata” poiché lo Stato membro in questione avrebbe rinunciato al termine concesso in suo favore. Pertanto, qualora le misure d’attuazione si rivelino inadeguate, tale Stato potrebbe “subire” anticipatamente gli eventuali effetti diretti della direttiva. Sembra, tuttavia, unanimemente condiviso che di effetti diretti non possa parlarsi se non dopo la scadenza del termine concesso agli Stati membri per l’attuazione di una direttiva, poiché essa di per sé pone agli Stati membri soltanto l’obbligo di recepimento entro quel termine, scaduto il quale l’eventuale inadempimento può essere contestato e “sanzionato”.

tativa debba intervenire sulla norma nazionale per renderla conforme al dettato della direttiva, sempre nel rispetto dei limiti posti dalla giurisprudenza comunitaria<sup>93</sup>.

Vale poi la pena accennare brevemente alla posizione recentemente sostenuta dall'Avvocato generale Poirares Maduro<sup>94</sup>. Questi, pur richiamando alcuni punti della pronuncia della Corte nel caso *Adeneler*, non ha tenuto conto della soluzione ivi accolta a proposito dell'obbligo interpretativo e ha risolto la questione utilizzando altri argomenti. Ha ribadito innanzitutto che, a partire dalla data della sua entrata in vigore, la direttiva viene in esistenza e inizia a produrre i suoi effetti nell'ordinamento giuridico comunitario e negli Stati membri, sebbene lasci a questi un termine per l'attuazione<sup>95</sup>. L'Avvocato generale ritiene che, in pendenza di tale termine, lo Stato membro rimane titolare delle proprie funzioni normative e amministrativa, ma deve esercitarle in maniera conforme al dettato della direttiva o, quanto meno, in modo da non renderne più complicata la trasposizione interna. Una normativa nazionale, adottata prima della scadenza del termine di trasposizione, al fine di dare completa attuazione ad una direttiva entrata in vigore, richiederebbe dunque una "valutazione anticipata di adeguatezza della trasposizione". Peraltro, secondo l'Avvocato generale, seppure le disposizioni interne non rappresentino misure di trasposizione della direttiva, esse non potrebbero essere sottratte a una "valutazione di compatibilità" con la disposizione comunitaria<sup>96</sup>. Da quanto detto potrebbe quindi dedursi che, al fine di prevenire un ricorso per infrazione contro il proprio Stato – quale quello attivato, nel caso esposto, contro il Belgio – il giudice nazionale sia chiamato, fin dall'entrata in vigore di una direttiva, a interpretare e applicare conformemente a essa le disposizioni di diritto interno già vigenti o adottate *medio tempore*, ossia in pendenza del termine di trasposizione<sup>97</sup>.

Più delle altre destano attenzione le conclusioni, recentemente presentate dallo stesso Avvocato generale Poirares Maduro, in un altro caso tuttora pen-

<sup>93</sup> Secondo S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 206 s., invece, nel caso di misure di trasposizione adottate prima della scadenza del termine di attuazione ricorrerebbe l'unica eccezione alla tesi, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme sorgerebbe solo successivamente a tale scadenza. In questa ipotesi di *premature implementation*, l'autore ritiene che i giudici nazionali avrebbero non una mera facoltà di provvedere a un'interpretazione conforme, bensì l'obbligo di fare ciò sulla base dell'art. 10 TCE. L'interpretazione delle misure interne di trasposizione costituirebbe infatti una questione di diritto comunitario e non più puramente di diritto nazionale.

<sup>94</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 25 gennaio 2007, cit., punti 28-49.

<sup>95</sup> *Ibidem*, punto 34.

<sup>96</sup> Per procedere alla valutazione di adeguatezza o compatibilità delle norme nazionali con una direttiva comunitaria a poco rileva il fatto che la normativa nazionale, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva, sia o meno finalizzata al suo recepimento (*ibidem*, punti 43 e 44).

<sup>97</sup> A sostegno di quanto qui sostenuto, giova richiamare una pronuncia di qualche anno fa in cui la Corte costituzionale italiana ha statuito che "l'interpretazione non contrastante con le norme comunitarie vincolanti per l'ordinamento interno deve essere preferita, dovendosi evitare che lo Stato italiano si ritrovi inadempiente agli obblighi comunitari" (vedi sentenza n. 190/2000).

dente: la causa C-306/06, *Telecom*<sup>98</sup>. Si tratta di una controversia tra privati, nella quale, esclusa la possibilità di invocare l'efficacia diretta delle disposizioni di una direttiva, si richiama l'obbligo di interpretazione del diritto nazionale in conformità con la lettera e lo scopo della direttiva considerata. Ebbene, l'Avvocato generale ha espressamente affermato che tale obbligo non può essere rimesso in discussione dalla circostanza che il termine per l'attuazione della direttiva non fosse scaduto all'epoca dei fatti in causa<sup>99</sup>. A sostegno di siffatta affermazione viene richiamato il noto obbligo di astensione in pendenza del termine di trasposizione e proprio quel passaggio della sentenza *Adeneler* che, nelle intenzioni della Corte, esclude l'obbligo di interpretazione conforme prima della scadenza del suddetto termine. La soluzione suggerita troverebbe giustificazione nel fatto che il legislatore nazionale ha scelto di procedere a una trasposizione anticipata della direttiva in questione. Di conseguenza, il giudice nazionale dovrebbe tener conto della volontà del legislatore, che ha recepito tempestivamente la direttiva, e interpretare le disposizioni di attuazione conformemente a essa, anche se, all'epoca dei fatti, il termine di trasposizione non era ancora scaduto.

11. Sotto un diverso profilo, la Corte di giustizia, a partire dal caso *Mangold*<sup>100</sup>, ha riconosciuto qualche effetto "pre-termine" a una direttiva in quanto espressione di un principio generale del diritto comunitario<sup>101</sup>. Essa ha, in particolare, affermato che è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge, "perfino qualora il termine di recepimento della direttiva non sia ancora scaduto"<sup>102</sup>. Secondo qualche commento critico<sup>103</sup>, la Corte avrebbe qui utilizzato una "scappatoia" per attribuire a

---

<sup>98</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Poiáres Maduro del 18 ottobre 2007, causa C-306/06, *Telecom GmbH*, punti 20-26.

<sup>99</sup> *Ibidem*, punto 23.

<sup>100</sup> Sentenza *Mangold*, cit., p. I-9981.

<sup>101</sup> Questo approccio ha permesso alla Corte di evitare di pronunciarsi su due problemi inerenti a tale causa: in primo luogo, l'obiezione che il termine concesso per il recepimento della direttiva all'epoca dei fatti non era ancora scaduto; in secondo luogo, la mancanza di effetti diretti orizzontali della direttiva. In proposito, G. CAGGIANO, *Principio di non discriminazione e parità di trattamento in materia di occupazione*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 3, ([www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net), reperibile *on line*). A parere dell'autore, le circostanze speciali oggetto della causa *Mangold* possono giustificare che il principio di non discriminazione per età sia stato applicato al posto di una direttiva non ancora entrata in vigore. Non sarebbe invece accettabile l'applicazione di un principio generale.

<sup>102</sup> Sentenza *Mangold*, cit., punti 65-78. La Corte ha fondato la soluzione della controversia sul principio della parità di trattamento, di cui la direttiva in questione costituiva una forma di attuazione specifica. La forza vincolante di questo principio generale del diritto comunitario non può infatti dipendere dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva volta a stabilire un quadro normativo per la lotta alle discriminazioni.

<sup>103</sup> Critiche sollevate in Editorial Comment, *op. cit.*, p. 8. Sottolineando che le direttive sono spesso adottate per dare specifica attuazione a principi generali, l'autore ritiene che un'ampia

una direttiva gli effetti diretti che di per sé non avrebbe potuto produrre, invocando in sua sostituzione un principio generale del diritto comunitario che in essa era articolato e specificato. Questo approccio ha evitato alla Corte di ricorrere alla direttiva quale parametro per l'obbligo di interpretazione conforme e di affrontare l'obiezione relativa alla circostanza che all'epoca dei fatti il termine concesso per la trasposizione fosse ancora pendente<sup>104</sup>.

Lo stesso approccio è proposto nel caso *Mickelsson and Roos*, tuttora pendente e riguardante l'applicazione delle disposizioni di una direttiva in una controversia scaturita da fatti penalmente rilevanti, verificatisi dopo lo spirare del termine per la trasposizione della direttiva considerata, ma prima dello scadere del successivo termine di applicazione<sup>105</sup>. Posto che nel diritto nazionale il *tempus commissi delicti* è determinante ai fini della punibilità, in questo caso è sorto il problema che, a quella data, il termine di applicazione della direttiva non era ancora spirato e non era stata adottata alcuna misura nazionale di recepimento<sup>106</sup>. Nell'esaminare se tale circostanza impedisca al privato di far valere in giudizio la direttiva, l'Avvocato generale Kokott, richiamando il "principio della retroattività della pena più mite" quale riconosciuto dal diritto comunitario, prospetta a favore dell'imputato la possibilità di far valere la depenalizzazione o la diminu-

---

applicazione del ragionamento seguito dalla Corte nel caso *Mangold* porterebbe a considerare sempre applicabili le disposizioni di quelle direttive, anche in controversie tra privati – eventualmente disapplicando il diritto nazionale contrastante – e renderebbe così priva di senso l'esclusione della efficacia diretta "orizzontale" delle direttive stesse. Ancora, in senso critico, conclusione dell'Avvocato generale Mazak del 15 febbraio 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, punti 79-97, 131-138. L'Avvocato generale avanza qualche perplessità sulle conclusioni, raggiunte nella sentenza in commento, relativamente all'esistenza di un principio generale di non discriminazione per motivi di età e contesta che la Corte abbia aggirato i limiti intrinseci alla direttiva, ossia la mancanza di efficacia diretta orizzontale, riconoscendo effetto diretto a quel principio generale. Non ritiene peraltro ammissibile che a un principio generale di diritto comunitario, specificato in apposite norme comunitarie di diritto derivato, sia riconosciuto "un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme o indipendentemente da esse".

<sup>104</sup> Così G. CAGGIANO, *op. cit.*

<sup>105</sup> Nel caso di specie, i termini di trasposizione e di applicazione erano previsti distintamente e fissati a distanza di un anno l'uno dall'altro.

<sup>106</sup> Su un caso simile, ma riguardante l'interpretazione conforme a un atto di diritto derivato dell'UE, la Corte ha già avuto modo di pronunciarsi. Si tratta della causa C-467/05, *Giovanni Dell'Orto*, nella quale l'Avvocato generale Kokott (conclusioni dell'8 marzo 2007, punti 33-35) ha sostenuto l'applicazione *ratione temporis* di una decisione-quadro ai fatti in causa nella controversia principale, verificatisi in pendenza del termine di recepimento. Ciò perché, secondo l'Avvocato generale, "ad un'interpretazione conforme non si oppone la circostanza che i fatti da indagare siano collocati cronologicamente prima dell'adozione della decisione-quadro. In base ad una giurisprudenza costante, nel caso di norme procedurali si deve infatti tener presente, in generale, che esse sono applicabili a tutte le controversie giuridiche *pendenti alla data della loro entrata in vigore*" (corsivo aggiunto). La Corte di giustizia ha concordato con le esposte conclusioni e richiamato la costante giurisprudenza, secondo cui le norme di procedura si applicano a tutte le controversie pendenti all'atto della loro entrata in vigore. La Corte non ha infatti rilevato "alcun ostacolo relativo all'applicazione della legge nel tempo che osti alla presa in considerazione delle disposizioni pertinenti della decisione-quadro al fine di interpretare la normativa nazionale in conformità a quest'ultima" (sentenza del 28 giugno 2007, *Raccolta*, p. I-5557, punti 47-49).

ita punibilità della propria condotta sancite da una direttiva, “anche quando il termine per la trasposizione o per l’applicazione della direttiva è scaduto al momento della condanna, ma non ancora al momento in cui è stato commesso il reato”<sup>107</sup>.

Anche in tal caso viene dunque richiamato un principio generale del diritto comunitario per non superare il problema del limite temporale posto all’applicazione della direttiva e permettere al privato di invocare in suo favore disposizioni comunitarie, a rigore, inapplicabili tanto in via diretta, quanto *via consistent interpretation*. Nella causa *Mickelsson and Roos* è in questione un problema certamente diverso, ma se il giudice è chiamato ad applicare direttamente le disposizioni di una direttiva per giudicare fatti avvenuti prima della scadenza del termine di applicazione, potrebbe affermarsi anche che nella stessa ipotesi, ove possibile, questi potrebbe risolvere la questione attraverso l’interpretazione conforme<sup>108</sup>. In forza del principio di leale cooperazione, i giudici nazionali, nell’alternativa tra prendere in considerazione una direttiva entrata in vigore – e, di conseguenza, interpretare il diritto nazionale in conformità con essa – oppure ignorarla, dovrebbero propendere per la prima opzione<sup>109</sup>.

**12.** Le conclusioni degli avvocati generali richiamate nei due paragrafi precedenti<sup>110</sup> – e accolte in parte dalla Corte di giustizia – sembrano introdurre alcune eccezioni alla “regola” affermata nella sentenza *Adeneler*. Ricordiamo che in quella sentenza la Corte di giustizia ha stabilito che i giudici nazionali siano chiamati a interpretare il diritto nazionale in conformità con una direttiva soltanto *post-term* – vale a dire, dopo la scadenza del termine concesso per la sua

---

<sup>107</sup> Conclusioni *ult. cit.*, punto 26. Questo riconoscimento di efficacia retroattiva non costituirebbe, a parere dell’Avvocato generale, una rinuncia al principio secondo cui le disposizioni di una direttiva non possono essere direttamente applicabili in pendenza dei termini suddetti poiché il privato, in questo caso, beneficerebbe retroattivamente delle valutazioni più favorevoli contenute nella direttiva solamente al momento della condanna.

<sup>108</sup> L’Avvocato generale Kokott (conclusioni dell’8 febbraio 2007, *cit.*, punti 67 e 68) nega che le autorità competenti possano invocare direttamente nei confronti del singolo un eventuale principio generale di diritto comunitario già esistente, quando esso abbia trovato espressione e realizzazione nella disposizione di una direttiva: “Se, infatti, accanto a tale norma si consentisse un ricorso diretto a un principio generale del diritto dal contenuto decisamente meno chiaro e preciso, vi sarebbe il rischio di frustrare l’obiettivo di armonizzazione della direttiva e di minare la certezza del diritto da essa perseguita”. Secondo l’Avvocato generale è invece possibile invocare, allo stesso fine, disposizioni generali del diritto interno – compresi i principi del diritto costituzionale o amministrativo – “a condizione che tali disposizioni siano interpretate e applicate in conformità con il diritto comunitario e, in particolare con la lettera e gli scopi della direttiva in questione”. Su tale approccio ha concordato la Corte di giustizia nella sentenza *Kofoed*, *cit.*, punto 42.

<sup>109</sup> Secondo M. KLAMERT, *op. cit.*, p. 1273 ss., la produzione di “effetti indiretti” da parte della direttiva tramite l’opera ermeneutica dei giudici nazionali avrebbe due basi giuridiche diverse: in pendenza del termine di trasposizione essa si fonderebbe sul dovere di leale cooperazione, mentre dopo la scadenza di tale termine sull’obbligo di trasposizione.

<sup>110</sup> Va comunque notato che le conclusioni degli avvocati generali spesso non sono molto indicative per prevedere quale sarà la tendenza seguita dalla Corte e ciò, visti i precedenti, è particolarmente vero a proposito del tema oggetto del presente lavoro.

trasposizione – in modo apparentemente conclusivo, anche se non del tutto convincente. Evidentemente, alcuni avvocati generali e una parte della dottrina, in disaccordo con la Corte, continuano a ritenere opportuna l’affermazione di un obbligo interpretativo *pre-term*, quantomeno nelle ipotesi di trasposizione anticipata della direttiva<sup>111</sup>. Non mancano perciò autori che, anche a seguito della sentenza *Adeneler*, sostengono l’esistenza di un *anticipatory indirect effect*<sup>112</sup>, sempre fondato sull’art. 10 TCE<sup>113</sup>.

Malgrado i dubbi e le opinioni discordanti, occorre tuttavia *stare decisis*, almeno fin quando non intervengano ulteriori pronunce della Corte di giustizia in senso diverso. Per il momento, la possibilità di invocare l’obbligo di interpretazione conforme o, alternativamente, l’efficacia diretta della direttiva è sottoposta, in entrambe le ipotesi, allo stesso limite temporale iniziale coincidente con la scadenza del termine di trasposizione/attuazione. La soluzione accolta dalla Corte potrebbe risultare maggiormente garantista, qualora si tenga conto della notevole similitudine di effetti cui possono condurre, nella prassi, queste due tecniche di valorizzazione delle direttive. È stato infatti da più parti rilevato che l’obbligo di interpretazione conforme spesso “goes further than a general incentive to *reconciling interpretation*”<sup>114</sup> e conduce a risultati concreti molto simili a quelli raggiungibili in virtù dell’efficacia diretta<sup>115</sup>. In alcuni casi ben noti la Corte di giustizia, nonostante i limiti previsti in linea di principio<sup>116</sup>, sembra aver chiamato il giudice interno a “scartare”, in qualunque modo possibile, l’applicazione in controversie tra privati della norma nazionale incompatibile con una direttiva<sup>117</sup> o, comunque, ottenere un “*de facto horizontal direct effect of the*

<sup>111</sup> Salvo poi considerare come un’eccezione l’applicazione *pre-termini* delle disposizioni di una direttiva. La stessa Corte ha ammesso una siffatta applicazione qualora quelle disposizioni fossero espressione di un principio generale del diritto comunitario, in quanto tale direttamente applicabile in ogni circostanza.

<sup>112</sup> Definizione data da M. KLAMERT, *op. cit.*, p. 1251 ss.

<sup>113</sup> G. TESAURO, *op. cit.*, p. 111, ritiene che l’applicazione dell’art. 10 TCE sia tra le argomentazioni più rilevanti e significative della giurisprudenza comunitaria, tanto da risultare una “vera e propria chiave di volta” di numerose e fondamentali pronunce adottate dalla Corte di giustizia al fine di garantire “la portata e l’effettività del sistema giuridico comunitario”, nonché la piena efficacia dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie.

<sup>114</sup> G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 583.

<sup>115</sup> Secondo la dottrina prevalente, la sentenza nel caso *Marleasing* – come altre successive – sembra avallare il riconoscimento dell’obbligo di adottare un’interpretazione “manipolativa” del diritto interno o, addirittura, di un obbligo di disapplicazione per via interpretativa delle disposizioni interne di significato “irrimediabilmente” confliggente con il disposto comunitario. In questo senso, S. AMADEO, *Norme comunitarie*, cit., p. 219, e la dottrina ivi citata.

<sup>116</sup> In proposito, vedi *supra*, par. 4.

<sup>117</sup> Dopo aver ripetutamente negato che una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva, volta a conferire diritti o a imporre obblighi, possa essere applicata in una controversia esclusivamente tra privati (vedi sentenza *Pfeiffer*, cit., punto 109) a rigore, nel quadro giuridico comunitario, la Corte potrebbe difficilmente ammettere l’esplicito riconoscimento di un “effetto di esclusione” tra gli effetti riconducibili alle disposizioni di una direttiva in quella stessa controversia. Eppure G. STROZZI, *op. cit.*, p. 216 s., ritiene che, nel caso *Pfeiffer*, la Corte si sia pronunciata, in sostanza, per una vera e propria disapplicazione del diritto nazionale incompatibile con

directive”<sup>118</sup>. Questa prassi ha suscitato numerose critiche da parte della dottrina, poiché, nelle soluzioni adottate, i giudici nazionali sono andati oltre *a certain judicial creativity*<sup>119</sup>, cosicché “the horizontal direct effect of directives had been introduced via the back door”<sup>120</sup>.

Occorre comunque tener presente che il rimedio dell’interpretazione conforme rileva non soltanto come un mezzo per proteggere i diritti attribuiti ai privati, ma altresì come una garanzia della piena effettività del diritto comunitario. Questa ulteriore finalità potrebbe richiedere che siano applicate regole meno restrittive quanto al termine da cui poter ricorrere al rimedio in parola, in particolare modo nei casi di trasposizione anticipata della direttiva.

In ogni caso, restano salvi i criteri interpretativi nazionali utilizzabili per conciliare le norme interne con quelle comunitarie. Questi, avendo un campo di applicazione più vasto rispetto all’obbligo comunitario di interpretazione conforme, potrebbero incidere sulla normativa nazionale già prima della scadenza del termine concesso per l’attuazione della direttiva<sup>121</sup>. La Corte di giustizia lascia, dunque, ancora una volta, ai giudici nazionali la responsabilità di attuare il diritto comunitario tramite tutti gli strumenti giuridici – di derivazione interna o comunitaria – a loro disposizione. In conclusione, i giudici nazionali sono i primi tutori dei diritti, ma in certi casi anche gli “ultimi”. Ciò costituisce conferma dell’ampliamento delle competenze dei giudici nazionali e, al contempo, del fondamentale ruolo da essi ricoperto al fine di garantire il rispetto del diritto comunitario nell’interpretazione e applicazione del diritto interno, in linea con quanto sostenuto da autorevole dottrina<sup>122</sup>.

---

la direttiva comunitaria. Cfr. anche conclusioni dell’Avvocato generale Saggio nel caso *Oceano*, cit., punto 39, in cui si fatto *effetto di esclusione* è considerato “del tutto coerente con i principi generali concernenti i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale”.

<sup>118</sup> Così S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 240, e dottrina ivi citata; più di recente, M. KLAMERT, *op. cit.*, p. 1258.

<sup>119</sup> Espressione di S. PRECHAL, *Directives*, cit., p. 214.

<sup>120</sup> Così, C. HILSON, T. DOWNES, *op. cit.*, p. 129. Cfr. anche G. BETLEM, A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 576, secondo cui spesso i giudici nazionali “have stretched” la portata dell’interpretazione conforme e “read” in una disposizione interna una norma comunitaria “that clearly was not there”.

<sup>121</sup> Così G. GAJA, *op. cit.*, p. 138.

<sup>122</sup> Vedi B. CONFORTI, *Il ruolo del giudice nel diritto internazionale*, in *EJLS*, 2007, n. 2, p. 6 s.



# Una riflessione sul regolamento (CE) n. 1346/2000

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio dell'universalità limitata o attenuata. – 3. La definizione di "centro degli interessi principali". – 4. Le problematiche relative ai casi di litispendenza: casi pratici di conflitti di giurisdizione. – 5. Limiti al riconoscimento automatico: la contrarietà all'ordine pubblico come motivo ostativo al riconoscimento. – 6. Osservazioni conclusive.

**1.** Il regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza<sup>1</sup>, entrato in vigore il 31 maggio 2002, ha apportato cambiamenti fondamentali nel sistema del diritto fallimentare degli Stati membri.

La sua applicazione, da parte degli operatori giuridici, ha comportato non pochi problemi. Soprattutto riguardo alla determinazione della nozione di "centro degli interessi principali", sono sorte interpretazioni differenti, spesso basate più su dati fattuali che non sulle poche indicazioni normative ricavabili dal regolamento. Organi giurisdizionali di diversi Stati membri, infatti, in molti casi, hanno preferito un approccio pragmatico, capace di portare velocemente a risultati concreti, ma inidoneo a creare una giurisprudenza uniforme in materia.

**2.** Il principio cardine attorno al quale ruota l'intero sistema del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza è quello dell'universalità limitata o attenuata.

Storicamente gli ordinamenti nazionali, nell'approcciarsi alla disciplina transnazionale delle procedure di insolvenza, hanno fatto riferimento a due opposti modelli: quello dell'universalità e quello della territorialità<sup>2</sup>.

Secondo il modello dell'universalità, un'unica legge, quella dello Stato in cui la procedura è aperta, è in grado di espandere la propria forza verso tutti i beni e le situazioni riconducibili allo stato di insolvenza del debitore, prescindendo dai limiti territoriali relativi all'applicabilità della norma.

<sup>1</sup> *GUCE* L 160, 30 giugno 2000, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Per il confronto tra i sistemi tradizionali in cui si può organizzare la disciplina delle procedure di insolvenza a carattere transnazionale cfr. A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 54 ss.

Il modello della territorialità prevede, invece, che la legge applicabile ad uno stato di insolvenza incontri comunque quelli che sono i limiti territoriali propri dell'ordinamento in cui la procedura è stata aperta. In base a questo secondo modello si avranno una serie di procedure tra loro indipendenti, aperte nei diversi ordinamenti in cui l'impresa insolvente ha svolto una qualsiasi attività.

Entrambi i sistemi sono stati valutati, dal legislatore comunitario, inadeguati a regolare un settore così politicamente esposto ed importante per l'economia comunitaria.

Quello territoriale, in particolare, sembra incapace di disciplinare la situazione di crisi di un'impresa inserita in un contesto transnazionale poiché non tiene conto delle eventuali procedure aperte in altri Paesi. Il modello universale richiede, invece, una collaborazione ed una capacità osmotica tra gli ordinamenti sicuramente di non facile realizzazione.

La scelta del legislatore comunitario è allora ricaduta su un modello per certi versi ibrido, capace di riassumere in sé i pregi dei due modelli tradizionalmente adottati e, allo stesso tempo, di ridurre i difetti peggiori.

Il modello dell'universalità "limitata" o "attenuata" prevede, infatti, da un lato, una procedura principale, aperta nel luogo in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore insolvente, in grado di assorbire, potenzialmente, tutti i rapporti ricollegabili allo stato di insolvenza del debitore e di regolarli secondo un'unica *lex concursus*; dall'altro è contemplata la possibilità di aprire procedure territoriali (o locali) laddove si ravvisi l'esistenza, nel territorio nazionale, di una "dipendenza", definita dall'art. 2 del regolamento come il luogo in cui si svolge un'attività economica, di carattere non transitorio, con risorse materiali ed umane. L'esigenza di consentire l'apertura di procedure territoriali trova la propria *ratio* nella volontà, del legislatore comunitario, di tutelare particolari interessi, con una procedura per molti versi più vicina alle realtà locali. Quindi si potranno avere, accanto alla procedura principale, una o più procedure territoriali rette da una propria *lex concursus*, consentendo, in sostanza, la possibilità che le stesse godano di una relativa "vita autonoma". Queste ultime, infatti, ben potrebbero essere regolate da due sistemi giuridici anche molto diversi tra loro; senonché la procedura principale fa, in qualche modo, da presupposto giuridico a quella territoriale<sup>3</sup>, poiché, per l'apertura della stessa, non sarà necessario procedere ad un ulteriore esame dell'insolvenza del debitore.

<sup>3</sup> Un'eccezione a questo rapporto di "gerarchia" tra le procedure è rappresentata dalla previsione dell'art. 3, par. 4 del regolamento. Secondo questa disposizione in due casi è possibile che la procedura territoriale venga aperta indipendentemente dal preventivo avvio della procedura principale. Il primo caso riguarda ipotesi in cui la procedura principale non possa essere aperta neanche in futuro, mancando le condizioni previste a tal fine dalla legge dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali. Il secondo caso riguarda, invece, l'ipotesi che l'apertura della procedura territoriale sia richiesta da soggetti che l'ordinamento comunitario considera particolarmente meritevoli di tutela; è possibile che successivamente sia aperta anche la procedura principale, in tal caso il rapporto di dipendenza principale – secondaria si creerà a posteriori.

3. Il regolamento comunitario ha quindi rinunciato a designare un unico giudice competente, preferendo un sistema basato su due criteri attributivi: la presenza sul territorio di uno Stato membro del centro degli interessi principali come previsto all'art. 3, par. 1 e, in aggiunta, la possibilità di aprire una procedura anche nello Stato membro in cui si trovi una dipendenza, come definita dall'art. 3, par. 2.

L'individuazione della collocazione del centro degli interessi principali è determinante rispetto a diversi aspetti applicativi del regolamento. Innanzitutto, la disciplina del regolamento è rivolta soltanto alle imprese il cui centro degli interessi principali sia collocato sul territorio europeo; ciò significa che la procedura principale non potrà mai essere regolata dalla legge di uno Stato non membro. Se il centro degli interessi principali non si trova in uno Stato comunitario, gli Stati membri restano liberi di applicare la propria disciplina fallimentare di diritto comune<sup>4</sup>.

La determinazione del centro degli interessi principali è poi fondamentale per stabilire la giurisdizione ed il foro competente. In tal senso si è visto come l'individuazione del centro degli interessi principali faccia da base per stabilire l'apertura di procedure principali anziché secondarie<sup>5</sup>.

Nonostante l'individuazione del centro degli interessi principali sia la chiave di volta dell'intero sistema normativo messo in piedi dal regolamento 1346/2000, il legislatore comunitario non ha stabilito, con un'apposita disposizione, in cosa si debba concretizzare il concetto in questione<sup>6</sup>. Secondo il 13° "considerando" del regolamento, per centro degli interessi principali si deve intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile da terzi, la gestione dei suoi interessi. Per le società e le persone giuridiche si presume che tale luogo coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria.

Anche la definizione elaborata dal regolamento per definire la dipendenza richiama concetti non troppo dissimili. L'art. 2, lett. h), infatti, definisce la "dipendenza" come qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita, in maniera non transitoria, un'attività economica con mezzi umani e beni. Se confrontiamo le due disposizioni sembra difficile cogliere una differenza consistente tra centro degli interessi principali e dipendenza; la scarsa chiarezza normativa ha portato, sul piano pratico, a difficoltà di applicazione del regolamento stesso.

Sicuramente un sistema di norme maggiormente definitorio avrebbe evitato molti dei conflitti di giurisdizione sorti fino ad oggi.

---

<sup>4</sup> Rispetto a questa interpretazione la dottrina è concorde: cfr. M. V. BENEDETTELLI, «Centro degli interessi principali» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *RDIPP*, 2004, p. 499 ss.; L. DANIELE, *Il regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Riv. dir. fall.*, 2004, p. 293; L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 686 ss.

<sup>5</sup> Sulla centralità del concetto di centro degli interessi principali e sulla sua rilevanza sotto molteplici profili cfr. M. V. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 500 ss.

<sup>6</sup> Sull'origine del concetto di "centro degli interessi principali" vedi M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, par. 46.

La differenza tra centro degli interessi principali e dipendenza va comunque forse ricercata in base a criteri quantitativi e tramite un'analisi che tenga conto dei diversi interessi in gioco.

4. Il regolamento non detta norme relative ai conflitti di giurisdizione. Il concetto di centro degli interessi principali non esclude la possibilità di tali conflitti tra i giudici degli Stati membri che si ritengono competenti ad aprire una procedura ai sensi dell'art. 3, par. 1. Vero è che il giudice richiesto dell'apertura della procedura (sia essa principale o secondaria) dovrà verificare d'ufficio la presenza di un titolo che gli attribuisca la competenza, ma una volta che si sarà dichiarato competente, in base al principio del riconoscimento automatico, introdotto dall'art. 16 del regolamento, la procedura da lui aperta dovrà essere riconosciuta anche negli altri Stati membri.

Il meccanismo del riconoscimento automatico presuppone che la decisione del giudice che apre per primo la procedura principale debba essere riconosciuta negli altri Stati membri senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice<sup>7</sup>. Tale previsione assicura un procedimento omogeneo in grado di operare con pienezza di poteri su tutto il territorio europeo e presuppone una grande fiducia reciproca tra gli ordinamenti degli Stati membri. Tuttavia, lo scotto che tale previsione rischia di pagare è rappresentato dalla possibilità di errori del giudice che si ritenga erroneamente competente ad aprire la procedura principale. Se ciò si verificasse è controverso se, il giudice che successivamente accerti che nel suo territorio effettivamente si trova il centro degli interessi principali, possa in qualche modo "riscattare" la sua competenza.

Nella pratica, non sempre il riconoscimento automatico ha operato appieno. Alcune perplessità sono state sollevate circa l'insindacabilità della decisione del giudice che per primo avvia la procedura principale.

Una difficoltà in questo senso si è presentata al momento del riconoscimento di una procedura di insolvenza aperta nei confronti di una società di diritto inglese, la Daisytek-ISA Limited<sup>8</sup>, capace di estendere i suoi effetti verso società, controllate da quest'ultima, situate in altri Stati europei. In particolare, il Tribunal de Commerce di Pontoise<sup>9</sup>, ha ritenuto di poter sottoporre la società francese, controllata dalla Daisytek-ISA Limited, ad un'autonoma procedura d'insolvenza (il *redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur*) basata sul diritto fallimentare francese; sostanzialmente non tenendo conto del procedimento di *administration* già avviato in Inghilterra, esteso alla controllata francese in base all'art. 3, par. 1 del regolamento. La decisione del tribunale di Pontoise, è basata

<sup>7</sup> Sul riconoscimento delle procedure d'insolvenza: vedi P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria. Commentario articolo per articolo del regolamento CE n. 1346/2000*, Milano, 2004, p. 181 ss.

<sup>8</sup> Per il testo della sentenza del 16 maggio 2003, resa dall'High Court (Chancery Division) di Leeds, vedi *RDIPP*, 2004, p. 774 ss.

<sup>9</sup> Per il testo della sentenza del 26 maggio 2003, resa dal Tribunal de Commerce de Pontoise, vedi *RDIPP*, 2004, p. 780 ss.

sulla circostanza che, la società francese, non è una dipendenza come definita dall'art. 2, lett. h), bensì una filiale, dotata di autonoma personalità giuridica e non sottoponibile al procedimento applicabile alla società madre<sup>10</sup>. La decisione del Tribunal de Commerce è stata capovolta dalla Court d'Appel di Versailles<sup>11</sup>. L'errore in cui era caduto il giudice di primo grado è stato l'essere sceso nella valutazione della natura giuridica della società francese, come se, rispetto ad essa, fosse stata aperta una procedura secondaria (che richiede, appunto, l'accertamento della presenza di una dipendenza). In realtà, sia la procedura aperta in Inghilterra che quella francese sono procedure principali e quindi, soggette al riconoscimento automatico senza possibilità di scendere in tali valutazioni.

In realtà la decisione del giudice francese di primo grado non è completamente infondata; il dato normativo circa la valutazione della competenza del giudice *a quo* non è chiarissimo. In sostanza, il regolamento se, da un lato, prevede un automatismo del riconoscimento, dall'altro, in base a imprecisioni testuali e alla scelta di formulazioni a volte poco chiare, sembra legittimare una valutazione, da parte del giudice richiesto del riconoscimento, circa la competenza del giudice che ha aperto la procedura principale. Il caso *Daisytek* è un esempio dell'incertezza attorno a questa possibilità. Anche la giurisprudenza italiana non è stata immune da interpretazioni a volte semplicistiche delle norme del regolamento. Sia riguardo all'insolvenza del gruppo *Cirio* che alla crisi del gruppo *Parmalat*, il fondamento dell'estensione delle procedure italiane a società straniere controllate dalle stesse, è stato giustificato in modo insufficiente, talvolta facendo riferimento a situazioni di fatto che poco hanno a che vedere con le previsioni del regolamento<sup>12</sup>.

Un caso particolarmente complesso e allo stesso tempo emblematico rispetto ai molti dubbi che accompagnano l'applicazione del regolamento n. 1346/2000, è rappresentato dal conflitto positivo di giurisdizione sorto circa l'assoggettabilità o meno di una società di diritto irlandese, la Eurofood IFSC Ltd (Eurofood), alla procedura di amministrazione straordinaria, aperta in Italia nei confronti del gruppo Parmalat.

La *vexata quaestio* è sorta dalla circostanza che la Eurofood, pur avendo sede statutaria a Dublino, era una società controllata dal gruppo di Collecchio, per il quale la stessa si occupava di procurare mezzi di finanziamento.

Sul finire del 2003, come è ben noto, è emerso come la Parmalat versasse in una profonda crisi finanziaria che ha finito per coinvolgere le sue principali società. La vicenda si è così articolata: il 24 dicembre 2003 la Parmalat viene ammessa al procedimento di amministrazione straordinaria dal Ministero delle

---

<sup>10</sup> Sulla nozione di "dipendenza" intesa come concetto più ampio di quello di "succursale, agenzia o altra filiale", utilizzata dal regolamento n. 44/2001, vedi L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 688, nota 31.

<sup>11</sup> Per il testo della sentenza del 4 settembre 2003, emessa dalla Court d'Appel de Versailles, vedi *RDIPP*, 2004, p. 783 ss.

<sup>12</sup> Per una visione più approfondita delle prime applicazioni giurisprudenziali del regolamento da parte delle Corti europee si rinvia a M. V. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 504 ss.

Attività Produttive e il 27 dicembre 2003, il Tribunale civile e penale di Parma conferma che la stessa è insolvente, e la colloca in amministrazione straordinaria.

Il successivo 27 gennaio la Bank of America, creditrice verso Eurofood per una serie di obbligazioni emesse da questa società per finanziare società “sorelle” del gruppo, presenta, alla High Court of Ireland, domanda di liquidazione della stessa. Nello stesso giorno, su richiesta sempre della Bank of America, il giudice irlandese provvede a nominare un curatore provvisorio con il potere di prendere possesso di tutti gli attivi della Eurofood, gestire affari, aprire un conto a nome della stessa e ricorrere alle prestazioni di un *solicitor*.

Il 9 febbraio 2004, in Italia, il Ministero delle attività produttive ammette la Eurofood, quale società del gruppo, all'amministrazione straordinaria della Parmalat; il giorno successivo il Tribunale di Parma emette un'ordinanza in cui riconosce la presentazione di una domanda diretta a dichiarare l'insolvenza della Eurofood e fissa il giorno 17 febbraio 2004 come data per la discussione della domanda.

Il 20 febbraio 2004 il Tribunale di Parma pronuncia la sentenza che apre il procedimento di insolvenza relativo a Eurofood, dichiarandola insolvente e affermando che il centro degli interessi principali della stessa è situato in Italia.

Intanto anche il procedimento aperto in Irlanda con la presentazione della domanda, va avanti, non tenendo conto della procedura aperta in Italia, ed il 23 marzo 2004, il giudice irlandese decide che:

- il procedimento è stato aperto in Irlanda al momento della domanda (quindi il 27 gennaio 2003);
- il centro degli interessi principali della Eurofood è collocabile in Irlanda e pertanto il procedimento aperto alla data della domanda è quello principale;
- conseguentemente la procedura avviata in Italia è incompatibile sia con il 22° “considerando” che con l'art. 16 del regolamento e pertanto non può interferire con il procedimento preventivamente aperto in Irlanda.

A ciò aggiunge che sia i creditori di Eurofood, che il curatore provvisorio (Sig. Farrel) non sono stati messi in grado di partecipare correttamente all'udienza tenuta a Parma su l'insolvenza della Eurofood visto che, nonostante i solleciti, il commissario straordinario, nella persona del Dott. Bondi, né aveva notificato la data dell'udienza, né aveva fornito al Sig. Farrel la domanda o altri documenti a suo sostegno fino a dopo che si era svolta l'udienza. Il tutto, secondo il giudice irlandese, è ben sufficiente a negare il riconoscimento della procedura avviata in Italia, in quanto lesiva dei principi del giusto processo e, conseguentemente dell'ordine pubblico richiamato dall'art. 26 del regolamento.

Alla luce di tutto ciò e della grave insolvenza di Eurofood, il giudice irlandese ha emesso un'ordinanza di liquidazione verso Eurofood e ha nominato come curatore il Sig. Farrel; disconoscendo la decisione del Tribunale di Parma del 20 febbraio 2004.

A seguito dell'appello del Dott. Bondi avverso la decisione del giudice irlandese dinanzi alla Supreme Court, la stessa ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia delle Comunità europee i suoi dubbi circa la determinazione di quale delle due procedure fosse la principale, l'individuazione del centro degli interessi principali e circa la sussistenza o meno, nel caso di specie, del rischio di violazione dell'ordine pubblico di uno Stato membro.

Che la questione pregiudiziale rivolta alla Corte di giustizia toccasse un "nervo scoperto" del sistema messo in piedi dal regolamento sulle procedure di insolvenza si evince anche dal numero delle osservazioni scritte che sono state presentate. Oltre ai rispettivi governi, al curatore provvisorio e al commissario straordinario hanno partecipato al giudizio una serie di soggetti interessati a vario titolo, dal Direttore incaricato dell'applicazione del diritto societario<sup>13</sup> alla Bank of America e i titolari di certificati ed obbligazioni, ai governi austriaco, ceco, finlandese, tedesco e ungherese.

Le questioni proposte dalla Supreme Court sono state quindi analizzate tenendo conto dei molteplici punti di vista che le diverse parti hanno messo a fuoco.

Dalle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 27 settembre 2005<sup>14</sup> emergono tutti i passaggi logici e i diversi profili analizzati che hanno accompagnato la decisione della Corte di giustizia concretizzati nella sentenza emessa dalla grande sezione il 2 maggio 2006<sup>15</sup>.

La Corte di giustizia, rispetto alle questioni pregiudiziali, ha stabilito alcuni principi che faranno da caposaldo rispetto all'interpretazione del regolamento. Con la sentenza del 2 maggio 2006 si è stabilito che la procedura aperta in Irlanda il 27 gennaio 2004, ovvero, la "compulsory winding-up by the Court" (liquidazione coattiva ad opera del giudice) introdotta a seguito della proposta della Bank of America, ricompresa nell'elenco delle procedure principali risultante dall'allegato A (ora I)<sup>16</sup> del regolamento, unitamente alla contestuale nomina (avvenuta nello stesso giorno) della figura del "provisional liquidator"

---

<sup>13</sup> L'ufficio del Direttore incaricato dell'applicazione del diritto societario è stato istituito nel novembre 2001 conformemente a quanto previsto dal Company Law Enforcement Act (Legge per l'applicazione del diritto societario) del 2001. In base a questa legge il Direttore incaricato dell'applicazione del diritto societario cura il rispetto del diritto societario, conduce indagini e controlli rispetto a possibili violazioni in materia.

<sup>14</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 27 settembre 2005, causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, *Raccolta* (2006), p. I-3813 ss.

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, cit.

<sup>16</sup> Il regolamento (CE) n. 694/2006 del Consiglio, del 27 aprile 2006, *GUUE* L 121, 6 maggio 2006, p. 1 ss., ha modificato gli allegati A, B e C dove erano elencate le procedure di insolvenza, le procedure di liquidazione e i curatori come stabiliti dal regolamento n. 1346/2000. Rispetto all'allegato A, per l'Italia non è più prevista l'amministrazione controllata; rispetto agli allegati B, e C, il testo è stato ulteriormente modificato con regolamento (CE) n. 681/2007 del Consiglio, del 13 giugno 2007, *GUUE* L 159, 20 giugno 2007, p. 1 ss., che, per l'Italia, ha apportato le modifiche richieste il 25 febbraio 2007 con notifica ai sensi dell'art. 45 del regolamento (CE) n. 1346/2000. In base al nuovo regolamento, gli allegati sono ora denominati I, II e III anziché A, B e C.

(curatore provvisorio), ricompreso nelle figure elencate nell'allegato C (ora III), debba essere considerata come una "decisione di apertura della procedura di insolvenza" ai sensi dell'art. 16<sup>17</sup>.

La circostanza che la società irlandese sia una controllata del gruppo Parmalat, secondo la Corte di giustizia, non vale a vincere la presunzione che il centro degli interessi principali coincida con il luogo in cui si trova la sede statutaria, anche se la società figlia è influenzata e diretta nella nomina dei suoi amministratori dalla società madre. Questa decisione è motivata anche dal fatto che il regolamento non disciplina l'insolvenza dei gruppi e il conseguente rapporto tra società madre e società figlia, bensì singole società rispetto alle quali la competenza sussiste in base alla separata entità giuridica. Pertanto, se una società ha sede statutaria ed esercita in modo abituale la gestione dei suoi affari secondo modalità riconoscibili dai terzi in un determinato Stato, a poco rileva il fatto che la stessa faccia parte di un gruppo e sia controllata da altre società; anche perché la circostanza che una società sia controllata da un'altra potrebbe non essere facilmente riconoscibile dai terzi<sup>18</sup>.

In considerazione poi del fatto che, rispetto alla decisione presa a Parma il 20 febbraio 2004 circa l'insolvenza di Eurofood, né il Sig. Farrel né i creditori di Eurofood erano stati messi in grado di partecipare correttamente come imposto dalle regole del giusto processo, secondo la Corte di giustizia, tale mancanza ben giustifica la possibilità per lo Stato richiesto di non riconoscere la decisione presa in seguito ad un dibattito non equo.

---

Pertanto all'allegato B ora denominato II, per l'Italia sono previste, quali procedure di liquidazione, il fallimento, il concordato preventivo con cessione di beni, la liquidazione coatta amministrativa, l'Amministrazione straordinaria con programma di cessione dei complessi aziendali e l'amministrazione straordinaria con programma di ristrutturazione di cui sia parte integrante un concordato con cessione dei beni.

Per l'allegato C, ora III, sono previsti come figura di curatori, il curatore (in senso stretto), il commissario giudiziale, il commissario straordinario, il commissario liquidatore ed il liquidatore giudiziale.

<sup>17</sup> Una volta che una procedura è inclusa nell'allegato A (ora I), è sufficiente che avvenga l'apertura della stessa, anche se la decisione non è definitiva, perché la Convenzione si applichi fin dall'inizio e s'innescino tutti i sistemi di collaborazione internazionale. Nella relazione Virgós-Schimit, mai pubblicata in *GUCE*, sebbene costituisca un documento del Consiglio dell'UE dell'8 luglio 1996 (6500/1/96), si afferma che: "tutte le procedure elencate nell'allegato A hanno due conseguenze fondamentali: lo spossessamento totale o parziale del debitore e la designazione di un curatore. Tuttavia, sorgerebbero delle distorsioni se la Convenzione fosse applicabile solo dal momento in cui si verificano tali conseguenze. Le fasi iniziali della procedura di insolvenza potrebbero essere escluse dal sistema di collaborazione internazionale della Convenzione. Dette conseguenze sono necessarie affinché una procedura compaia nell'elenco di cui all'allegato A. Tuttavia, una volta che detta procedura è stata inclusa in detto elenco, è sufficiente l'apertura della procedura perché la Convenzione si applichi sin dall'inizio" (par. 50).

<sup>18</sup> Proprio rispetto a questa problematica M. VIRGÓS, F. GARCIMARTÍN, *op. cit.*, sono del parere che nel caso di società controllate, il collegamento rilevante sarà il luogo dove è situata la sede effettiva (cioè la sede principale) della società controllata. Il fatto che le decisioni di questa controllata siano prese in conformità alle istruzioni provenienti dalla società madre o da azionisti residenti altrove non modifica la regola di competenza internazionale su detta società (par. 51).

Anche in questo caso il vero *punctum dolens* che gli operatori giuridici si sono trovati dinanzi è rappresentato dall'incerta interpretazione da attribuire al concetto di "centro degli interessi principali", e da come il regolamento non si sia preoccupato di regolare esplicitamente il caso di due giudici che affermino la propria competenza in merito all'insolvenza di una società<sup>19</sup>.

Un altro elemento di debolezza che presenta il regolamento è dato dal principio del riconoscimento automatico: il criterio di priorità si applica non in base alla richiesta di dichiarazione di una procedura, ma al momento dell'apertura vera e propria<sup>20</sup>. Il rischio è quello che soggetti interessati sfruttino i diversi tempi necessari da un ordinamento all'altro per la dichiarazione di insolvenza per dare vita a pratiche di *forum shopping*, contando su la maggiore celerità di alcuni fori rispetto ad altri. Pericolo che, la Corte di giustizia, rispetto al caso Eurofood, ha scongiurato grazie alla circostanza che contemporaneamente alla domanda di liquidazione fatta dalla Bank of America, il giudice irlandese ha provveduto alla nomina di un curatore anche se provvisorio.

La Convenzione di Bruxelles del 1995 relativa alle procedure di insolvenza, più esaurientemente, aveva escluso questa possibilità prevedendo l'obbligo di sospensione della decisione del giudice richiesto successivamente, in attesa della decisione del giudice adito per primo. In questo modo era stata assicurata una certa rilevanza anche alla domanda di apertura.

5. L'unico limite che incontra l'automatismo del riconoscimento automatico sancito dall'art. 16 è rappresentato dalla previsione dell'art. 26. Questa disposizione prevede che ogni Stato membro possa rifiutare di riconoscere o di eseguire una decisione di apertura di una procedura di insolvenza, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti o alle libertà personali sanciti dalla Costituzione<sup>21</sup>. L'articolo include anche le azioni collegate alla procedura di insolvenza, dal momento che anche le azioni strumentali partecipano del riconoscimento automatico.

L'accezione di ordine pubblico utilizzata dal legislatore comunitario è particolarmente stringente, si è voluto evitare che, con il richiamo al concetto di ordine pubblico, gli Stati finissero per vanificare il meccanismo di riconoscimento automatico introdotto dall'art. 16 del regolamento.

L'invocabilità della contrarietà all'ordine pubblico sarà utilizzabile solo nei casi in cui il riconoscimento della procedura aperta in altro Stato provochi la lesione dei principi fondamentali dell'ordinamento richiesto del riconoscimento. Non è più sufficiente che il riconoscimento crei contrasti con norme semplice-

---

<sup>19</sup> Come sottolineato anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, cit., punto 97.

<sup>20</sup> Sul punto: P. DE CESARI, *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *RDIPP*, 2003, p. 55 ss.

<sup>21</sup> Sul concetto di ordine pubblico e rapporti tra strumenti normativi comunitari e ordinamenti degli Stati membri vedi U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, II ed., p. 197.

mente inderogabili; lo stesso deve essere lesivo dei principi basilari che reggono il sistema normativo di uno Stato. Nemmeno è poi sufficiente che il riconoscimento produca un contrasto in astratto; l'applicazione in concreto deve essere contraria a tali principi<sup>22</sup>. Ne emerge un sistema in cui i limiti del rifiuto sono molto compressi. La *ratio* alla base di questa scelta è sicuramente quella di garantire la circolazione delle decisioni relative alle procedure concorsuali, in modo tale da assicurare un sistema in grado di dare fiducia agli operatori economici. Il rischio è che, rimanendo il limite dell'ordine pubblico l'unica via per il diniego del riconoscimento, questo venga dilatato oltre quelli che sono i suoi limiti naturali. Soprattutto sul piano processuale si è visto come siano prospettabili molte situazioni in cui la diversità degli ordinamenti può permettere l'utilizzo del limite introdotto dall'art. 26 e come tale rischio sia accentuato poi dal fatto che spetta allo Stato membro richiesto valutare se la decisione che ha avviato la procedura sia contraria al proprio ordine pubblico e sufficientemente grave da permettere di rifiutare il riconoscimento; la questione, quindi, alla fine si sposta in un ambito completamente riservato al diritto nazionale dello Stato richiesto.

6. Il regolamento n. 1346/2000, seppur con i limiti sottolineati, se applicato correttamente, rappresenta un'evoluzione significativa della disciplina delle procedure di insolvenza. Prima del regolamento, infatti, i diversi tentativi di regolamentazione della disciplina concorsuale a carattere transnazionale avevano portato a ben pochi risultati. La scelta del regolamento come strumento normativo consente una disciplina uniforme ed omogenea che gli strumenti convenzionali, volti anch'essi a tentativi di armonizzazione, non erano stati in grado di assicurare.

Sicuramente permangono ancora molti problemi e dubbi circa alcuni punti controversi del regolamento, tuttavia, lo stesso sembra avere il grande pregio di aver stimolato un dialogo tra le diverse discipline in materia adottate dagli Stati. Il processo osmotico per la realizzazione di discipline nazionali sempre meno distanti tra loro sembra avviato; non sarà facile raggiungere la piena omogeneità delle discipline, ma sicuramente l'intenzione è quella di creare una visione comune, a livello europeo, di quelli che sono i cardini su cui s'innestano le procedure concorsuali. In questa necessità di regolare ordinamenti anche molto diversi tra loro, si può trovare l'origine delle ambiguità e della genericità del regolamento stesso. Una formulazione generica e, in alcuni casi non chiarissima, lascia molto spazio all'interpretazione e, per certi versi, permette un adattamento più calzante alle diverse realtà statali; alla luce anche delle implicazioni pubblicistiche che la materia comporta.

<sup>22</sup> Sulla necessaria concretezza della lesione dell'ordine pubblico per la disapplicazione della normativa comunitaria vedi U. VILLANI, *op. cit.*, p. 198.



# Recensioni



Ugo Villani

# Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

Bari, Cacucci, 2008, pp. XV-394



La manualistica italiana si è arricchita di recente a seguito della pubblicazione del volume di Ugo Villani dedicato alle Istituzioni di Diritto dell'Unione europea: il libro si affianca a quelli già esistenti da alcuni anni sul diritto comunitario che per il rapido evolversi della disciplina sono stati oggetto di diverse edizioni.

Il Manuale, che si apre significativamente con una bella dedica dell'autore ai suoi maestri Capotorti e Starace, non è solo il frutto dell'insegnamento tenuto dal medesimo a Roma per sei anni presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", ma deriva anche dalla più ampia ed intensa attività scientifica che spazia, oltre che nella materia del Diritto dell'Unione europea, nel Diritto internazionale pubblico, Organizzazione internazionale, Diritto internazionale privato e Tutela internazionale dei diritti umani.

L'opera è divisa in dieci capitoli, i cui primi due sono dedicati all'evoluzione storica e ai caratteri dell'integrazione europea nonché alla struttura, obiettivi e principi dell'Unione europea mentre il terzo si occupa dei principi delimitativi tra le competenze dell'Unione e della Comunità e quelle degli Stati membri. Il quadro istituzionale e i procedimenti sono trattati nei capitoli quinto e sesto (che riporta al suo interno anche la trattazione del finanziamento e della competenza esterna della Comunità) ai quali si aggiunge il capitolo ottavo relativo alle competenze giudiziarie, mentre in un capitolo a sé stante risulta trattata la cittadinanza europea (capitolo quarto). Completano il volume i capitoli relativi alle fonti dell'ordinamento comunitario (capitolo settimo), ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano (capitolo nono) e alla trattazione della PESC e della cooperazione giudiziaria in materia penale (capitolo decimo).

Il testo si segnala per la sua completezza, per chiarezza espositiva e per il carattere aggiornato in una disciplina in cui le novità, forse più che in altre discipline, sono molto frequenti a causa dell'attivismo della Corte di giustizia e dell'ingresso di nuovi Stati membri che si risolve, oltre che nella ovvia modifica dei Trattati istitutivi, in "correzioni di rotta" che riguardano sia le politiche dell'Unione e della Comunità che gli aspetti istituzionali intesi in senso ampio.

L'autore, limitandosi a quella che definisce nella prefazione "parte generale del diritto dell'Unione europea", non si occupa del diritto comunitario c.d. mate-

riale, tuttavia l'accuratezza della trattazione consente al lettore di acquisirne egualmente una prima conoscenza di base metodologicamente corretta.

Da apprezzare, inoltre, lo sforzo di rendere conto del contributo della Corte di giustizia nei singoli settori evidenziando, con opportuna veste tipografica, i brani essenziali delle decisioni ma senza che ciò appesantisca la trattazione: opera meritoria, questa, se si considera la non facile lettura e prolissità che presentano talvolta le sentenze della Corte.

Il pregio peculiare del lavoro consiste, a nostro parere, nella puntuale e rigorosa descrizione degli istituti giuridici che si accompagna felicemente alla valutazione breve ma efficace della "law in action": si veda, ad esempio, la sintetica descrizione del caso Haider e della successiva modifica dell'art. 6, par. 1 del Trattato UE operata mediante il Trattato di Nizza (p. 41 s.); si veda anche la trattazione del principio di sussidiarietà in cui si rileva, *in fine*, sia la tendenza a farne nella motivazione degli atti comunitari una clausola di stile e sia la riduzione del numero delle proposte della Commissione a seguito dell'introduzione del predetto principio (p. 64 s.). Ed ancora, il rilievo secondo il quale la posizione della Corte contenuta nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006 in tema di competenza esterna esclusiva della Comunità, laddove fa riferimento non solo alla normativa comunitaria esistente ma anche alle prospettive prevedibili di evoluzione, pur costituendo fattore di flessibilità è comunque fonte di incertezza in ordine alla distinzione tra materie di competenza esterna esclusiva e materie di competenza esterna concorrente (p. 187).

Nel medesimo ordine di idee particolarmente interessante risulta la trattazione della teoria dei controlimiti (contrasto della normativa comunitaria con un principio fondamentale o un diritto inviolabile) e delle residue competenze della Corte costituzionale, tra cui vi è quella in caso di contrasto tra disposizione comunitaria non direttamente applicabile (ad esempio, per le direttive non *self-executing*) e legge ordinaria (p. 335). Si veda anche la presa di posizione favorevole in ordine all'ammissibilità del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale italiana (p. 317), soluzione questa, come è noto, accolta dalla Corte costituzionale che ha disposto di recente, per la prima volta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ordinanza 13 febbraio 2008 n. 103).

L'intento perseguito di "presentare il diritto dell'Unione nella sua realtà vivente" – dichiarato espressamente nella Prefazione – può dirsi dunque, a nostro parere, pienamente raggiunto.

L'opera, oltre ad essere un manuale che gioverà sicuramente alla formazione degli studenti, costituisce anche un utile strumento di aggiornamento e di consultazione per gli studiosi e per gli operatori giuridici, tenuti quotidianamente a confrontarsi con la normativa comunitaria.

Tutto ciò consente di prevedere per questo lavoro un sicuro successo editoriale.

Andrea Cannone

Luigi Ferrari Bravo – Alfredo Rizzo

# Codice dell'Unione europea. Annotato con la giurisprudenza della Corte di giustizia



III edizione curata da Alfredo Rizzo e Francesco M. di Majo  
Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1457

Molto attesa, considerato il successo già riscosso fra gli studiosi e gli operatori del diritto, è finalmente stata pubblicata la terza edizione del Codice dell'Unione europea che aveva visto la luce, per la prima volta, nel 1994 grazie a Luigi Ferrari Bravo ed al compianto Vincenzo Rizzo.

L'attuale edizione è curata da Alfredo Rizzo e Francesco di Majo e si avvale della collaborazione di un nutrito gruppo di operatori del diritto quali avvocati e magistrati, a testimonianza di quanto ormai il diritto dell'Unione costituisca finalmente imprescindibile punto di riferimento anche per coloro che praticano la giustizia.

L'opera si basa su di una sistematica e dettagliata raccolta dell'ormai più che considerevole attività sino ad oggi svolta dalla Corte di giustizia e dal Tribunale di primo grado, tralasciando per ora soltanto le pronunce del nuovo Tribunale della funzione pubblica considerata la sua specifica competenza in materia di controversie tra le Comunità ed i loro dipendenti.

Il lettore ha la possibilità di disporre agevolmente, per ciascuna norma dei Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea, delle massime relative alla giurisprudenza comunitaria ad essa riferibili disposte in ordine cronologico. Opportuna, in proposito, appare la scelta di dare maggiore spazio e rilievo alle annotazioni giurisprudenziali concernenti i principi generali dell'ordinamento comunitario, la cittadinanza ed il sistema delle fonti.

Ricchissima e completa è inoltre la Parte terza del Codice che riproduce allegati, protocolli e dichiarazioni relativi ai Trattati, compresi quelli di adesione più recenti, i regolamenti delle istituzioni dell'Unione nonché dei principali organismi ed infine la Carta dei diritti fondamentali come proclamata il 12 dicembre 2007. Utilissimi, infine, l'indice cronologico della giurisprudenza e quello analitico.

In una documentazione quindi vastissima e pressoché completa, tuttavia il ruolo fondamentale è giustamente attribuito alla giurisprudenza dei tribunali dell'Unione testimoniando la loro capacità di far vivere il Trattato in coerenza con lo sviluppo di una realtà integrata diretta a conseguire anzitutto la pace ed il rispetto dei diritti dei singoli. Non si potrebbe diversamente comprendere la natura stessa di un ordinamento giuridico messo in grado di costruire un rapporto diretto tra l'Unione ed i suoi cittadini, creando immediatamente diritti anche per i singoli soggetti privati superando le tradizionali misure statali di attuazione. Nella chiarificazione di una realtà che si poneva in termini diversi dai tradizionali canoni tipici del diritto internazionale, i giudici comunitari hanno infatti avuto un ruolo fondamentale, interpretando il proprio ruolo sulla falsariga del *praetor* romano e della *common law* britannica.

Si spiega così il riconoscimento di una serie di diritti a favore dei singoli espressamente non presenti nel Trattato eppure desunti dalla lettera dello stesso senza peraltro operare mai forzature giuridiche. In effetti la bussola che generalmente ha guidato i giudici di Lussemburgo è stata quella di riempire le norme di contenuti comunque desumibili da una visione generale del processo di integrazione. Va ad esempio letta in questa luce la costante giurisprudenza in materia di libera circolazione dei lavoratori con la quale il principio di non discriminazione a motivo della nazionalità è stato sempre collegato al radicamento sociale del dipendente e dei suoi familiari nella nuova residenza, con ciò anticipando la cittadinanza europea. Oppure, a proposito di quest'ultima, la coraggiosa eppure logica "ingerenza" in poteri tipici della sovranità nazionale come nel caso "Micheletti"; o ancora, l'intelligente *escamotage* di eliminare molteplici forme di discriminazione indiretta nella libera circolazione delle merci attraverso la nozione di "reciproca fiducia" (*Cassis de Dijon*).

Ma il principale contributo della Corte è indubbiamente espresso dalla elaborazione del primato del diritto comunitario che, in una con il sistema del ricorso in via incidentale ed il relativo vincolo dei tribunali nazionali all'interpretazione delle norme comunitarie fornita dalla Corte, rappresenta una delle maggiori evidenze della natura squisitamente politica (e non meramente economica) del processo di integrazione.

La spinta propulsiva della Corte ha quindi costituito, per i fautori di una crescente integrazione, un fondamentale punto di riferimento soprattutto nei frequenti momenti di criticità che la stessa ha vissuto nel corso di questi decenni, al superamento dei quali non è mai mancato il contributo di importanti sentenze in vari settori. Forse non è casuale se, nel pieno dell'ultima crisi derivante dalla mancata ratifica del Trattato "costituzionale" di Roma, sia stata emessa la sentenza *Lucchini* del 18 luglio 2007 con cui viene addirittura messo in discussione, in determinate circostanze, il giudicato nazionale!

Il lavoro della Corte non viene tuttavia semplificato dalla riforma prodottasi a Lisbona il 13 dicembre 2007 che, sotto più profili, con l'intricata esistenza di una pluralità di sistemi e sub-sistemi delle fonti normative e con l'asimmetria del processo di integrazione nei diversi settori delle competenze dell'Unione, rende opaca la lettura dei nuovi testi convenzionali per di più se si pon mente alla

sovrabbondante presenza di deroghe, *opt-out* ed *opt-in*, protocolli e dichiarazioni allegare. Siamo certi che l'intervento interpretativo della Corte non potrà che risultare ancor più indispensabile e decisivo.

Ma così abbiamo gettato lo sguardo sulla futura quarta edizione del Codice che non dovrà mancare, secondo la promessa di Ferrari Bravo, per costituire ancora il preziosissimo ausilio per chi si voglia occupare, per varie ragioni e finalità, dell'affascinante diritto dell'Unione europea.

Ennio Triggiani



Pietro Perlingieri

# Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale



Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 116

Il pregevole lavoro di Pietro Perlingieri offre un'utile occasione di riflessione sul complesso sistema delle fonti del diritto e sull'apertura dell'ordinamento nazionale vigente verso sistemi giuridici "diversi" siano essi comunitari o internazionali, prestando particolare e dovuta attenzione ai più recenti interventi giurisprudenziali.

Esso si pone in linea di continuità con precedenti scritti in quanto riprende le fila di una riflessione già iniziata nel lontano 1992 nel volume dal titolo "Diritto comunitario e legalità costituzionale" e proseguita con saggi raccolti ne "L'ordinamento vigente ed i suoi valori" del 2006. L'autore ora come allora, propone una visione monista dell'ordinamento giuridico; questo però non è e non può più essere inteso chiuso in se stesso, fondato esclusivamente su una situazione di centralità ed unicità della fonte statale, ma al contrario va considerato come un sistema a vocazione circolare dove regole e principi di provenienza diversa si completano, si immedesimano, si integrano al fine ultimo di garantire e promuovere il valore supremo della persona umana.

Ed così che – secondo l'autore – il diritto nazionale, comunitario ed internazionale si integrano per formare un unico sistema ordinamentale italo-comunitario aperto e flessibile al quale sono chiamati a contribuire il legislatore statale, regionale, il potere giurisdizionale, i privati e la pubblica amministrazione.

Ovviamente osservatorio privilegiato per l'effettivo riscontro circa la interazione della pluralità delle fonti nell'unitarietà dell'ordinamento è il dialogo tra le Corti (giudice comune, giudice costituzionale, giudice comunitario e giudice internazionale), che deve essere sempre ispirato al principio di leale cooperazione.

Il ripercorre l'evoluzione del rapporti tra le Corti (Corte costituzionale-Corte di giustizia della Comunità europee, da un lato e Corte costituzionale-Corte

europea dei diritti dell'uomo, dall'altro), per cogliere i nuovi segnali che da esse provengono, non è un problema fine a se stesso, giacché sottende ad altra questione, tecnica, ma anche politica, di primazia dell'ordinamento costituzionale ovvero di quello comunitario e quindi del possibile controllo di legittimità costituzionale della normativa comunitaria derivata.

Con riferimento al sistema comunitario, con preoccupazione si guarda alla posizione arroccata e di autoemarginazione assunta dai giudici di legittimità italiani e dal rifiuto del dialogo con i giudici sopranazionali.

Nel rapporto tra ordinamento nazionale e realtà comunitaria, non si manca di denunciare la circostanza che per lungo tempo, riguardo al meccanismo del rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale ha rifiutato il dialogo con la Corte di Lussemburgo delegandolo *in toto* ai giudici comuni, i quali di conseguenza hanno svolto la funzione suppletiva di un legislatore spesso disattento a recepire consapevolmente in forme e modalità adeguate le innovazioni comunitarie. È noto infatti che solo con la recente ordinanza del 13 febbraio 2008, n. 103 la Consulta ha finalmente chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità dell'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità di diporto, prevista dall'art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 2 del 2007, con gli articoli 49 e 87 del Trattato CE.

Analogamente anche verso il diritto internazionale pattizio (CEDU, ma anche altri trattati) la Corte costituzionale ha mostrato a lungo un atteggiamento autarchico e, trincerandosi dietro la separazione tra diritto internazionale e diritto statale, ha negato che le disposizioni convenzionali potessero essere utilizzate quale parametro di costituzionalità.

Ed anche rispetto alle norme internazionali – così come è avvenuto per il diritto comunitario – è stata l'opera interpretativa del giudice comune (in questo caso la Corte di cassazione) che ha permesso l'applicabilità delle pronunce di Strasburgo, e di conseguenza la diffusione dei valori in esse propugate, pur sempre per invia mediata del principio dell'adattamento del diritto interno a quello internazionale pattizio.

L'autore, dunque, muovendo da queste premesse, con particolare sensibilità rintraccia gli indici che sono sentore della crisi dell'approccio dualista: dopo una attenta analisi del lungo e travagliato dibattito tra la nostra Consulta e la Corte di Lussemburgo, focalizza l'attenzione sulle pronunce "storiche" della Corte costituzionale italiana che hanno progressivamente segnato il passaggio da una posizione di chiusura ad una stagione di maggiore respiro europeo.

In quest'ottica non possono dunque trascurarsi le pronunce della Corte costituzionale n. 41 e n. 45 del 2000 e n. 86 del 2004: nelle prime due non si discorre più di coordinamento tra il diritto europeo e l'ordinamento italiano, ma si fa strada il concetto di integrazione dei sistemi con la conseguenza che pur ammettendo l'esistenza di due ordinamenti distinti sul piano della produzione di norme, questi si completerebbero l'uno l'altro compenetrandosi sul piano applicativo; ed ancora nella sentenza n. 86/2004, l'indice della unitarietà del sistema ordinamentale è dato dal richiamo congiunto ai principi costituzionali e comunitari quali strumenti per interpretare il diritto positivo.

Sul fronte del diritto internazionale pattizio le importanti pronunce dell'ottobre 2007 (n. 348 e n. 349) appaiono segni inequivocabili dell'abbandono del postulato dualista della netta separazione tra fonti internazionali e nazionali, in favore del modello di integrazione monista in cui le norme convenzionali partecipano all'unità assiologica del nostro sistema tanto da essere sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale.

Inevitabilmente la ricostruzione di un sistema ordinamentale unitario comporta una rinnovata metodologia ermeneutica che tenga in considerazione non solo i dati legislativi, ma anche quelli culturali e sociali. È senza dubbio questa la prospettiva più originale ed apprezzabile del lavoro che propone canoni di interpretazione adeguati al fatto che il sistema comunitario e quello disegnato dalla CEDU non sono a sé stanti, ma sono parti integranti del sistema di ciascuno dei Paesi membri dell'Unione: una rilettura innovativa della stessa dottrina dei controlimiti, utile alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo; una diversa interpretazione dell'art. 117, 1° comma Cost., che dovrebbe permettere anche alla Corte costituzionale di immettersi nel circuito giurisdizionale europeo a difesa delle specificità costituzionali italiane; una differente consapevolezza del principio di legalità costituzionale, inteso in senso ampio senza condizionamenti derivanti da un bagaglio culturale autarchico.

Il tutto in un'ottica di massima garanzia dei diritti della persona.

Il volume si chiude con un monito ed un auspicio: il monito ad evitare che il riferimento alle tradizioni comuni non sia una mera clausola di stile, e che i valori costituzionali (non solo italiani) non perdano le loro peculiarità rimodulandosi secondo le mere esigenze comunitarie; l'auspicio a che la Corte costituzionale (non solo italiana) sappia fattivamente cooperare ad una effettiva apertura sopranazionale ed internazionale dell'ordinamento interno nel rispetto dei valori fondanti le identità nazionali.

Solo garantendo la conservazione della ricchezza costituzionale degli Stati membri, e sapendo quindi far valere le rispettive tradizioni costituzionali si potrà realizzare e crescere in una Europa unita nella diversità.

Diviso in paragrafi e corredato in appendice da un quanto mai opportuno ed utilissimo indice il volume si segnala per essere una voce originale e senza dubbio autorevole su un tema, quello del rilievo della normativa espressa dall'Unione europea, che sta influenzando decisamente ogni settore degli studi giuridici.

Ennio Trigiani



Giovanni Cellamare

# La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea

Torino, Giappichelli, 2006, pp. XVI-294



Questo volume rappresenta un pregevole contributo alla ricostruzione sistematica della disciplina complessa ed eterogenea dell'immigrazione, asilo e controllo alle frontiere. Si tratta di un accurato e denso affresco sulla comunitarizzazione dell'*acquis* di Schengen, realizzata dal Trattato di Amsterdam, alla fine del periodo transitorio di applicazione del titolo IV TCE.

L'autore conduce una riflessione complessiva della materia con riferimenti rigorosi e puntuali alle basi giuridiche dell'azione comunitaria e dell'Unione europea. Alla sistemazione degli istituti richiamati si collega sempre la ricerca degli elementi caratteristici delle nuove categorie del diritto comunitario, quali ad esempio "spazio senza frontiere" (anziché territorio) e "frontiere interne ed esterne", in un diverso significato dal diritto internazionale.

L'opera assomma le caratteristiche di una monografia, per l'approfondimento e lo schema originale di ricerca, a quelle di un manuale, grazie ad un'articolazione, che aiuta a ritrovare facilmente i diversi aspetti trattati. La struttura del volume si presta così ad una lettura mirata per argomenti: comunitarizzazione della disciplina dei visti, dell'asilo, dell'immigrazione e delle altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone (capitolo primo); misure in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini di Stati terzi (capitolo secondo); misure in materia di immigrazione irregolare e di rimpatrio degli immigrati in condizione irregolare (capitolo terzo); limiti all'operare dell'espulsione in applicazione delle convenzioni internazionali sui diritti umani (capitolo quarto).

Nell'ambito di una grande quantità di atti giuridici comunitari, l'autore procede, con profonda conoscenza e sicura valutazione dei diversi profili coinvolti, ad un'analisi del "reticolo giuridico", creato sul nucleo duro della cooperazione di Schengen. Viene illustrato in maniera puntuale anche il complesso contesto giuridico dell'integrazione differenziata di Regno Unito, Irlanda e Danimarca e dell'allargamento dell'ambito di applicazione soggettiva a Norvegia, Islanda e Svizzera.

Emerge chiaramente dall'analisi svolta come l'eredità di Schengen non sia stata ancora oggetto di adeguato controllo da parte della Corte di giustizia né di

revisione normativa, ma, al contrario, sia contrassegnata da atti spesso di non facile classificazione tra misure normative e esecutive, disposizioni operative, ecc.

Particolare interesse desta la ricostruzione della disciplina del rimpatrio, dell'allontanamento e degli accordi di riammissione, laddove appare ancora difficile separare gli aspetti giuridici e delle competenze comunitarie, da quelli di deterrenza politica del fenomeno dell'immigrazione irregolare e della ricerca, in tutti i modi, della cooperazione degli Stati terzi di origine o provenienza degli immigrati.

Innovativa e ricca di spunti giuridici appare anche l'analisi della questione dello *standard* di trattamento nell'Unione dei cittadini di Stati terzi rispetto a quello dei cittadini dello Stato ospite, in relazione (ma non solo) allo *status* di lungo soggiornanti e alla mobilità successiva in altri Stati dell'Unione.

In generale, l'autore, partendo da un'accurata sistemazione della disciplina materiale, affronta le diverse questioni giuridiche nel contesto specifico dello Spazio di sicurezza, giustizia e libertà. Inoltre, all'illustrazione dei diversi settori, fa corrispondere, costantemente, un esaustivo riferimento alle tematiche generali del diritto comunitario e del diritto internazionale. Un'attenta lettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani guida la ricostruzione, soprattutto, sui limiti all'espulsione dello straniero. Dimostra così concretamente l'utilità del sistema giurisdizionale multilivello, proprio in un ambito, in cui la giurisdizione della Corte di giustizia trova ancora limiti pregnanti, sia nel primo, che nel terzo pilastro.

Dalla trattazione complessiva, risulta ampiamente dimostrata, a nostro avviso, la tesi secondo cui la disciplina dell'immigrazione resta connessa alla circolazione delle persone, quale "compensazione in termini di sicurezza" dell'abolizione delle frontiere interne, ma che il metodo comunitario tende a metabolizzare l'*acquis* di Schengen e a costituzionalizzare le originarie e residue caratteristiche intergovernative.

Il lavoro recensito si inserisce in un ambito di ricerca che vanta significativi contributi, anche tra gli studiosi italiani. La materia in parola merita un costante aggiornamento, in quanto rappresenta, uno degli aspetti più sensibili e complessi, non solo a livello politico, ma anche delle legislazioni nazionali e dell'integrazione giuridica europea.

Giandonato Caggiano

# Libri ricevuti

Marta Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 548.

Claudio Di Turi, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. XV-286.

Ugo Draetta, Nicoletta Parisi, Dino Rinoldi (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. 368.

Simone Marinai, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. X-329.

Sergio P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee. Il dibattito nelle riunioni dell'Osservatorio costituzionale presso la LUISS "Guido Carli" dal 2003 al 2005*, Padova, CEDAM, 2007, pp. XVIII-771.

Maria Laura Picchio Forlati (a cura di), *Controllo degli armamenti e lotta al terrorismo tra Nazioni Unite, Nato e Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2007, pp. XVIII-494.

Antonio Verrilli (a cura di), *Codice breve dell'Unione europea*, Napoli, Gruppo editoriale esselibri – Simone, 2008, IV ed., pp. 862.



# Elenco delle abbreviazioni

*AöR* – Archiv des öffentlichen Rechts  
*Case Western Reserve JIL* – Case Western Reserve Journal of International Law  
*CDE* – Cahiers de droit européen  
*CI* – La Comunità Internazionale  
*CML Rev.* – Common Market Law Review  
*Contr. imp./E.* – Contratto e impresa/Europa  
*Corr. giur.* – Il Corriere giuridico  
*DCSI* – Diritto comunitario e degli scambi internazionali  
*Dem. dir.* – Democrazia e diritto  
*Dig. disc. pubb.* – Digesto delle discipline pubblicistiche  
*Dir. pub.* – Diritto pubblico  
*DPCE* – Diritto pubblico comparato ed europeo  
*DR* – Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l’homme  
*DUE* – Il Diritto dell’Unione Europea  
*ECLR* – European Competition Law Review  
*ECR* – European Court Reports  
*EG* – Enciclopedia giuridica Treccani  
*EJIL* – European Journal of International Law  
*EJLS* – European Journal of Legal Studies  
*ELJ* – European Law Journal: Review of European Law in Context  
*ELR* – European Law Review  
*EPL* – European Public Law  
*ERPL* – European Review of Private Law  
*Fordham ILJ* – Fordham International Law Journal  
*Foro it.* – Il foro italiano  
*Giur. cost.* – Giurisprudenza costituzionale

- GUCE* – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee  
*GURI* – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana  
*GUUE* – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea  
*Harvard LR* – Harvard Law Review  
*LIEI* – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)  
*OJ* – Official Journal of the European Union  
*Pol. dir.* – Politica del diritto  
*Q. cost.* – Quaderni costituzionali  
*Raccolta* – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee  
*RDE* – Rivista di diritto europeo  
*RDI* – Rivista di diritto internazionale  
*RDIPP* – Rivista di diritto internazionale privato e processuale  
*RDUE* – Revue du droit de l’Union européenne  
*RGDIP* – Revue générale de droit international public  
*RIDPC* – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario  
*Riv. dir. fall.* – Rivista di diritto fallimentare  
*Riv. dir. proc.* – Rivista di diritto processuale  
*Riv. it. sc. pol.* – Rivista italiana di scienza politica  
*RTDE* – Revue trimestrielle de droit européen  
*Série A* – Publications de la Cour européenne des droits de l’homme. Série A. Arrêts et décisions (fino al 31 dicembre 1995)  
*YEL* – Yearbook of European Law

# Indice degli autori



Sergio M. CARBONE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Genova

Günther HEYDEMANN

lehrstuhl für Neuere und Zeitgeschichte an der Universität di Lipsia

Antonietta DI BLASE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di "Roma TRE"

Lucia Serena ROSSI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Stephen J. CURZON

dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bologna

Giuseppe MORGESE

assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari

Riccardo CAVALLO

assegnista di ricerca in Filosofia teoretica nell'Università degli studi di Catania

Giovanni ANCONA

ordinario di Politica economica nell'Università degli studi di Bari

Martina GUIDI

dottoranda di ricerca in Istituzioni e politiche comparate, internazionali ed europee nell'Università degli studi di Teramo

Arianna FORNARI

dottoranda in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Pisa



# Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

**Pietro Pepe**

*Presidente del Consiglio Regionale della Puglia*

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista





# TECA DEL MEDITERRANEO



Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Nel 2007 è stata visitata da 38.000 utenti, mentre le iniziative culturali svolte hanno coinvolto varie altre centinaia di persone.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale con Albania, Grecia, Montenegro, Stati Uniti; organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-MetaOpac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l’OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all’indirizzo [www.bcr.puglia.it](http://www.bcr.puglia.it).

L’indirizzo mail è [biblioteca@bcr.puglia.it](mailto:biblioteca@bcr.puglia.it).

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.  
Il fax è 0039 080 540 27 75.



Tempestà, Romano • LTV

CONTO  
**Zero24**

canone zero, per chi vive on line

CONTO  
**Easy24**

canone leggero, per chi vuole servizi di base

CONTO  
**Flexi24**

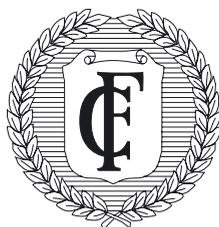
canone decrescente, per chi vuole tutto

Abbiamo fatto i conti  
con le esigenze di ognuno.



Messaggio pubblicitario con finalità promozionale.  
Le informazioni sulle condizioni contrattuali sono rilevabili nei Fogli Informativi disponibili nelle nostre filiali.





CACUCCI EDITORE  
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220  
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



# Grande Industria e Mezzogiorno 1996-2007

PIRRO Federico, GUARINI Angelo

394 Pagine  
prezzo: 33,00 €



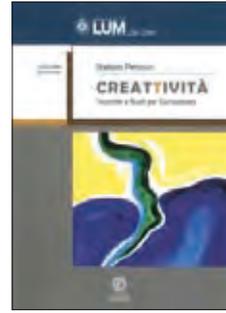
## Sommario:

Premessa. Prefazione. PARTE PRIMA – 1996-2007: geografia, assetti produttivi, investimenti, subforniture e occupazione delle grandi industrie insediate nel Mezzogiorno fra ristrutturazioni, ammodernamenti impiantistici, nuove capacità, mutamenti societari e riposizionamenti competitivi nello scenario della globalizzazione. Capitolo primo - 1996-2007: dalle ristrutturazioni nei Sistemi locali del lavoro 'manifatturieri' emersi nel ventennio '80 -'90 al rilancio dei 'poli' delle grandi aziende nazionali ed estere. Capitolo secondo - La siderurgia a ciclo integrale nel Mezzogiorno. Capitolo terzo - L'industria petrolchimica, della chimica di base e della chimica fine. Gomma, materie plastiche e vetro. L'industria petrolifera e del gas in Sicilia e Basilicata. Capitolo quarto - L'industria aeronautica ed aerospaziale a livello mondiale. Capitolo quinto - L'industria energetica e del gas. Capitolo sesto - L'industria automobilistica e della sua componentistica, dei veicoli commerciali, degli autobus e delle macchine movimento terra. Capitolo settimo - Altri settori dell'industria meccanica nel Sud: domotica, materiale e armamento ferroviario, carrelli elevatori, caldareria, tecnologie per l'edilizia. Capitolo ottavo - L'Ict nel Mezzogiorno. Capitolo nono - L'industria della carta e della cartotecnica: grandi impianti di gruppi del Nord, joint-ventures, aziende pubbliche e imprese leader di operatori del Sud. Capitolo decimo - L'industria cementiera e dei materiali da costruzione. Capitolo undicesimo - L'industria cantieristica e navalmeccanica a Napoli, Taranto e Palermo. La nautica da diporto e la motoristica navale. Capitolo dodicesimo - L'imprenditoria armatoriale nel Sud: alcune aziende leader a livello mondiale nel polo partenopeo e presenza di imprese minori in altre città del Mezzogiorno. Capitolo tredicesimo - La logistica del Mezzogiorno nel contesto euromediterraneo. Capitolo quattordicesimo - L'industria agroalimentare nel Sud: un settore storicamente rilevante per le colture strategiche fra gigantismo impiantistico di multinazionali, nuclei ristretti di imprese locali medio-grandi e diffuso nanismo di produttori di nicchia. Capitolo quindicesimo - Il tac nelle regioni del Sud. Capitolo sedicesimo - L'industria del legno-mobilia nelle regioni del Sud. Capitolo diciassettesimo - L'industria della carta stampata e della comunicazione televisiva: quotidiani, case editrici ed emittenti locali. Capitolo diciottesimo - Le imprese edili nel Mezzogiorno. Capitolo diciannovesimo - Alcune persistenze localizzative di 'lungo periodo' dell'industria nelle regioni meridionali. PARTE SECONDA – La testimonianza di un'esperienza di attrazione di investimenti in una regione del Sud, e due studi di casi aziendali di ricollocazione sul mercato italiano e su quelli internazionali nei comparti di riferimento. Gli investimenti di imprese esterne in Puglia dal 1995 al 2000: un caso di rilievo nazionale. La ristrutturazione produttiva di una grande industria calzaturiera del Salento: il caso de La Nuova Adelchi S.p.A. Un'azienda impiantistica del Mezzogiorno: il Gruppo Cemit e il suo riposizionamento competitivo nel mercato nazionale. Un caso di successo. Bibliografia. Indice dei nomi. Indice delle aziende.

# Creattività. Tecniche e ruoli per comunicare.

PETRUCCI Stefano

160 Pagine  
prezzo: 15,00 €



## Sommario:

Introduzione. Il marketing. Dal marketing alla comunicazione. La comunicazione. Il processo di comunicare. La campagna di comunicazione. Cliente ed agenzia. L'agenzia di comunicazione ed i suoi professionisti. Parentesi delle immagini. Il glossario. Fuori ... capitolato, il concept. Bibliografia.

# Genesi, evoluzione giuridica e orientamenti comunitari del turismo sostenibile.

NOTARSTEFANO Cosimo

160 Pagine  
prezzo: 13,00 €



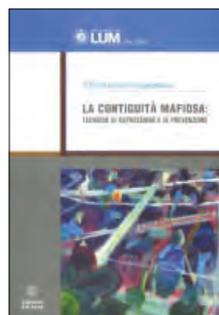
## Sommario:

Premessa. PARTE PRIMA - GENESI ED EVOLUZIONE DELLA POLITICA EUROPEA IN TEMA DI AMBIENTE, SVILUPPO SOSTENIBILE E TURISMO. L'azione comunitaria a favore dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile. Unione europea e turismo: genesi e orientamenti istituzionali. L'approccio della gestione integrata della qualità" e del sistema comunitario di qualità ecologica applicato al settore turistico. PARTE SECONDA - CONTRIBUTO DI ISTITUZIONI E ORGANI COMUNITARI NELLA PROMOZIONE DEL TURISMO SOSTENIBILE. Il contributo del CESE e del CDR alla definizione di una politica europea per il turismo sostenibile. Rinnovare la politica comunitaria per il turismo: il ruolo della Commissione Europea. Il ruolo del Parlamento Europeo per lo sviluppo sostenibile. Rapporto del gruppo per la sostenibilità del turismo.

# La contiguità mafiosa

DEPALMA Vito Antonio

86 Pagine  
prezzo: 10,00 €



*Sommario:*

Introduzione. Il concorso esterno. Il consenso tacito. Misure di prevenzione ed inizio di appartenenza mafiosa. La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni. Conclusioni. Bibliografia. Giurisprudenza citata.

# Banche e Mezzogiorno

COMEI Marina

240 Pagine  
prezzo: 22,00 €



*Sommario:*

Tavola delle abbreviazioni. Introduzione. Ambizioni e fallimenti di un sistema bancario fragile. Politica, credito e informazione. Banco di Puglia e Banca Regionale Pugliese (1923-1929). Un'impresa familiare nell'inflazione bancaria. Banca Fratelli Martucci (1915-1927). Alleanze per un blocco meridionale. Credito Pugliese (1925-1929). Non solo risorse economiche. Banca Meridionale di Credito (1925-1929). Un imprenditore polisettoriale ed una Banca molto privata. Banca Fizzarotti (1925-1929). Crisi dei commerci tradizionali e diversificazione mancata. Banca Pugliese per il Commercio Estero (1920-1936). Epilogo. Fusioni, incorporazioni, liquidazioni: il ruolo del Banco di Napoli. Banca Agricola Commerciale del Mezzogiorno (1929-1936). Appendice. Nota. Bibliografia. Indice dei nomi. Indice delle Società e delle Istituzioni.

# L'informativa finanziaria derivata. Ruolo e responsabilità degli analisti finanziari.



PARACAMPO Maria Teresa

348 Pagine  
prezzo: 28,00 €

## *Sommario:*

Introduzione. L'ondivago andamento della legislazione: dalla legge sulle SIM a Testo Unico della Finanza. L'evoluzione del contesto normativo comunitario e nazionale. Gli analisti finanziari tra regolamentazione e autoregolamentazione: i contributi nazionali ed internazionali per una disciplina del settore. L'informativa finanziaria derivata: ruolo e caratteristiche funzionali. Gli analisti finanziari, le raccomandazioni e le ricerche in materia di investment tra presenze, assenze ed incertezze definitorie. Il nodo dei conflitti di interesse. La pubblicazione e la divulgazione delle raccomandazioni: l'applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche.









In copertina **Guido Cagnacci** (Santarcangelo di Romagna 1601-Vienna 1663)

*Ratto di Europa* – Merano di Castenaso (Bologna), collezione Molinari Pradelli, olio su tela, cm 115,5 x 94 – firmato in basso a sinistra [ . . ]ACCI INV. PI.

La tela, destinata sicuramente ad un raffinato committente privato, sinora non identificato, da una collezione privata parigina passò poi sul mercato antiquario viennese, da cui è approdata nel 1962 nell'attuale sede. Il soggetto della bella Europa rapita da Giove nelle vesti di candido toro è qui tradotto attraverso una singolare impaginazione, che spinge in primissimo piano il fotogramma della giovane seduta sulla groppa dell'animale semi-immerso nell'acqua, mentre allontana lo sfondo, rappresentato da una bassa, diritta linea d'orizzonte che confina, a destra, con la scogliera, sulla quale sostano le due ancelle di Europa.

Il testone del toro, la cui espressione dolce e mansueta ha ingannato Europa, è coperto, più che inghirlandato, da grosse rose color corallo, e fa capolino accanto al proce corpo discinto della giovane, collocato in posizione centrale e teatralmente atteggiato. Europa solleva il braccio destro a trattenerne i capelli color grano scompigliati dalla brezza marina, mentre con la mano sinistra regge un lembo del drappo serico che le avvolge i fianchi, da lei utilizzato per accogliere i fiori.

Palesamente influenzato, nelle peculiarità formali e nella vivace, chiara tavolozza, dalla pittura veneta, il dipinto è stato recentemente datato agli inizi, e non al termine, del secondo soggiorno veneziano dell'artista (iniziato a partire dal 1648), antecedente il suo trasferimento a Vienna, dove avrebbe concluso la sua esistenza.

Lo splendente corpo di Europa, di una fisicità tattile e quasi imbarazzante, non perde comunque il suo carattere di astrattezza iconica dato che il Cagnacci, lungi dall'inseguire la carnalità vuota ed epidermica dei contemporanei veneti come il Liberi o il Forabosco, gradita al fiorente collezionismo privato dell'epoca, compone un'immagine in perfetto equilibrio tra un nitido, squisito naturalismo – in cui il chiaroscuro di marca caravaggesca viene fortemente rischiarato –, e una meditata ripresa della pittura veneta del secondo Cinquecento, in particolare da Paolo Veronese.

**Clara Gelao**, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



### **Condizioni di Abbonamento**

La rivista ha cadenza trimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2008, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2008, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata (n. 1-2-3).

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2008).



ISBN 978-88-8422-720-1



9 788884 227201

€ 18,00