

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2006 | anno I



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani (responsabile) – **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.

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2006 | anno I

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2006 Cacucci Editore – Bari

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

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

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

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

Sommario



<i>Presentazione</i>	5
ARTICOLI	
Vincenzo STARACE La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale	9
Giorgio NAPOLITANO Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea	19
Ugo VILLANI L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo	23
Gianfranco VIESTI Il difficile <i>policy making</i> europeo: la discussione sulla politica regionale e sul bilancio dell'Unione (2001-05)	45
Giandonato CAGGIANO Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva	61
Giuseppe MORGESE Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura <i>antitrust</i> comunitaria	77
NOTE E COMMENTI	
Angela Maria ROMITO Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale	119
Francesco CHERUBINI L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza <i>Pupino</i>	157

RECENSIONI

- P. MENGOZZI (a cura di), *Casi e materiali di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*, (contenente anche il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa), Padova, Cedam, 2006, IV ed. (I. Ingravallo) 179
- G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2005, IV ed. (A. Damato) 181
- A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004 (A. Damato) 183

Presentazione



La nascita di una rivista che si occupa di integrazione europea in uno dei momenti più delicati del suo cammino non è casuale. In un contesto internazionale complesso e sottoposto a seri rischi di varia natura, l'Unione europea può offrire, per i risultati conseguiti ed i valori espressi, un contributo significativo riguardo agli stessi equilibri della Comunità internazionale. In questa direzione un apporto può essere dato anche da uno strumento in grado di ampliare il dibattito scientifico su di un processo che rappresenta appunto la novità più interessante espressa nella seconda metà del secolo scorso sotto gli aspetti politico, giuridico-istituzionale, economico e sociale.

La circostanza che la rivista nasca per iniziativa di due studiosi del diritto europeo non costituisce una limitazione del suo campo di analisi, in quanto proprio la specificità di tale processo rende necessario collegare i profili giuridici con quelli basati su altri saperi scientifici. Il titolo della testata evidenzia infatti la possibilità, ed anzi l'opportunità, di ospitare interventi e contributi di studiosi delle altre discipline che si occupano dell'integrazione europea.

È altresì evidente che protagonisti di questa rivista debbano essere anche importanti ricercatori non italiani; infatti una pubblicazione che si occupa di Europa non può rinunciare a promuovere un dialogo non solo a distanza ma anche "interno" con gli studiosi degli altri Paesi, a partire da quelli protagonisti del processo di integrazione.

Siamo certo consapevoli che il panorama scientifico offre già la presenza di alcune riviste le quali, con direzioni prestigiose, rispondono in maniera qualificata ed efficace agli obiettivi appena descritti. Riteniamo peraltro che, da un lato, per l'ampiezza ed i continui sviluppi del fenomeno l'attenzione a tali problemi non sia mai eccessiva; e che dall'altro, considerato anche l'ampliamento della base di studiosi, sia opportuno offrire un ulteriore strumento di dibattito e di approfondimento rispetto al settore in questione. Di esso potranno giovare in particolare i tanti giovani che, con sempre maggiore interesse, si dedicano allo studio dell'integrazione europea.

Sentiamo infine di indirizzare un doveroso ringraziamento all'Editore Nicola Cacucci che, in un periodo non semplice per l'editoria scientifica, ha deciso con generosità di affiancarci in questa impresa.

Ennio Triggiani

Ugo Villani



Articoli

Vincenzo Starace

La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale

SOMMARIO: 1. La probabile influenza esercitata dall'uso dell'espressione "Costituzione per l'Europa" sull'esito negativo dei *referendum* sulla ratifica del Trattato tenutisi in Francia e nei Paesi Bassi. L'opportunità di verificare se tale espressione rispecchi l'intento degli autori del Trattato di trasformare in senso costituzionale l'Unione europea. – 2. Gli elementi del Trattato contrari a tale trasformazione; in particolare, la manifesta volontà di non unificare popoli e territori degli Stati appartenenti all'Unione. – 3. *Segue*: la conservazione, da parte di questi ultimi, della titolarità delle politiche economiche, occupazionali e sociali, oltre che della politica estera e di sicurezza comune; il diritto di recesso unilaterale dall'Unione; la necessità della volontà unanime degli Stati dell'Unione per modificare il Trattato. – 4. *Segue*: l'effettività perseguita del principio di sussidiarietà; i limiti posti all'estensione delle competenze dell'Unione. – 5. L'enunciazione del principio della prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri e la perdurante assenza di un apparato coercitivo proprio dell'Unione che assista detta prevalenza. Il rispetto del quadro dei trattati vigenti quale limite all'approfondimento dell'integrazione europea. – 6. Conclusione. Il carattere meramente enfatico dell'espressione "Costituzione per l'Europa", non rispecchiante la reale portata del Trattato, e la sua inopportunità politica. La rilevanza, in prospettiva, della Carta dei diritti fondamentali incorporata dal Trattato.

1. L'esito negativo del *referendum* sulla ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (di seguito indicato *tout court* come Trattato) tenutosi in Francia il 29 maggio 2005 e dell'analogo *referendum* tenutosi nei Paesi Bassi il 1° giugno 2005 ha segnato indubbiamente una battuta d'arresto nel processo di integrazione europea, almeno rispetto alle aspettative suscitate dalla firma di tale Trattato a Roma il 29 ottobre 2004¹.

Secondo il Consiglio europeo, riunito a Bruxelles il 16 e 17 giugno 2005, detto esito esprime "preoccupazioni e inquietudini" dei cittadini degli Stati in cui

¹ Per valutazioni dell'esito dei *referendum*, v., tra altri, M. CONDINANZI, B. NASCIBENE, *Europa senza Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1041 ss.; U. DRAETTA, *Le lezioni da trarre dai primi "no" al referendum sulla Costituzione europea*, in *CI*, 2005, p. 457 ss., in specie p. 464 ss.; E. TRIGGIANI, *Il grave costo della "non Europa"*, in *Sud in Europa*, maggio-giugno 2005, p. 1 ss.; ID., *Gli scenari del processo di ratifica*, *ivi*, p. 17 ss.; U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss.

i *referendum* sono stati indetti per la costruzione europea. Il Consiglio non indaga sulle possibili ragioni di tali preoccupazioni e inquietudini, limitandosi a rilevare che di esse “occorre tenere conto”².

È ragionevole pensare peraltro che ad alimentare preoccupazioni e inquietudini abbia concorso non secondariamente l’uso, nell’intitolazione e nel testo del Trattato, del termine “Costituzione”, divenuto subito di uso corrente (al pari dell’espressione Trattato-Costituzione). Nel comune sentire, infatti, il termine “Costituzione” è correlato alla presenza di un’entità socio-politica avente i caratteri dello Stato, ossia di un’entità detentrica dei massimi poteri propri della comunità nazionale a base territoriale della quale è espressione e della quale è rappresentativa verso l’esterno in posizione di indipendenza riguardo a comunità simili. Trasposto all’Europa, il termine “Costituzione” si presta a essere correlato a un’entità socio-politica sovraordinata rispetto ai venticinque Stati che compongono l’Unione europea. È comprensibile, pertanto, che la presenza di una simile entità, la quale reca con sé il formarsi di un assetto politico complessivo involgente le comunità nazionali corrispondenti ai predetti Stati, con incidenza negativa su poteri sovrani e indipendenza di questi, causi preoccupazioni e inquietudini nei cittadini dei medesimi Stati, quanto meno finché non sia fornita una convincente dimostrazione della necessità o dell’opportunità di un mutamento costituzionale così radicale.

Insomma il termine “Costituzione” ha indotto verosimilmente nell’opinione dei cittadini degli Stati parti dell’Unione europea nei quali si sono tenuti i *referendum* il timore che con l’entrata in vigore del Trattato sarebbe sorta un’entità socio-politica destinata a esautorare la tradizionale figura dello Stato quale massima espressione organizzativa di una comunità nazionale titolare di poteri sovrani fondati sull’autorità della comunità stessa e caratterizzata da indipendenza.

Una prospettiva di così rilevante portata è tale, obiettivamente, da suscitare preoccupazioni e inquietudini presso i cittadini degli Stati parti dell’Unione europea; sicché appare plausibile che la risposta negativa al quesito referendario data dai cittadini francesi e olandesi trovi spiegazione, almeno in parte, nel rifiuto di una simile prospettiva.

Quanto appena rilevato muove dal presupposto che al termine “Costituzione” sia effettivamente da attribuire, con riguardo all’Europa, la descritta portata. Tale presupposto, tuttavia, va verificato perché non è affatto certo che gli autori del Trattato, usando quel termine, abbiano inteso davvero attribuire a esso detta portata. Conviene chiedersi, pertanto, se con l’uso di quel termine gli autori del Trattato abbiano inteso significare la nascita di un’entità socio-politica sovraordinata rispetto agli Stati parti dell’Unione europea, destinata ad assumere poteri sovrani e indipendenza di cui sono detentori oggi gli Stati.

Un simile interrogativo si identifica sostanzialmente con quello se l’entrata in vigore del Trattato avrebbe determinato la trasformazione dell’Unione euro-

² Il testo del comunicato del Consiglio europeo può leggersi in *DCSI*, 2005, p. 571 ss.

pea da unione in parte internazionale in parte sovranazionale in unione di tipo costituzionale; altrimenti detto, se, per effetto di detta entrata in vigore, l'integrazione europea, proceduta finora in maniera compatibile con la posizione di enti sovrani e indipendenti degli Stati protagonisti di essa, avrebbe compiuto un salto di qualità nel senso di dare vita a un rapporto caratterizzato dalla sovraordinazione dell'Unione europea su questi ultimi, a un rapporto analogo cioè a quello riscontrabile tra lo Stato federale (come, per fare degli esempi classici, gli Stati Uniti d'America e la Confederazione svizzera) e gli Stati federati.

A me pare che la risposta a siffatto quesito non possa essere fondata che su elementi desumibili dallo stesso Trattato, quale espressione della volontà degli Stati contraenti. È bensì ipotizzabile, infatti, che una trasformazione come quella accennata avvenga per effetto di un trattato internazionale; per meglio dire, è ipotizzabile che un trattato internazionale, stabilendo obblighi e diritti reciproci tra gli Stati contraenti, crei le premesse per la realizzazione di un rapporto di sovraordinazione - subordinazione come quello indicato. Tuttavia, affinché al Trattato possa riconoscersi una simile potenzialità, occorre che questa corrisponda all'intento perseguito dagli Stati che ne sono parte.

Ciò posto, a me sembra che il Trattato rechi numerosi importanti elementi di segno opposto all'ipotizzato intento degli Stati contraenti e che tali elementi rivelino, anzi, l'intento dei medesimi Stati di non sacrificare ulteriormente la propria sovranità a vantaggio dell'integrazione europea.

2. Un primo elemento rivelatore del menzionato atteggiamento degli Stati contraenti è l'enunciazione, contenuta nell'art. I-1, par. 1, seconda frase, che l'Unione "... esercita sulla base del modello comunitario le competenze che [gli Stati membri] le attribuiscono". Con siffatta enunciazione il Trattato dichiara che l'Unione da esso istituita in sostituzione dell'Unione europea istituita dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 e della Comunità europea (art. IV-438, par. 1) non si discosta dal modello "comunitario", dal modello cioè, della sopranazionalità, forma di cooperazione tra Stati notoriamente più avanzata di quella corrispondente al modello "internazionale", ma pur sempre lontana dal modello "federale", caratteristico dell'unione costituzionale. È dunque sin da una delle enunciazioni iniziali del Trattato che gli Stati contraenti escludono, implicitamente ma chiarissimamente, il proprio intento di rendere costituzionale l'Unione europea.

Un secondo elemento è rappresentato dal richiamo del terzo e quarto considerando del preambolo e dell'art. I-3, par. 1, ai "popoli" dell'Europa. L'uso del plurale mostra come agli Stati contraenti sia rimasta estranea l'idea di *un* popolo – di un popolo unico – dell'Unione europea e, quindi, sia rimasto estraneo l'intento di istituire un ente che, a somiglianza dell'unione costituzionale, presenti il popolo quale suo elemento costitutivo (come è dato constatare, per rifarci agli esempi sopra richiamati, riguardo agli Stati Uniti d'America e alla Confederazione svizzera, elementi costitutivi dei quali sono il popolo statunitense e, rispettivamente, quello svizzero). Dell'estraneità di detta idea e di detto intento agli Stati contraenti fornisce conferma sia la circostanza che – come si desume dall'art.

I-3, par. 4 – il Trattato non manca di impiegare il termine “popoli” come sinonimo di “Stati”, sia – e soprattutto – la constatazione che – come è detto nell’art. I-5, par. 1 – “l’Unione rispetta ... l’identità nazionale” degli Stati membri “insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali” (al pari delle “funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale”).

Emerge dalle disposizioni testé menzionate che l’Unione, da un lato, non è espressione di alcuna identità europea, dall’altro, non mette minimamente in discussione l’identità nazionale dei singoli Stati membri, che, anzi, essa ha l’obbligo generale di rispettare. Ciò significa che il popolo resta elemento esclusivamente proprio di ciascuno Stato membro e non diviene elemento costitutivo dell’ente Unione europea.

Un importante riscontro di quanto appena detto si rinviene nella configurazione della cittadinanza dell’Unione come mero riflesso della cittadinanza di uno Stato membro, alla quale ultima la prima “si aggiunge” e che “non ... sostituisce” (art. I-10, par. 1, il quale ricalca l’art. 17, par. 1, del Trattato CE). Come si vede, il legame dell’individuo con una comunità cui si è soliti riferirsi quando si parla di cittadinanza è mediato, riguardo alla cittadinanza dell’Unione, dalla cittadinanza nazionale, posto che è il possesso della prima che conduce al possesso della seconda. Ai fini della cittadinanza dell’Unione è decisiva, dunque, l’appartenenza dell’individuo a una delle comunità nazionali i cui Stati partecipano all’Unione, non l’appartenenza a una comunità maggiore quale quella che si forma in un’unione costituzionale di Stati (come la federazione). Ciò porta a escludere che gli Stati contraenti abbiano inteso attribuire rilevanza di elemento costitutivo dell’Unione a detta comunità maggiore identificabile nel popolo europeo.

A una conclusione analoga si perviene anche riguardo al territorio – anch’esso tradizionalmente considerato elemento costitutivo di un’unione costituzionale di Stati –, posto che il sopra riportato art. I-5, par. 1, del Trattato ha cura di rimarcare che compete allo Stato la funzione di salvaguardare la propria integrità territoriale. Una simile riserva di competenza postula, infatti, che il territorio resti elemento esclusivamente proprio di ciascuno Stato contraente e, pertanto, che esso non divenga elemento costitutivo dell’Unione europea.

3. L’intento degli Stati contraenti di non modificare la natura della cooperazione sviluppatasi finora tra essi trova riscontro nell’art. I-1, par. 1, seconda frase, dove è detto che “l’Unione coordina le politiche degli Stati membri dirette al conseguimento di ... obiettivi” comuni; nell’art. I-15, il cui par. 1 reca che “gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell’ambito dell’Unione” e che “a tal fine il Consiglio dei ministri adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima, per dette politiche”, il cui par. 2 stabilisce che “l’Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche” e il cui par. 3 consente all’Unione di “prendere iniziative per assicu-

rare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri”. Come si vede, il compito dell’Unione per conseguire obiettivi comuni in campi nei quali gli Stati contraenti attribuiscono a essa competenze (art. I-1, par. 1, prima frase) è semplicemente di “coordinare” le politiche di tali Stati adottando “indirizzi di massima” od “orientamenti” o prendendo “iniziative”. Ora, com’è noto, il coordinamento delle politiche presuppone che delle stesse restino titolari i singoli Stati contraenti, sicché il Trattato non modifica affatto, con l’attribuzione di tale compito all’Unione, l’attuale assetto dei rapporti tra Stati e Unione europea quanto alla titolarità di scelte politiche in materie di importanza fondamentale come quelle, testé citate, della politica economica, occupazionale o sociale (cui sono da aggiungere politiche non meno rilevanti come, ad esempio, quella fiscale), assetto che vede la preminenza degli Stati contraenti rispetto all’Unione.

A proposito di titolarità di scelte politiche in materie di fondamentale importanza per gli Stati, conviene accennare anche alla politica estera e di sicurezza comune, attualmente oggetto del secondo pilastro comunitario. Tale politica è attribuita bensì alla competenza dell’Unione europea (articoli I-16, I-40, III-292 ss.), ancorché con la precisazione che si tratta di politica “comune fondata sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri, sull’individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri” (art. I-40, par. 1), precisazione che, già di per sé, ne restringe notevolmente l’ambito di operatività concreta (ulteriormente precisato dall’art. III-292). Ma soprattutto, l’Unione non può esercitare tale competenza che mediante decisioni adottate dal Consiglio europeo e dal Consiglio *all’unanimità*, salvo casi specifici – di rilevanza minore – per i quali è prevista la possibilità di una decisione a maggioranza qualificata, decisione che, peraltro, il singolo Stato membro può impedire (art. I-40, paragrafi 6 e 7, art. III-300, paragrafi 1, 2 e 3). Ora, poiché la regola dell’unanimità nell’adozione delle decisioni consente al singolo Stato membro di impedire tale adozione, appare chiaro che in concreto la competenza in parola di fatto resta saldamente nelle mani degli Stati membri e che non si è avuto alcun reale trasferimento di essa all’Unione. Quest’ultima è stata solo posta nella condizione di adottare una politica estera e di sicurezza comune ed è stata dotata di strumenti formali idonei a tale scopo (articoli III-292, 293 e 294), ma a simili previsioni normative non si è accompagnata una parallela rinuncia degli Stati contraenti a decidere autonomamente la propria politica (come conferma del resto l’art. III-294, par. 3, lett. c, il quale presuppone che gli Stati membri conducano “la loro politica”) anche in netta contrapposizione tra loro (come ha clamorosamente mostrato l’esperienza degli opposti atteggiamenti assunti da Francia e Germania, da un lato, e da Regno Unito e Spagna, dall’altro, riguardo all’intervento militare in Iraq del 2003).

La conclusione della sostanziale conservazione nelle mani degli Stati contraenti delle decisioni in materia di politica estera e di sicurezza comune può estendersi alla stessa complessiva vincolatività del Trattato per questi ultimi, se si considera che il Trattato consente a ogni Stato membro di recedere unilateralmente dall’Unione, ancorché con efficacia differita di due anni dalla notificazio-

ne della intenzione di recedere (art. I-60)³. Il riconoscimento di un simile potere rivela che la volontà degli Stati contraenti è elemento condizionante non solo la nascita dell'Unione, ma altresì la sua permanenza nei confronti di tali Stati e, correlativamente, che per l'Unione non vi sarebbe possibilità di sopravvivenza se venisse meno la volontà degli Stati contraenti in questo senso. È palese dunque la preminenza degli Stati sull'Unione, come è tipico delle unioni internazionali.

L'indicata preminenza è resa evidente anche dalla circostanza che il Trattato condiziona al concorso della volontà di tutti gli Stati contraenti eventuali modifiche delle proprie norme. Invero, l'art. IV-443, sulla falsariga del vigente art. 48 del Trattato istitutivo dell'Unione europea, dispone che dette modifiche non solo vanno stabilite “di comune accordo” da una conferenza di rappresentanti dei governi degli Stati membri appositamente convocata dal presidente del Consiglio dei ministri, ma altresì che esse, per entrare in vigore, devono essere “ratificate da tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali” (par. 3). Analogamente, l'art. IV-445, con riferimento alle modifiche delle norme riguardanti le politiche e azioni interne dell'Unione – modifiche per le quali è prevista una procedura di revisione semplificata –, dispone che la loro adozione richiede una decisione del Consiglio europeo “all'unanimità” e che la loro entrata in vigore richiede la “previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali” (par. 2). A sua volta, l'art. IV-444, con riferimento all'ipotizzato passaggio dalla regola dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata nelle deliberazioni del Consiglio concernenti talune decisioni in ordine a politiche e azioni interne dell'Unione nonché all'ipotizzato passaggio da una procedura legislativa speciale alla procedura legislativa ordinaria, prevede che tali passaggi – l'iniziativa dei quali è rimessa al Consiglio europeo – sono possibili soltanto se non vi sia “opposizione di un parlamento nazionale” (par. 3). Queste disposizioni mostrano con chiarezza che i singoli Stati contraenti, lungi dal limitarsi a esprimere il proprio consenso per la nascita dell'Unione e il suo funzionamento secondo le regole concordate, hanno inteso riservarsi il pieno controllo ed esercitare la propria determinante influenza su ogni eventuale evoluzione normativa del Trattato. All'Unione è negata, corrispondentemente, qualunque capacità di sviluppo normativo autonomo e, quindi, qualunque possibilità di creare le condizioni normative per indirizzare la propria condotta in maniera indipendente dalla volontà concorde degli Stati contraenti.

³ Nel senso che l'art. I-60 del Trattato riconosce agli Stati contraenti il diritto di recedere unilateralmente dall'Unione, E. TRIGGIANI, *Sopranazionalità e internazionalità nell'evoluzione dell'Unione*, in M. L. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 39 ss., in specie p. 41; ID., *Un Trattato per la futura “unità europea”*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, settembre-ottobre 2004, Bari, 2004, p. 9 ss., in specie p. 12; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 673 ss.; G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale. Entrata in vigore e revisione*, in *DUE*, 2005, p. 631 ss., in specie pp. 635 s. e 642. Un'opinione diversa è espressa da E. CANNIZZARO, *La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale*, *ivi*, p. 1 ss., in specie p. 7 s.

4. Il Trattato contiene nuove disposizioni dirette a integrare il principio di sussidiarietà. Nel Trattato CE, al quale originariamente appartiene, questo principio è volto – com'è noto – a delimitare l'ambito delle competenze concorrenti di Comunità e Stati membri. Il suo contenuto è fissato nell'art. 5, par. 2, del Trattato CE nei seguenti termini : “Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene ... soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”. Il nuovo Trattato, riferendosi alle competenze concorrenti dell'Unione europea e degli Stati membri, riproduce in termini pressoché identici l'art. 5, par. 2, del Trattato CE, ma ha cura di precisare talune condizioni di applicazione del principio e introduce garanzie della sua osservanza in precedenza inesistenti. L'art. I-11, par. 3, prevede, infatti, da un lato, che l'insufficienza dell'azione statale, presupposto dell'intervento dell'Unione, va accertata con riguardo sia “a livello centrale” (dello Stato) sia “a livello regionale e locale”; dall'altro – e ciò importa maggiormente – investe i parlamenti nazionali del potere di vigilare sul rispetto del principio “secondo la procedura prevista” dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità annesso al Trattato e sua parte integrante (art. IV-442), Protocollo alle cui disposizioni devono attenersi le istituzioni, organi e soggetti dell'Unione legittimati a proporre atti legislativi europei (art. 3 del Protocollo). Il potere di vigilanza conferito ai parlamenti nazionali si traduce nella possibilità a questi offerta di obbligare, a certe condizioni, l'istituzione, l'organo o il soggetto proponente l'atto legislativo a riesaminare il progetto in questione alla luce del motivato parere espresso dai parlamenti nazionali medesimi circa l'inosservanza del principio di sussidiarietà – ancorché senza pregiudizio della possibilità che il progetto sia motivatamente mantenuto (art. 7 del Protocollo) –; nonché nella possibilità di attivare il controllo della Corte di giustizia sull'osservanza, nella specie, del principio stesso mediante un ricorso proposto dallo Stato membro a nome del suo Parlamento ai sensi dell'art. III-365 del Trattato (art. 8 del Protocollo)⁴.

L'introduzione di garanzie di osservanza del principio in discorso, oltre che delle menzionate precise condizioni della sua applicazione, mostra come gli Stati contraenti siano risolutamente determinati ad assicurare l'effettività del principio stesso. E siffatta determinazione mostra, a sua volta, che gli Stati intendono contrastare una progressiva strisciante crescita delle competenze comunitarie, quale quella attuabile mediante un'interpretazione estensiva di queste ultime, a scapito delle competenze statali (che il principio di sussidiarietà è inteso a proteggere). Ciò mi sembra assai significativo della ferma volontà degli Stati contraenti di difendere la propria sovranità, nell'ambito definito dal

⁴ Sul ruolo dei parlamenti nazionali in relazione al principio di sussidiarietà, v. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 658 ss.

Trattato, contro il pericolo, insito nel principio di sussidiarietà, di una sua erosione realizzabile per via interpretativa.

Vi sono poi norme del Trattato che rendono manifesto l'obiettivo degli Stati contraenti di evitare ulteriori ampliamenti o irrobustimenti delle competenze dell'Unione. Tali gli articoli I-18, II-111 e IV-445, par. 3.

L'art. I-18 riproduce con taluni adattamenti, al par. 1, l'art. 308 del Trattato CE (secondo cui, "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo avere consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso"), ma aggiungendovi, anzitutto, che "la Commissione europea, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo I-11, paragrafo 3, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo" (par. 2) e, quindi, che "Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui la Costituzione la esclude" (par. 3) come, ad esempio, nei casi previsti dall'art. III-210, par. 2, lett. a), dall'art. III-267, par. 4, dall'art. III-284, par. 2, e dall'art. III-285, par. 2.

L'art. II-111, dopo avere stabilito che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (le quali costituiscono la parte seconda del Trattato) "si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà ..." (par. 1), reca: "La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione" (par. 2).

L'art. IV-445, dal canto suo, esclude che la decisione europea che modifica in tutto o in parte le disposizioni della parte terza, titolo III del Trattato relative alle politiche e azioni interne dell'Unione possa "estendere le competenze attribuite all'Unione nel presente Trattato" (par. 3).

L'obiettivo, risultante dalle riportate disposizioni, di evitare ulteriori ampliamenti o irrobustimenti delle competenze dell'Unione non può essere interpretato che come atteggiamento degli Stati contraenti apertamente contrario all'evoluzione di quest'ultima in unione di tipo costituzionale.

Ciò del resto è, a ben guardare, quanto emerge dagli articoli I-1 e I-11 del Trattato nella parte in cui prevedono che le competenze dell'Unione europea – le quali, in virtù del principio di attribuzione, sono competenze derivate dagli Stati (par. 1 di entrambi gli articoli citati), non competenze assunte originariamente, per forza politica propria, dall'Unione – vanno esercitate soltanto "per conseguire ... obiettivi comuni" (art. I-1, par. 1, prima frase) o "per realizzare gli obiettivi ... stabiliti" dalla Costituzione (art. I-11, par. 2, prima frase). Ed è quanto emerge altresì dal principio di proporzionalità, applicabile riguardo a qualsiasi competenza dell'Unione, secondo cui "il contenuto e la forma del-

l'azione dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione" (art. I-11, par. 4). Da queste norme risulta che l'indicazione degli obiettivi che l'Unione è incaricata di perseguire costituisce a un tempo giustificazione e misura delle competenze a essa attribuite e che, indipendentemente da tali obiettivi, qualsiasi ampliamento delle competenze stesse è privo di giustificazione e, come tale, inammissibile.

5. Vorrei soffermarmi brevemente, da ultimo, su altri due punti a mio avviso rilevanti nel contesto del discorso fin qui svolto: *a)* se la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri, enunciata dall'art. I-6 del Trattato, possa ritenersi un elemento di segno contrario agli elementi sopra considerati; e *b)* quale significato complessivo sia da attribuire al Trattato nel quadro del processo di integrazione europea in atto da oltre un cinquantennio.

Sul primo punto va ricordato anzitutto che l'enunciazione della prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto statale non fa che trascrivere, estendendolo al diritto dell'Unione nel suo insieme (in correlazione con il venir meno della distinzione in pilastri presente nell'Unione sin dalla sua origine), il principio del primato del diritto comunitario sul diritto statale, affermatosi nella prassi del Trattato CE grazie a una uniforme e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado. Ciò è sottolineato nella prima delle "Dichiarazioni relative a disposizioni della Costituzione" allegata al Trattato, secondo la quale "La Conferenza [dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riunita a Bruxelles il 30 settembre 2003] costata che l'articolo I-6 rispecchia la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado". La compatibilità di detta prevalenza con un'unione in parte internazionale in parte sopranazionale, pertanto, è un dato acquisito da lungo tempo. Non può ignorarsi, d'altronde, che detta prevalenza non è assistita da un apparato coercitivo che consenta all'Unione di assicurare concreta efficacia alle proprie decisioni sul territorio degli Stati membri vincendo l'eventuale resistenza di questi. Gli apparati coercitivi esistenti restano – com'è noto – nel dominio esclusivo dei singoli Stati, sicché la conclamata prevalenza sancita dal Trattato dipende materialmente dalla collaborazione dei medesimi Stati nei cui confronti essa è affermata; in una parola, alla prevalenza dichiarata non corrisponde una prevalenza reale o effettiva, fondata cioè sulla maggiore forza dell'Unione rispetto agli Stati membri. Dunque, non essendo che la trascrizione di un principio – quello del primato del diritto comunitario sul diritto statale – la cui compatibilità con un'unione in parte internazionale in parte sopranazionale è indiscutibile e, d'altra parte, mancando di effettività, la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri non è sicuramente elemento idoneo a dimostrare la volontà degli Stati contraenti di imprimere carattere costituzionale all'Unione europea. Da essa, pertanto, non può evincersi alcuna indicazione di segno contrario agli elementi considerati nei paragrafi precedenti.

Quanto, poi, al significato da attribuire al nuovo Trattato nel contesto del processo di integrazione europea, a me pare, sulla base delle considerazioni

svolte nei paragrafi precedenti, che il nuovo Trattato esprima un'eloquente posizione di non disponibilità degli Stati contraenti a sopportare ulteriori sacrifici della loro sovranità e, quindi, ad aggiungere altre limitazioni di quest'ultima al fine di approfondire l'integrazione europea. Questa posizione risulta, a mio avviso, sinteticamente ma chiaramente, dal quinto considerando del Trattato dove è detto che gli Stati sono "risoluti a proseguire l'opera compiuta nel quadro dei trattati che istituiscono le Comunità europee e del trattato sull'Unione europea, assicurando la continuità dell'*acquis* comunitario". Una simile dichiarazione mi sembra indicare, infatti, la volontà degli Stati contraenti di non andare oltre il quadro dei trattati esistenti, vale a dire di non aggiungere elementi di integrazione al processo sviluppatosi finora (senza pregiudizio, beninteso, di progressiva realizzazione del processo medesimo là dove – ad esempio, in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia – esso è stato avviato ed è in corso di approfondimento o di perfezionamento).

6. L'analisi condotta sin qui consente di dare una risposta negativa all'interrogativo posto all'inizio del presente scritto, se cioè il termine "Costituzione" usato dagli autori del Trattato rispecchi effettivamente l'intento di trasformare l'Unione europea da unione in parte internazionale in parte sovranazionale in unione di tipo costituzionale. L'uso di quel termine non è giustificato affatto dal contenuto del Trattato, che, lungi dal determinare un salto di qualità nel processo di integrazione europea, mira invece, per molti versi, a porre freno alla paventata crescente invadenza dell'Unione europea nei confronti degli Stati che ne fanno parte. Può aggiungersi che, di fronte a tale constatazione, l'uso del termine "Costituzione" si rivela poco appropriato, meramente enfatico, se non addirittura retorico, nonché, tenuto conto dell'effetto dissuasivo verosimilmente esercitato sui cittadini che, con la loro risposta negativa al quesito referendario, hanno impedito la ratifica del Trattato da parte dei loro Stati, politicamente improvido e controproducente.

Prima di concludere vorrei aggiungere, tuttavia, una notazione ottimistica, a fronte di quanto mi è parso che debba dirsi oggi, realisticamente, alla stregua degli elementi di valutazione che il Trattato contiene. In quest'ultimo è presente un lievito dalle potenzialità non trascurabili per la nascita di un'unione di tipo costituzionale. Mi riferisco alla Carta dei diritti fondamentali, oggetto della parte seconda del Trattato. Tale Carta per sua natura favorisce notevolmente, infatti, la formazione di una coscienza comune e di omogeneità politica tra i cittadini degli Stati membri; formazione che, a sua volta, costituisce un fattore di coesione assai importante, se non decisivo, per il sorgere di un'unione costituzionale. Sulla base di queste ultime osservazioni mi sentirei di concludere che il Trattato segna bensì una pausa nel processo di integrazione europea, ma esso lascia aperta la prospettiva che il risultato, oggi non voluto dagli Stati contraenti, di trasformare l'Unione europea da unione in parte internazionale in parte sopranazionale in unione di tipo costituzionale possa essere conseguito in un sia pure lontano futuro.

Giorgio Napolitano

Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea

SOMMARIO: 1. Il rischioso ritorno di “pulsioni nazionalistiche”. – 2. L’opportunità di rianimare “dal basso” il processo di integrazione. – 3. Un confronto necessario sull’ipotesi di una Europa federale.

1. Nella lezione dottorale che tenni all’Università degli Studi di Bari il 6 febbraio 2004, ritenni di dover denunciare “un ritorno di pulsioni nazionalistiche”: nel senso del “ritrarsi di una parte della politica e delle opinioni pubbliche entro gelosi e risentiti approcci nazionali, così da intralciare, e spingere alla deriva, la costruzione dell’Europa unita”. Quella preoccupazione è stata clamorosamente confermata dalla bocciatura del Trattato costituzionale in Francia e in Olanda, dalle difficoltà in cui ha finito quindi per dibattersi il percorso di ratifica di quel Trattato – pur solennemente firmato nell’ottobre 2004 a Roma dai Capi di Stato e di governo dei 25 Stati membri dell’Unione – e da una serie di episodi successivi. In effetti, non si sono ancora compiuti sforzi seri neppure da parte dei Paesi – e sono la maggioranza dei 25 – che hanno per via parlamentare o referendaria ratificato la Costituzione, al fine di impedire che il risultato del processo avviato fin dalla dichiarazione di Laeken di fine 2001 resti bloccato. Si è parlato di una fase di riflessione da aprire in proposito, una fase che forse potrà assumere qualche contenuto grazie alle iniziative della Commissione e ancor più del Parlamento europeo; ma si tratta di qualcosa di molto vago, che copre molti ambigui silenzi. Nello stesso tempo, affiora una equivoca e velleitaria ricerca di strade diverse da quella della prosecuzione dell’iter delle ratifiche e dell’entrata in vigore della Costituzione da tutti sottoscritta. Eppure, il giuocare a chi più apertamente dichiara morta la Costituzione potrebbe essere fatale per le sorti dell’Unione. Potrebbe esserlo l’ignorare discussioni e scelte che hanno impegnato governi e parlamenti per due anni e mezzo, mandare al macero il risultato e il compromesso faticosamente raggiunto nella Convenzione e nella Conferenza intergovernativa, e dunque, in sostanza, ripartire da zero.

Come d’altronde è stato previsto nella stessa dichiarazione finale della Conferenza intergovernativa, una volta che in 20 Paesi su 25 il Trattato costituzionale sia stato ratificato, il Consiglio europeo potrà ricercare le opportune soluzioni di alleggerimento o integrazione del testo senza imbarcarsi nell’avven-

turoso tentativo di rinegoziarlo. Un alleggerimento tale da renderlo riproponibile nei Paesi espressisi contro la ratifica del Trattato in tutte e tre le sue parti, potrebbe riguardare quella Terza parte che non fu varata dalla Convenzione ma solo dalla Conferenza intergovernativa e che ha rappresentato il principale bersaglio della campagna per il NO in Francia e in Olanda. Quel che è certo, è che non si può abbandonare quell'impegno di costituzionalizzazione dell'Unione che è scaturito dall'esigenza di dare nuove risposte istituzionali e politiche alle sfide del nostro tempo e insieme dalla necessità di consolidare l'allargamento a 25 dell'Unione ridefinendo valori, principi e obiettivi comuni.

2. C'è chi ha sostenuto e sostiene che la questione del completamento dell'iter delle ratifiche della Costituzione potrebbe essere accantonata e aggirata puntando sul rilancio delle politiche dell'Unione. Ma a questo proposito va osservato che tale rilancio non risulterà oltre un certo limite attuabile senza quella chiarificazione e quel rafforzamento dei poteri decisionali, delle missioni e degli strumenti che la Costituzione ha teso a garantire alle istituzioni europee. E ciò vale anche e in modo particolare per quelle politiche di sviluppo che sulla base della strategia di Lisbona dovrebbero consentire una maggior crescita e una maggior competitività delle economie europee, in modo da recuperare consenso tra i cittadini-elettori delusi e demotivati dalla perdita di slancio e di reattività dell'Europa nel nuovo contesto della globalizzazione, nel nuovo scenario mondiale caratterizzato dalla dinamica dei grandi Paesi emergenti.

Si aggiunga – e non è davvero un dato secondario – che l'accordo a stento raggiunto nel Consiglio europeo del dicembre 2005 sulle prospettive finanziarie per gli anni 2007-2013 non assicura in nessun modo le risorse indispensabili per il rilancio delle politiche dell'Unione. Secondo uno studio della Commissione europea, sollecitato dal Parlamento, i cui risultati sono stati resi noti a fine febbraio, le spese legate alla strategia di Lisbona non potranno raddoppiare come la Commissione e il Parlamento europeo avevano chiesto, l'obiettivo della destinazione del 3 per cento del prodotto interno lordo alla ricerca di qui al 2010 non potrà essere raggiunto, i progetti in materia di sanità, di energia, di società dell'informazione e di nanotecnologie dovranno essere ridotti. Ed egualmente, la limitatezza delle risorse attribuite all'Unione nei prossimi anni minaccia il futuro delle trenta reti transeuropee considerate prioritarie. Lo studio che ho citato continua indicando numerose altre ricadute negative delle decisioni del dicembre 2005 sul finanziamento delle diverse politiche dell'Unione. D'altronde, si può ben dire che proprio la mediocre, così riduttiva intesa sulle prospettive finanziarie 2007-2013 ha rappresentato una pesante conferma di quella tendenza, su cui sono ritornato all'inizio di questo articolo, al ripiegamento su meschini calcoli ed egoismi nazionali, che sta prevalendo nelle forze dirigenti anche dei principali Stati membri dell'Unione, compresi quelli storicamente maggiormente impegnati nella costruzione europea.

Di fronte a questa tendenza – che sta assumendo anche le forme di un rigurgito neoprotezionistico, specialmente in Francia, sul terreno delle relazioni economiche, industriali e finanziarie intraeuropee – non resta che confidare nella

sensibilità e nell'iniziativa di molteplici soggetti politici, sociali e culturali, capaci di rianimare un discorso pubblico e un movimento "dal basso" per l'integrazione europea. Ma a tal fine si impongono, forse, nuove e più decise sollecitazioni "dall'alto". Vale la pena di citare quella che è venuta di recente dal primo ministro belga, Guy Verhofstadt, uno degli uomini di governo più decisamente europeisti apparsi sulla scena negli ultimi anni.

3. In un libro (*"Les Etats Unis d'Europe"*) apparso a metà febbraio, Verhofstadt prospetta le scelte di fondo su cui un chiarimento s'impone senza rinviarlo a un momento successivo alla conclusione dell'iter di ratifica della Costituzione. Ed egli si pronuncia nettamente perché al termine del semestre di presidenza austriaca, e dunque nel Consiglio europeo di giugno, ci si confronti, ancora una volta e più che mai, sull'ipotesi di una Europa federale. Si tratta di una presa di posizione controcorrente, volta a invertire la tendenza a "minimizzare" l'integrazione europea. "Noi abbiamo creato" – ha sottolineato il primo ministro belga presentando il suo libro – "un mercato unico, abbiamo abolito le frontiere interne, ci siamo dotati di una banca centrale e di una moneta europea. Dopo Amsterdam, lavoriamo a una politica estera comune affidata a un Alto Rappresentante. Abbiamo Schengen, l'Europol, l'Eurojust, e dell'altro ancora. Questa direzione ci orienta verso un'Europa federale, verso un'Europa ogni giorno più integrata, e si rivela la sola buona direzione", di fronte a un'evoluzione che vedrà nel giro di non molti anni il mondo articolarsi attorno a quattro grandi potenze, Stati Uniti, Cina, India e Giappone.

Di qui l'idea di due "cerchi concentrici". Da un lato, un nocciolo politico – gli "Stati Uniti d'Europa" – che raggruppi gli Stati membri pronti a impegnarsi – partendo dalla "zona Euro" – in una strategia politico-economica più coerente e più comunitaria. Dall'altro lato, una "Organizzazione degli Stati europei", che graviti attorno al primo cerchio e realizzi intese tra tutti i Paesi membri sul piano della difesa, degli affari esteri, ecc., assolvendo la missione principale di diffondere la stabilità e la pace. Idea non nuova – si può osservare – che tuttavia ritorna con più forza, sospinta dalla percezione del rischio estremo di uno scivolamento dell'Unione verso una semplice zona di libero scambio nell'assenza di un progetto corrispondente al ritmo delle trasformazioni in atto su scala mondiale.

È, quella suggerita da Verhofstadt, una irrealistica fuga in avanti? O è questo il momento di riprendere una capacità di visione lungimirante e coraggiosa? Molte sono le ragioni che militano a favore di questo secondo modo di vedere.

D'altronde, non a caso un'ispirazione simile si è espressa nella relazione presentata dal professor Maurizio Fioravanti a un recente Convegno della Fondazione Basso. Con specifico riferimento al tema della costituzionalizzazione dell'Europa e agli interrogativi sulla sorte del Trattato firmato nell'ottobre 2004, si è sostenuto in quella relazione che "non ci si può più permettere il lusso di lasciare agli Stati il monopolio del principio democratico", come si è fatto quando a conclusione della Convenzione si è rinunciato a porre in discussione "le regole internazionalistiche della unanimità e della sovranità piena degli Stati" per la ratifica del Trattato costituzionale. La proposta che se ne ricava è

quella di prevedere almeno che la Costituzione entri in vigore “se si raggiunge una maggioranza qualificata di Stati e della popolazione” attraverso un *referendum* “che si tenga all’interno di ciascuno Stato nello stesso giorno e con regole condivise”.

Si stanno dunque facendo sentire in Europa, nel mondo politico e nel mondo degli studiosi e degli esperti (notevole è stato anche l’interesse del Convegno dell’Istituto Affari Internazionali tenutosi a Roma, sotto la guida di Tommaso Padoa Schioppa), nuovi stimoli e contributi, non solo rispetto ai passi che nell’immediato occorre fare per evitare la paralisi dell’Unione, ma anche per ripensare, in profondità e con coraggio, le prospettive della costruzione europea, gli imperativi dettati da una realtà mondiale in impetuosa trasformazione tra tensioni e rischi da dominare, le esigenze di superamento delle troppe incertezze e ambiguità sullo sbocco da dare al lungo cammino dell’integrazione. È (o sarebbe, se ci fosse la stessa consapevolezza che ebbero nel 1950 le classi dirigenti dei maggiori Paesi europei) il tempo di una nuova “dichiarazione Monnet”, di un nuovo manifesto, di un nuovo inizio per l’unità europea.

Ugo Villani

L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*

SOMMARIO: 1. Nozione di occupazione acquisitiva. – 2. Ricostruzione “pretoria” dell’istituto nella sentenza della Corte di cassazione del 26 febbraio 1983 n. 1464. – 3. La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 7 agosto 1996 nell’affare *Zubani*. – 4. La “condanna” dell’occupazione acquisitiva nelle sentenze della Corte europea del 30 maggio 2000 negli affari *Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera*. – 5. *Segue*: l’esame, da parte della Corte europea, degli sviluppi giurisprudenziali e legislativi in Italia. – 6. *Segue*: il principio di legalità quale fondamento delle pronunce della Corte europea. – 7. Conferma e precisazioni nella giurisprudenza della Corte europea del 2005. – 8. L’art. 43 del Testo unico sulla espropriazione per pubblica utilità del 2001. – 9. La decisione del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005 n. 2 e la presunta conformità dell’acquisizione “sanante” alle prescrizioni dell’art. 1 del primo Protocollo. – 10. “Abrogazione” dell’occupazione acquisitiva a seguito dell’introduzione dell’art. 43 del Testo unico del 2001. – 11. Incompatibilità anche dell’acquisizione “sanante” con l’art. 1 del primo Protocollo. – 12. Conclusioni.

1. L’istituto italiano della occupazione acquisitiva (o appropriativa), detta anche espropriazione indiretta o accessione invertita, è da tempo all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo sotto il profilo della sua conformità all’art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, adottato a Parigi il 20 marzo 1952, il quale tutela il diritto di proprietà. Com’è noto, questo articolo, al primo comma, dopo avere affermato il diritto di ogni persona fisica o giuridica al rispetto dei suoi beni, consente l’espropriazione, ma solo per una causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Sebbene tale disposizione non prescriva espressamente, quale condizione della espropriazione, l’obbligo, per l’autorità espropriante, di corrispondere un indennizzo al titolare dei beni, il predetto obbligo è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza europea¹. Questa

* Il presente scritto riproduce, con gli opportuni aggiornamenti e riferimenti bibliografici, la relazione svolta al Convegno su “Il tramonto dell’occupazione acquisitiva”, organizzato dall’Ordine degli Avvocati di Bari e tenutosi il 21 ottobre 2005 presso la Corte d’appello di Bari.

¹ In proposito cfr. M. FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, p. 179 ss., e, più di recente, M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2003, p. 229 ss. (alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti).

lo ha dedotto, da un lato, dalla considerazione che, in mancanza di un indennizzo, lo stesso diritto di proprietà finirebbe per essere vanificato²; dall'altro, dalla necessità di assicurare un giusto equilibrio tra l'interesse generale cui l'espropriazione è preordinata e il diritto del singolo³. Il rispetto di tale equilibrio implica che sia osservato un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi usati – la privazione dei beni – e lo scopo di pubblica utilità, rapporto che, in principio⁴, comporta una compensazione della privazione dei beni mediante l'indennizzo.

È alla luce di tale disposizione che si è posto il problema della legittimità dell'istituto della occupazione acquisitiva⁵. Esso è nato dalla giurisprudenza, in specie della Corte di cassazione, spinta a dire una parola definitiva rispetto ad una prassi frequente della pubblica amministrazione, consistente nell'occupare un suolo privato e destinarlo in maniera irreversibile ad una finalità di pubblica utilità senza osservare (in tutto o in parte) le prescrizioni del procedimento espropriativo; in altri termini operando in maniera illegittima. La destinazione ad un fine di pubblica utilità avviene mediante la costruzione, sul terreno occupato, di un'opera permanente, quale una strada, una scuola, abitazioni rientranti nell'edilizia economica e popolare, ecc., da parte della pubblica autorità o anche di un suo concessionario (per esempio una cooperativa edilizia).

La prassi in esame si articola in tre ipotesi. Una prima si ha quando vi sia stata, all'origine, una dichiarazione di pubblica utilità, eventualmente anche implicita (come con l'approvazione di un piano regolatore), seguita, solitamente, da un provvedimento di occupazione d'urgenza, ma non dal decreto di espropriazione nei termini prescritti. Una seconda ipotesi si determina quando sia stata emanata la serie di atti del procedimento di espropriazione per pubblica utilità, ma essi siano stati dichiarati illegittimi dal giudice amministrativo. Infine si danno casi nei quali sia l'occupazione del terreno che la costruzione dell'opera siano effettuate in assenza di qualsiasi provvedimento della pubblica amministrazione, compresa la dichiarazione di pubblica utilità. Come si vedrà, la prima

² Cfr. V. STARACE, *La tutela del diritto di proprietà nel Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Costituzione italiana*, in RIDU, 1989, p. 256 ss.

³ È stato osservato che “l'indennizzo si giustifica con l'esigenza di far ricadere anche sulla collettività l'onere economico dei provvedimenti adottati nell'interesse generale” (M. L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 242). Per penetranti rilievi critici sulla impostazione della Corte cfr. L. CONDORELLI, *Il Protocollo rivisitato*, in RIDU, 1989, p. 264 ss., in specie p. 266 ss.; ID., *Commentaire à l'Article 1 du Premier Protocole Additionnel*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 971 ss., in specie p. 986 ss.

⁴ La Corte ha affermato, invero, che la mancanza di indennizzo non potrebbe giustificarsi, sul piano dell'art. 1 del primo Protocollo, che “dans des circonstances exceptionnelles” (sentenza del 23 novembre 2000, *ex Re di Grecia e altri c. Grecia*, par. 89).

⁵ Su tale istituto esiste una letteratura estremamente ampia; da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, cfr. F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005, p. 140 ss.

ipotesi verrà progressivamente a staccarsi dalle altre due e solo in essa sarà riconosciuto un passaggio della proprietà privata alla pubblica amministrazione.

2. La giurisprudenza della Cassazione aveva espresso, tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80, orientamenti sensibilmente differenziati, che avevano prodotto uno stato di estrema incertezza giuridica⁶. Secondo un primo orientamento il proprietario del fondo occupato ne perdeva la proprietà al momento della irreversibile trasformazione del bene, mediante il completamento dell'opera di pubblica utilità, e aveva diritto al risarcimento dei danni. In altri casi la Suprema Corte aveva affermato, invece, che il proprietario non perdeva la proprietà del fondo; tuttavia egli non poteva domandare la *restituito in integrum*, ma solo il risarcimento dei danni, non sottoposto ad alcun termine di prescrizione, rappresentando l'occupazione un illecito di carattere permanente. Sempre secondo questo orientamento, la pubblica amministrazione poteva adottare in ogni momento un provvedimento formale di espropriazione, a seguito del quale l'azione di risarcimento veniva a trasformarsi in azione volta ad ottenere l'indennità di espropriazione (permanendo, peraltro, un diritto al risarcimento per i danni conseguenti al mancato godimento del fondo nel periodo precedente il decreto di espropriazione). Altre volte, infine, la Corte di cassazione aveva dichiarato che, poiché, nell'ipotesi in esame, il titolare del fondo non ne perdeva la proprietà, egli ne poteva chiedere la restituzione da parte della pubblica amministrazione con ripristino della situazione preesistente all'occupazione (per esempio, la demolizione dell'opera costruita).

In questo quadro interveniva la Corte di cassazione a sezioni unite, con la celebre sentenza del 26 febbraio 1983 n. 1464⁷, al fine di operare una scelta tra i diversi orientamenti e di fornire una ricostruzione giuridica esaustiva della regolamentazione del fenomeno in esame.

In tale sentenza la Corte prende atto dello stato confuso della giurisprudenza sia in merito alla perdita o meno della proprietà del terreno da parte del privato, sia riguardo al carattere permanente o istantaneo dell'illecito commesso dall'amministrazione mediante l'occupazione illegittima del fondo (con conseguenze rilevanti in ordine al *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni). Essa considera in maniera sostanzialmente unitaria l'ipotesi di occupazione illegittima di un fondo privato da parte della pubblica amministrazione (o di un suo concessionario) per la costruzione di un'opera di pubblica utilità, sia quando l'illegittimità derivi dalla totale mancanza di provvedimento autorizzativo, sia quando essa sia dovuta al decorso dei termini entro i quali doveva essere emesso il provvedimento di espropriazione. Sembra ragionevole, pertanto, assimilare a tali fattispecie – nella ricostruzione della Cassazione – quella in cui il

⁶ Il quadro della giurisprudenza italiana è ricostruito sia nella sentenza della Corte di cassazione del 26 febbraio 1983 n. 1464 (sulla quale cfr. oltre, in questo paragrafo), sia nelle numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a cominciare da quelle del 30 maggio 2000 negli affari *Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera* (sulle quali cfr. i paragrafi 4-6).

⁷ Essa può leggersi, tra l'altro, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 674 ss.

giudice amministrativo abbia annullato gli atti del procedimento di espropriazione (quali la dichiarazione di pubblica utilità, o il provvedimento di autorizzazione all'occupazione d'urgenza, o lo stesso provvedimento di espropriazione).

La sentenza in esame afferma che la radicale trasformazione del fondo, che si verifica con la sua irreversibile destinazione al fine dell'opera pubblica, determina, in tale momento, l'acquisto della proprietà del fondo da parte della pubblica amministrazione a titolo originario; non già, quindi, a seguito di un provvedimento, ma in base al fatto stesso di tale radicale trasformazione del fondo.

La Corte ricava questa soluzione dai principi generali dell'ordinamento italiano relativi ai modi di acquisto della proprietà a titolo originario, in particolare dagli articoli 934 ss. c.c. Tali principi mettono in luce, anzitutto, l'impossibilità di ammettere la coesistenza di due distinti diritti di proprietà, uno sul suolo, in capo all'originario titolare, l'altro sulla costruzione, in capo al costruttore, salva l'ipotesi eccezionale della costituzione del diritto di superficie *ex art. 952 c.c.* (ipotesi che ha origine nella regolamentazione negoziale degli interessi in giuoco ed è, quindi, del tutto estranea all'occupazione della pubblica amministrazione, caratterizzata dalla unilateralità dell'iniziativa del costruttore). I principi in materia mostrano che la regola per la composizione del conflitto tra i diversi proprietari – rispettivamente del fondo e della costruzione – consiste nell'attribuzione della intera proprietà dell'uno e dell'altra al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, secondo una valutazione d'ordine economico-sociale correlata al livello di sviluppo della società civile.

Sul versante privatistico tale regola comporta la prevalenza della proprietà del suolo, avente un valore preminente rispetto ai materiali adoperati per la costruzione, determinandosi così la figura dell'accessione, nella quale il proprietario del fondo acquista anche la proprietà della costruzione effettuata da un terzo sul fondo (art. 936 c.c.). Sul versante pubblicistico è, invece, l'interesse pubblico, di cui è portatore l'ente autore della costruzione, che è destinato a prevalere su quello privato del proprietario del fondo. Ciò produce risultati opposti rispetto all'accessione privatistica – di qui la denominazione di “accessione invertita” –, ma in omaggio allo stesso principio della concentrazione della proprietà del suolo e della costruzione in capo all'unico soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente. Tale soggetto è, evidentemente, l'ente pubblico, il quale ha agito per la soddisfazione di un interesse della collettività, cui l'opera è destinata, e che pertanto – nella valutazione della coscienza collettiva interpretata dall'ordinamento nel momento attuale – è visto come vincente nel conflitto con l'interesse del privato.

Se – come si è accennato – l'acquisto di proprietà consegue ad ogni ipotesi di illegittima occupazione di un fondo privato, la disciplina del momento di acquisto varia a seconda della originaria presenza o meno di un provvedimento autorizzativo dell'occupazione. Ove un provvedimento del genere manchi del tutto, l'acquisto (a titolo originario) della proprietà sul fondo da parte dell'ente pubblico autore della costruzione e la contestuale estinzione di tale diritto del privato si verificano solo nel momento in cui la destinazione del fondo all'opera pubblica

diviene irreversibile. Se, invece, sia stato emanato un provvedimento autorizzativo dell'occupazione d'urgenza, la perdita della proprietà del privato e il corrispondente acquisto a favore dell'ente pubblico avvengono solo con la scadenza del termine prescritto per l'espropriazione, senza che il provvedimento ablatorio sia stato emesso e sempre che, beninteso, sia stata nel frattempo realizzata l'opera pubblica sul fondo occupato.

Da tale ricostruzione derivano varie conseguenze giuridiche, che la stessa Corte ha cura di enunciare. È improponibile qualsiasi azione di revindica del privato, volta ad ottenere la restituzione del fondo e la demolizione della costruzione, poiché egli ne ha ormai perso la proprietà. Egli ha diritto al risarcimento dei danni, in quanto l'occupazione del terreno e la costruzione dell'opera costituiscono un illecito, più precisamente un illecito istantaneo che si consuma al momento in cui la trasformazione del bene rivela in maniera univoca la sua irreversibile destinazione ad un'opera pubblica. Contenuto dell'obbligo risarcitorio è il valore economico del bene al momento di consumazione dell'illecito (individuato nei modi appena ricordati), tenendo conto dell'eventuale svalutazione intervenuta fra tale momento e quello della liquidazione. L'azione spettante al privato, avendo natura risarcitoria, è soggetta alla prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2947, 1° comma, c.c., a decorrere dalla irreversibile trasformazione del bene⁸. Ma l'amministrazione è tenuta a risarcire anche i danni derivanti dalla occupazione illegittima sino al momento di perdita della proprietà, consistenti nel mancato godimento del bene, configurandosi in proposito una condotta illecita permanente.

Dalla ricostruzione operata dalla Corte di cassazione nella sentenza in esame deriva inoltre che l'eventuale sentenza pronunciata, ad esempio, sulla domanda di risarcimento dei danni, la quale ravvisi un'inequivoca e irreversibile destinazione ad opera pubblica del fondo illegittimamente occupato, ha, per questo profilo, natura dichiarativa del mutamento nella titolarità del diritto di proprietà; mutamento avvenuto nel momento della radicale trasformazione del bene, non in quello della pronuncia giudiziale. È, infine, irrilevante, ai fini del regime proprietario, l'emanazione di un tardivo provvedimento ablatorio, essendo evidentemente insuscettibile di produrre effetti un provvedimento di espropriazione intervenuto quando l'amministrazione abbia già acquistato la proprietà del fondo a titolo originario in virtù della sua radicale trasformazione conseguente alla costruzione dell'opera pubblica.

3. Come può constatarsi, con la sentenza n. 1464 del 1983 la Suprema Corte ha fornito una regolamentazione ampia, articolata e pressoché esaustiva, dando riconoscimento giuridico ad un istituto che, invero, non aveva alcuna disciplina

⁸ La Corte non distingue, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione, l'ipotesi nella quale sia stato emanato un provvedimento autorizzativo dell'occupazione d'urgenza; considerando, peraltro, che la stessa Corte afferma che l'acquisto di proprietà in questa ipotesi si verifica solo alla scadenza del termine, è ragionevole ritenere che, in questo caso, la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento decorra da tale termine.

legislativa, ma nasceva sostanzialmente dalla giurisprudenza, secondo un modello consono ad un sistema di *common law*, piuttosto che di tipo continentale, qual è quello italiano.

Peraltro qualche anno dopo vi era stato anche un intervento del legislatore, occasionato da un ricorso presentato alla Commissione europea dei diritti dell'uomo da tali Zubani. Questi, tra l'altro, lamentavano la violazione dell'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione poiché un loro fondo era stato occupato dal Comune di Brescia in base ad un decreto di occupazione d'urgenza per la costruzione di immobili nell'ambito dell'edilizia economica e popolare, ma il decreto di espropriazione era stato emanato tardivamente, essendo già scaduto il termine (di tre mesi) di validità del decreto di occupazione d'urgenza. Successivamente il giudice amministrativo aveva annullato gli atti del procedimento espropriativo, compreso il decreto di espropriazione.

Poco dopo la presentazione del ricorso (il 26 gennaio 1988) fu emanata la legge 27 ottobre 1988 n. 458 (detta "legge Zubani"). Ai sensi dell'art. 3 il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene, nonché alle somme dovute a causa della svalutazione monetaria e a quelle derivanti da un eventuale maggiore danno in forza dell'art. 1224, 2° comma, c.c., a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima. Si trattava, in sostanza, della fattispecie presente nel caso *Zubani*!

Il ricorso di questi ultimi fu oggetto della sentenza del 7 agosto 1996 della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹, alla quale l'affare era stato deferito dalla Commissione, che aveva giudicato il ricorso ricevibile sul punto in esame. In essa la Corte europea rileva che il governo italiano e la Commissione sono d'accordo nel riconoscere l'esistenza di una privazione della proprietà ai sensi della seconda frase dell'art. 1 del primo Protocollo, che essa è prevista dal citato art. 3 della legge 27 ottobre 1988 n. 458 e che persegue un interesse di pubblica utilità, cioè la costruzione di immobili destinati a una categoria di persone svantaggiate. Di conseguenza l'unica questione da risolvere è se sia stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dall'interesse generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti dell'individuo¹⁰, cioè, in definitiva, se la somma versata ai ricorrenti sia adeguata. Sotto questo profilo la Corte ritiene che, nella specie, il citato art. 1 del primo Protocollo sia stato violato poiché, tenuto conto anche della durata dei processi civili e amministrativi esperiti dai ricorrenti, la somma versata doveva reputarsi insufficiente a garantire il giusto equilibrio tra la salvaguardia del diritto di proprietà e le esigenze dell'interesse generale¹¹.

⁹ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è reperibile sul sito: <http://www.echr.coe.int>.

¹⁰ Cfr. par. 46.

¹¹ Si veda pure la sentenza del 16 giugno 1999 sull'equa soddisfazione, nella quale la Corte, riconoscendo ai ricorrenti Zubani i danni sia materiali che morali, sottolinea anche il pregiudizio

Malgrado la “condanna” dell’Italia, va sottolineato che questa appare determinata dalla considerazione delle specifiche e peculiari circostanze del caso *Zubani*, non già da una valutazione negativa sull’istituto della occupazione acquisitiva. E invero, sebbene la Corte sovente sottolinei che essa è chiamata a verificare se la maniera in cui il diritto interno è interpretato e applicato produca effetti conformi alla Convenzione, in quanto questa ultima è volta a proteggere diritti “concreti e effettivi”¹², la stessa Corte non manca, come in questo caso, di estendere la sua valutazione allo stesso istituto giuridico dal quale derivi, eventualmente, la concreta violazione della Convenzione. In proposito la Corte, nella sentenza in esame, concordando con la Commissione, dichiara espressamente che la scelta del legislatore del 1988, volta a privilegiare l’interesse della collettività nei casi di espropriazione o di occupazione illegittima di terreni, è ragionevole e che l’indennizzo integrale dei pregiudizi subiti dai proprietari interessati costituisce una riparazione soddisfacente poiché, oltre al risarcimento dei danni, l’amministrazione è tenuta a pagare anche l’equivalente della svalutazione monetaria dal giorno dell’atto illegittimo¹³. In altri termini, di per sé l’istituto dell’occupazione acquisitiva è giudicato compatibile con l’art. 1 del primo Protocollo.

4. Nel frattempo la cd. legge *Zubani* (e l’istituto della occupazione acquisitiva) ricevevano l’avallo della Corte costituzionale, la quale, con sentenza additiva del 27 dicembre 1991 n. 486¹⁴, dichiarava l’incostituzionalità dell’art. 3, 1° comma, nella parte in cui non prevedeva l’applicazione della stessa norma all’ipotesi in cui non fosse stato emanato alcun provvedimento espropriativo. Seguivano ulteriori interventi legislativi, ma in maniera alquanto frammentaria e subendo, talvolta, giudizi di incostituzionalità su specifici punti¹⁵. La riaffermazione della conformità dell’occupazione espropriativa ai precetti della Costituzione, conseguente al vaglio della Corte costituzionale, era peraltro condizionata all’“indefettibile punto di partenza” che vi fosse stata, all’origine della vicenda espropriativa, una dichiarazione di pubblica utilità¹⁶.

Ma con due sentenze del 30 maggio 2000 (*Carbonara e Ventura c. Italia* e *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*)¹⁷ la Corte europea dei diritti dell’uomo,

derivante dai sentimenti di frustrazione e di angoscia dovuti all’incertezza delle procedure nazionali e al comportamento del Comune di Brescia.

¹² Si veda, per esempio, la sentenza del 30 maggio 2000 nell’affare *Carbonara e Ventura c. Italia*, paragrafi 68 e 60.

¹³ Cfr. par. 49.

¹⁴ In *Foro it.*, 1992, I, c. 1073 ss., con nota di S. BENINI, *Il riconoscimento legislativo dell’occupazione appropriativa*.

¹⁵ Cfr., in argomento, M. BERNARDINI, *Diritto privato e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo*, in *NGCC*, 2004, p. 691 ss., in specie p. 699 s.

¹⁶ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale del 2 novembre 1996 n. 369, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3257 ss.

¹⁷ Esse possono leggersi anche in *Corr. giur.*, 2001, p. 460 ss., con commenti di V. CARBONE, p. 466 ss., e di A. BULTRINI, p. 475 ss.; tra i numerosi scritti su tali sentenze cfr. F. SEATZU, *L’occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: alcune considerazioni in*

mutando l'orientamento espresso nella sentenza *Zubani*, ha decisamente “condannato” l'occupazione acquisitiva. La nuova posizione della Corte europea può spiegarsi, verosimilmente, per due ragioni. Anzitutto, a differenza dell'affare *Zubani*, nei casi decisi nel 2000 l'occupazione acquisitiva rivela tutte le sue potenzialità negative, conducendo – nel caso *Carbonara* e *Ventura* – addirittura ad escludere qualsiasi risarcimento o indennizzo a favore del titolare del fondo passato nella proprietà della pubblica amministrazione. In secondo luogo il mutamento di giurisprudenza appare collegabile ad un affinamento del requisito, prescritto dall'art. 1, par. 1, del primo Protocollo, che la privazione della proprietà avvenga “nelle condizioni previste dalla legge”. Il principio di legalità, posto da tale disposizione, era stato solo sfiorato nella sentenza *Zubani*, nella quale la Corte si era limitata ad osservare fugacemente che “l'ingerenza in questione” era prevista dall'art. 3 della legge n. 458 del 1988. Esso diventa, invece, la pietra angolare del ragionamento seguito dalla Corte nelle due sentenze del 30 maggio 2000 per affermare la violazione del diritto di proprietà.

In tali sentenze la Corte, muovendo, come di consueto, dall'applicazione della normativa al caso concreto sottoposto al suo giudizio, risale all'esame generale dell'istituto, il quale risulta essere una causa di violazione “strutturale” o “permanente” dell'art. 1 del primo Protocollo; la Corte, cioè, considera che la sua applicazione non può non determinare, in maniera sistematica, violazioni del diritto di proprietà.

Nel caso *Carbonara* e *Ventura* i ricorrenti erano stati privati del loro terreno sulla base di un provvedimento del Prefetto di Bari del 27 maggio 1970 che autorizzava il Comune di Noicattaro a procedere all'occupazione d'urgenza del terreno per un periodo massimo di due anni, in vista del loro esproprio, per la costruzione di una scuola. Questa era completata il 28 ottobre 1972, dopo la scadenza dei due anni e senza che fosse intervenuto il decreto di espropriazione. I ricorrenti attendevano inutilmente sia il decreto che l'indennità di espropriazione, finché il 3 maggio 1980 promuovevano un'azione di risarcimento danni contro il Comune di Noicattaro. Giunti in Cassazione, quest'ultima, con una sentenza del 26 novembre 1993, respingeva la domanda poiché il diritto al risarcimento era prescritto, essendo trascorsi più di cinque anni dal completamento dell'opera pubblica.

Nell'altro ricorso deciso dalla Corte la società Belvedere Alberghiera, proprietaria di un albergo situato a Monte Argentario e di un terreno che consentiva ai clienti di accedere direttamente al mare, era stata privata di tale terreno a seguito dell'approvazione, da parte del Comune di Monte Argentario, di un progetto di costruzione di una strada sullo stesso terreno e di un decreto del 25 maggio 1987 del sindaco del Comune, che ne ordinava l'occupazione d'urgenza. Il TAR Toscana, al quale la Società Belvedere aveva presentato ricorso, con sentenza del 2 dicembre 1987 aveva annullato la suddetta decisione del Comune

marginale alle sentenze nei casi Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera SRL, in *RIDU*, 2002, p. 292 ss.

di Monte Argentario, nonché tutti gli atti successivi. Tuttavia la ricorrente non aveva potuto ottenere la restituzione del terreno e la *restituito in integrum*. Sia il TAR Toscana che il Consiglio di Stato (quest'ultimo con sentenza del 7 febbraio 1996), pronunciandosi nel giudizio di ottemperanza intrapreso dalla Belvedere Alberghiera, avevano affermato che, al momento della sentenza di annullamento degli atti amministrativi (2 dicembre 1987), la stessa Belvedere aveva già perso la proprietà del terreno, poiché il 7 agosto precedente i lavori di costruzione della strada erano terminati provocando una irreversibile trasformazione del bene e il conseguente acquisto di proprietà in capo al Comune di Monte Argentario, in virtù dell'occupazione acquisitiva. Dalla stessa data decorreva il termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni.

Abbiamo brevemente descritto i due casi decisi il 30 maggio 2000 perché essi mettono in luce in maniera eloquente i risultati nefasti, circa la tutela del diritto di proprietà, ai quali l'istituto dell'occupazione acquisitiva è suscettibile di condurre.

5. Nelle due sentenze del 30 maggio 2000 la Corte europea svolge, anzitutto, un attento esame degli sviluppi, giurisprudenziali e legislativi, concernenti l'istituto dell'occupazione acquisitiva, muovendo dalla giurisprudenza anteriore alla ricordata sentenza della Cassazione n. 1464 del 1983, soffermandosi particolarmente su tale sentenza e analizzando i successivi contributi dati dalla giurisprudenza.

In merito a questi ultimi la Corte prende atto che, sia nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che in quella della Corte di cassazione, emergono delle eccezioni all'applicazione dell'occupazione acquisitiva¹⁸: essa, infatti, non si verifica – e nessun acquisto di proprietà ha luogo – quando la dichiarazione di pubblica utilità o il decreto di occupazione d'urgenza siano stati annullati. Viene così a delinearsi una figura, che invero la più recente giurisprudenza italiana¹⁹ tiene ben distinta dalla occupazione acquisitiva, di occupazione “usurpativa” quando sia invalida (o sia assente del tutto) la dichiarazione di pubblica utilità. In essa manca qualsiasi valido accertamento in ordine all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera; l'occupazione usurpativa è inidonea a produrre l'acquisto della proprietà del terreno in capo alla pubblica amministrazione e consente, pertanto, al privato di domandare la restituzione del bene, pur potendo, in alternativa, chiedere il risarcimento dei danni. Si tratta di un'ipotesi la cui autonomia, rispetto all'occupazione acquisitiva, trova un'autorevole conferma nella pronuncia della Corte costituzionale del 30 aprile 1999 n. 148²⁰ e in quella del 4 feb-

¹⁸ Si vedano i paragrafi 28-32 della sentenza *Belvedere Alberghiera* e i paragrafi 27-31 della sentenza *Carbonara e Ventura*. Sugli sviluppi della giurisprudenza di merito cfr. M. ROBLES, *Il giudice nazionale, la Corte di Strasburgo ed il tormentato «dialogo» sulla proprietà*, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 303 ss.

¹⁹ Cfr., per riferimenti, F. BUONOMO, *op. cit.*, p. 155 ss.

²⁰ Pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 1999, p. 697 ss., con commento di V. CARBONE.

braio 2000 n. 24²¹, nelle quali si afferma l'inapplicabilità dell'occupazione acquisitiva quando manchi o sia annullata la dichiarazione di pubblica utilità.

Circa il *quantum* dovuto al titolare del terreno, la Corte rileva un'evoluzione legislativa peggiorativa, rispetto al quadro risultante dalla sentenza della Cassazione n. 1464 del 1983. Infatti, mentre quest'ultima aveva riconosciuto un diritto al risarcimento del valore integrale del bene, l'art. 5 *bis* del decreto legge dell'11 luglio 1992 n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992 n. 359 (legge finanziaria del 1992), aveva stabilito che la somma dovuta al proprietario corrispondesse all'indennità prevista per il caso di espropriazione legittima. A seguito di declaratoria di incostituzionalità di tale disposizione²², l'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996 n. 662 (legge finanziaria del 1996) aveva elevato il calcolo dell'importo dovuto, rispetto all'indennità per espropriazione formale, ma utilizzando, comunque, i medesimi parametri previsti per quest'ultima; esso non garantiva, pertanto, un risarcimento pari al valore venale del fondo (né comprensivo di tutti i possibili danni subiti dal proprietario), ma solo un'elevazione, rispetto all'ipotesi di espropriazione formale, di non oltre il 10%.

6. Come si è accennato, nella valutazione espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sentenze in esame domina il principio di legalità (o della preminenza del diritto). Esso emerge non solo dall'art. 1 del primo Protocollo, ma più in generale – come la Corte ha avuto modo di sottolineare²³ – è uno dei principi fondamentali di una società democratica, immanente al complesso degli articoli della Convenzione europea e implica, in particolare, il dovere dello Stato o di una pubblica amministrazione di conformarsi a una decisione giudiziaria resa nei loro confronti. La centralità del principio di legalità nel sistema della Convenzione di Roma emerge, invero, sin dal suo preambolo, nel quale la preminenza del diritto è enunciata tra gli elementi che costituiscono il patrimonio comune degli Stati europei. Tale principio appare espressione della connotazione dello Stato moderno quale Stato di diritto, la cui condotta è subordinata alla legge.

Il ruolo fondamentale del principio di legalità comporta che le ingerenze della pubblica autorità nel diritto di proprietà debbano essere valutate anzitutto sotto il profilo del rispetto di tale principio. Solo dopo avere accertato il rispetto del principio di legalità la Corte può procedere a verificare se sia stato salvaguardato il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale, che giustificano la privazione della proprietà, e la tutela del diritto alla proprietà del privato²⁴.

²¹ In *Giust. civ.*, 2000, I, p. 965 ss.

²² Sentenza della Corte costituzionale del 2 novembre 1996 n. 369, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1342 ss., con commento di V. CARBONE.

²³ Tra le altre, cfr. la sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, par. 50, la sentenza del 25 marzo 1999, *Iatridis c. Grecia*, par. 58, e la sentenza del 28 ottobre 1999, *Brumărescu c. Romania*, par. 61.

²⁴ Si veda ancora la citata sentenza nell'affare *Iatridis*, par. 58, e la sentenza del 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, par. 107, pubblicata anche in *RDI*, 2000, p. 821 ss., con nota di M. L. PADELLETTI,

Questo modo di procedere, seguendo una successione nell'ordine delle questioni da esaminare, sembra rivelare una precisa volontà della Corte di dare un giudizio sull'istituto stesso dell'occupazione acquisitiva, al di là dei casi concreti ad essa sottoposti. Ciò emerge specialmente dall'affare *Carbonara e Ventura*, nel quale sarebbe stato agevole, per affermare la violazione del diritto di proprietà, constatare la rottura del giusto equilibrio tra l'interesse generale e il diritto del privato, rottura che risultava in maniera quanto mai evidente dalla circostanza che i ricorrenti, a causa del computo dei cinque anni di prescrizione dal momento del completamento dell'opera pubblica, non avevano ricevuto alcunché!

Il principio di legalità, con particolare riguardo all'espropriazione, riveste un duplice ruolo. Esso implica, in primo luogo, l'esistenza di una disciplina normativa della espropriazione; in secondo luogo, che l'autorità pubblica sia subordinata alla legge e che, di conseguenza, la sua azione sia conforme alla legge.

Sotto il primo profilo la Corte europea, nelle due sentenze in oggetto, evoca anzitutto il problema, che peraltro non ritiene utile esaminare *in abstracto*, se, in un sistema giuridico di tipo continentale (cioè di *civil law*), un istituto di origine giurisprudenziale, qual è l'espropriazione "indiretta", sia assimilabile alla "legge". La Corte sottolinea, piuttosto, che il principio di legalità non può dirsi soddisfatto per la mera esistenza di una legge. Occorre che sia anche garantita la "qualità" della legge (come espressamente la Corte dirà in successive sentenze), cioè che essa sia sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nei suoi risultati²⁵. Pare evidente che, sotteso a queste qualità, vi sia il principio di certezza del diritto. Esso, da un lato, si oppone a che la legge lasci alla pubblica amministrazione una discrezionalità così ampia da rendere imprevedibile il suo comportamento; dall'altro, deve garantire al privato sicurezza dei suoi diritti, dei mezzi e dei termini per tutelarli, delle conseguenze giuridiche sulla propria sfera patrimoniale derivanti dalla condotta, propria e della pubblica autorità.

Nell'affare *Carbonara e Ventura* la Corte ha dichiarato che il principio di legalità, sotto il profilo in considerazione, è stato violato per il fatto che la situazione in cui si sono trovati i ricorrenti non era prevedibile: solo con la sentenza definitiva della Corte di cassazione del 26 novembre 1993, infatti, essi hanno saputo di essere stati privati della loro proprietà a partire dal 28 ottobre 1972 (momento di completamento dell'opera pubblica) e, con la stessa sentenza, che il proprio diritto al risarcimento era ormai prescritto. Su un piano più generale, concernente cioè l'istituto stesso della occupazione acquisitiva, l'imprevedibilità della disciplina normativa è confermata dalla osservazione degli sviluppi della giurisprudenza italiana, la quale è pervenuta ad applicazioni contraddittorie, così potendo condurre a risultati imprevedibili o arbitrari e privando gli interessati di

Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, p. 781 ss.; nonché le sentenze *Carbonara e Ventura*, par. 63, e *Belvedere*, par. 56.

²⁵ Cfr. le sentenze *Carbonara e Ventura*, par. 64, e *Belvedere*, par. 57, nonché, in precedenza, la sentenza dell'8 luglio 1986, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, par. 110, e la sentenza del 22 settembre 1994, *Hentrich c. Francia*, par. 42.

una efficace protezione dei propri diritti; nonché dalla considerazione che, in ogni caso, un principio giurisprudenziale non vincola gli altri giudici.

Più succinta, sul punto, è la sentenza relativa all'affare *Belvedere*. Anche in questa, peraltro, la Corte ha cura di ribadire che gli ondeggiamenti della giurisprudenza si sono risolti in applicazioni contraddittorie, il che potrebbe condurre a un risultato imprevedibile o arbitrario e privare gli interessati di una protezione efficace dei propri diritti e, di conseguenza, sarebbe incompatibile con il principio di legalità.

Il secondo, non meno importante, profilo del principio di legalità consiste – come si è osservato – nella subordinazione della pubblica autorità al rispetto della legge. Al riguardo, premesso che l'occupazione acquisitiva ha luogo sempre a seguito di una occupazione di un terreno di natura illegale (sin dall'origine o in un momento successivo, per scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto essere emanato il provvedimento ablatorio), la Corte esprime delle riserve sulla compatibilità con il principio di legalità di un meccanismo che, in maniera generale, permette alla pubblica amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale e per effetto del quale l'individuo si trova davanti al *fait accompli*²⁶.

Nell'affare *Carbonara* e *Ventura* la Corte sottolinea che proprio tale beneficio ha ricavato la pubblica amministrazione, data anche la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni. Nell'affare *Belvedere* clamorosa è la circostanza che il TAR avesse annullato *ex tunc* le decisioni della pubblica amministrazione perché illegittime e per assenza di interesse pubblico e che, tuttavia, ciò non abbia condotto alla restituzione del terreno, avendo il Consiglio di Stato dichiarato che l'acquisto di proprietà a favore dell'amministrazione era irreversibile. In entrambi i casi, pertanto, l'ingerenza della pubblica amministrazione, avendo violato la legge, determinava altresì una violazione dell'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La ferma condanna espressa dalla Corte, muovendo dai casi concreti sottoposti dai ricorrenti, si riflette – come si è osservato – sull'istituto dell'occupazione acquisitiva, visto, per un verso, come inidoneo a configurare la “legge”, con i suoi caratteri di accessibilità, precisione e garanzia di prevedibilità; per altro verso, come una violazione del principio della subordinazione della pubblica autorità alla regola del diritto.

Sotto quest'ultimo profilo appare eloquente la circostanza che la Corte, a differenza della sentenza nell'affare *Zubani*, nelle due sentenze del 30 maggio 2000 neppure menzioni la legge n. 458/1988. Dalla completa omissione di tale legge sembra ricavarsi che anche una normativa *scritta*, la quale consentisse all'amministrazione di appropriarsi di beni illegittimamente occupati, non sarebbe idonea a soddisfare l'esigenza di legalità prescritta dall'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione. In altri termini ciò che per la Corte europea è inaccettabile è che *ex iniuria ius oritur*.

²⁶ Sentenze *Carbonara* e *Ventura*, par. 66, e *Belvedere*, par. 59.

7. La successiva giurisprudenza europea si intreccia con l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale italiana, della quale la Corte di Strasburgo tiene debitamente conto confermando, peraltro, la sua "condanna" dell'occupazione acquisitiva.

Tale giurisprudenza può dividersi in due gruppi di sentenze. Un primo, del maggio e luglio 2005²⁷, precisa le considerazioni contenute nelle sentenze *Carbonara e Ventura* e *Belvedere*, ma dedica un maggiore approfondimento all'esame della legislazione italiana. Un secondo, nutrito gruppo di sentenze, dall'ottobre 2005 in poi, conferma le conclusioni della propria giurisprudenza alla luce della pur importante decisione del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005 n. 2 (che esamineremo in seguito).

Iniziando dalle sentenze del maggio e luglio 2005, esse – come si è detto – mostrano un'attenzione molto maggiore delle precedenti agli sviluppi legislativi. A ciò, probabilmente, la Corte europea è spinta anche dalla difesa del Governo italiano. Questo, pur sostenendo che il principio della espropriazione indiretta deve essere considerato come "previsto dalla legge", sebbene sia stato elaborato dalla giurisprudenza in uno Stato di *civil law* e non di *common law* (sicché dalla sentenza n. 1464 del 1983 della Corte di cassazione esso è appartenente al diritto positivo), rileva che l'istituto, inoltre, è riconosciuto dalla legge n. 458 del 1988 e dalla legge finanziaria n. 662 del 1996, nonché – aggiunge il Governo, in un caso²⁸ – dal Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità del 2001.

La Corte di Strasburgo dà atto che la Corte di cassazione, in particolare nella sentenza a sezioni unite n. 5902 del 14 aprile 2003²⁹, ha confermato che va esclusa dall'occupazione acquisitiva l'ipotesi ("usurpativa") di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, originaria o dovuta ad annullamento dell'atto che la conteneva; nel qual caso è consentita "la reintegrazione in forma specifica (restituzione) e, qualora il proprietario vi rinunci (anche per implicito), il risarcimento integrale, senza che possa eccepirsi la prescrizione trattandosi d'illecito a carattere permanente". Rileva, altresì, che la Corte di cassazione, alla luce della giurisprudenza e degli interventi legislativi, ha dichiarato che "la disciplina dell'occupazione appropriativa risulta ormai basata su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili, ancorate a norme giuridiche che [...] hanno recepito (confermandoli) principi enunciati dalla giurisprudenza, che può dirsi costante" e che assicurano al privato un "risarcimento ragionevole". La Corte europea non manca di tenere conto anche del citato Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, approvato con D.P.R. dell'8 giugno 2001 n. 327 (modificato con

²⁷ Sentenze del 17 maggio 2005 negli affari *Pasculli e Scordino* (n. 3), del 19 maggio 2005 nell'affare *Acciardi e Campagna*, del 15 luglio 2005 negli affari *Donati, La Rosa e Alba, Carletta, Colacrai*.

²⁸ Si tratta dell'affare *Donati* (cfr. la sentenza del 15 luglio 2005, par. 80).

²⁹ In *Corr. giur.*, 2003, p. 741 ss., con nota di G. DE MARZO, "Molto rumore per nulla?" *Le Sezioni Unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 744 ss.

decreto legislativo del 27 dicembre 2002 n. 302), in vigore dal 30 giugno 2003 (e, pertanto, non applicabile ai casi sottoposti alla stessa Corte europea).

Le conclusioni negative sull'occupazione acquisitiva sono peraltro nettamente ribadite e suonano come una condanna inappellabile di tale istituto. È sempre il principio di legalità che conduce la Corte a tali conclusioni. Essa, infatti, ribadisce che non è utile esaminare se il ruolo che un principio giurisprudenziale occupa in un sistema di diritto continentale è assimilabile a quello proprio delle disposizioni legislative, poiché ciò che conta è che la legge risponda ai criteri di prevedibilità, accessibilità e precisione. In altri termini, il principio di legalità non implica semplicemente l'esistenza di una normativa, ma richiede una valutazione della "qualità" della legge³⁰. E, sotto questo profilo, la Corte osserva che permangono contraddizioni nella giurisprudenza e tra la giurisprudenza e la legislazione. Clamoroso è il contrasto tra la posizione della Corte di cassazione, la quale – come si è rilevato – esclude l'acquisto di proprietà del terreno da parte della pubblica amministrazione in caso di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, e il citato Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità del 2001. Quest'ultimo, all'art. 43³¹, nella medesima ipotesi consente, invece, al giudice (ma, come vedremo, anche alla pubblica amministrazione) di negare la restituzione del terreno, che è acquisito dall'ente pubblico, limitandosi a disporre il risarcimento del danno a favore del titolare del terreno.

La Corte, con riguardo alla "qualità" della legge, sottolinea che l'espropriazione indiretta determina l'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione senza un atto formale di espropriazione³². Di conseguenza il proprietario del fondo ha la certezza di ... non essere più tale soltanto quando il giudice – su domanda dell'interessato – dichiara l'esistenza di un illecito della pubblica amministrazione e, simultaneamente, la irreversibile realizzazione dell'opera pubblica, con conseguente privazione *ex tunc* del bene. La conclusione è che il meccanismo in esame non è in grado di assicurare un grado sufficiente di sicurezza giuridica³³.

Sempre sulla scia delle due sentenze del 30 maggio 2000, la giurisprudenza considerata riafferma, inoltre, che il meccanismo dell'occupazione acquisitiva non è idoneo a garantire il rispetto della legge da parte della pubblica amministrazione. Esso infatti, consentendo a quest'ultima di appropriarsi di un terreno senza contestuale versamento di un'indennità (che, per l'operare della prescrizione, potrebbe anche non pagare più) e obbligandola, al peggio, al pagamento di un importo di solo il 10% superiore alla indennità prevista per l'espropria-

³⁰ Cfr., a titolo di esempio, la sentenza del 17 maggio 2005 nell'affare *Pasculli*, par. 84.

³¹ Sul quale cfr. oltre, par. 8 ss.

³² Come vedremo (par. 9), ben diversa è la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato alla luce dell'art. 43 del Testo unico sulla espropriazione per pubblica utilità.

³³ Cfr. ancora la sentenza nell'affare *Pasculli*, par. 90.

ne formale, non scoraggia certo l'amministrazione dal ricorrere a procedimenti illegali, dai quali può trarre vantaggio³⁴.

8. Come si è notato, la Corte europea nelle sentenze esaminate non annette particolare rilievo al Testo unico sulla espropriazione per pubblica utilità del 2001, se non per trarne conferma delle contraddizioni presenti nella disciplina italiana relativa alla espropriazione indiretta. Esso, in particolare l'art. 43, acquista invece un ruolo essenziale, ai fini del tentativo di superare le censure della Corte europea, nella decisione del Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, del 29 aprile 2005 n. 2³⁵.

Il citato art. 43 del Testo unico del 2001 (che abroga la precedente disciplina) contempla espressamente l'ipotesi di "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico". Esso dispone che l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, valutati gli interessi in conflitto, può disporre che tale bene vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (1° comma).

A questo fine la pubblica amministrazione emana un atto di acquisizione (2° comma), il quale – ha rilevato il Consiglio di Stato – assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio. Tale atto può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio (2° comma, lett. a); esso, quindi, copre qualsiasi ipotesi di occupazione illegittima, rendendo sostanzialmente irrilevante la distinzione – che si era consolidata nella giurisprudenza – tra occupazione acquisitiva (caratterizzata dalla presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità) e occupazione usurpativa (priva di tale dichiarazione o conseguente ad una dichiarazione di pubblica utilità annullata), inidonea a determinare l'acquisto di proprietà. Grazie alla nuova disciplina, pertanto, tale acquisto richiede sempre un formale provvedimento della pubblica amministrazione; ma questo è adottabile anche rispetto alla occupazione usurpativa, che precludeva l'acquisto della proprietà del terreno e comportava il diritto del suo proprietario alla restituzione.

Si noti, peraltro, che l'atto di acquisizione può essere emanato solo dopo avere valutato gli interessi in conflitto. Tale condizione è particolarmente valorizzata nella decisione del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005. Essa dichiara,

³⁴ Sentenza *Pasculli*, par. 92.

³⁵ In *DG*, n. 26, 2 luglio 2005, p. 49 ss., con nota di M. ALESIO, *Le ultime ore dell'accessione invertita. Piena adesione alle tesi di Strasburgo*, p. 44 ss. Sull'art. 43 del Testo unico del 2001 vedi, di recente, anche per ulteriori indicazioni, F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata. I nuovi confini dell'espropriazione per pubblica utilità alla luce del Testo unico*, Milano, 2005, p. 261 ss.; R. CONTI, *Conseguenze della utilizzazione di un bene per scopi di interesse pubblico, in assenza del valido provvedimento ablatorio*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo Testo unico. Commentario*, Milano, 2005, II ed., p. 455 ss.

infatti, che la valutazione dell'amministrazione non può limitarsi alla pubblica utilità dell'opera realizzata, ma deve accertare la “*particolare* rilevanza dell'interesse pubblico posta a raffronto con l'interesse del privato”, tenendo conto che “il potere acquisitivo in parola – avente, in qualche misura, valore ‘sanante’ dell'illegittimità della procedura espropriativa [...] – ha natura ‘eccezionale’ e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria”. Il provvedimento di acquisizione, dunque, richiede una rigorosa valutazione degli interessi in conflitto e, pertanto, una motivazione particolarmente esaustiva sul punto e implica un ancor più stringente sindacato giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 43, 2° comma, lett. e), il provvedimento acquisitivo comporta il passaggio del diritto di proprietà. Esso è, dunque, l'unico titolo idoneo a costituire il diritto di proprietà in capo all'amministrazione, mentre, a tal fine, è irrilevante il *fatto* della realizzazione dell'opera pubblica, che resta un mero fatto, privo di conseguenze giuridiche sull'acquisto della proprietà. Pertanto, in assenza di un provvedimento di acquisizione *ex art. 43*, l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva che impedisce la restituzione del terreno al suo proprietario.

Si noti ancora che l'acquisto della proprietà in capo all'autorità, derivando solo dalla emanazione di un legittimo provvedimento, ha effetti *ex nunc*, escludendo qualsiasi efficacia retroattiva dal momento della irreversibile trasformazione del bene, nonché i connessi, gravi pregiudizi per l'interessato derivanti dal decorso del termine di prescrizione.

Il provvedimento di acquisizione determina anche la misura del risarcimento (disponendone il pagamento entro trenta giorni), da intendersi – sottolinea il Consiglio di Stato – quale ristoro integrale del danno, come risulta dall'inciso “senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta” (2° comma, lett. c) ed appare confermato dal 6° comma, che stabilisce analiticamente come va calcolato il risarcimento del danno e aggiunge che vanno computati gli interessi moratori a decorrere dal giorno di occupazione senza titolo del terreno.

Va sottolineato che l'art. 43, 3° comma, prevede che anche nel corso di un processo, instaurato dall'interessato per l'annullamento di un provvedimento del procedimento espropriativo (quale la dichiarazione di pubblica utilità o il decreto di espropriazione) o per la restituzione del bene, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, ma escluda la restituzione del bene senza limiti di tempo. Se il giudice accoglie tale richiesta, l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area deve pur sempre emanare l'atto di acquisizione, nel quale dà atto dell'avvenuto risarcimento del danno (4° comma). Il pagamento del risarcimento sembra quindi una condizione indispensabile per l'emissione del provvedimento di acquisizione.

9. Il nuovo tipo di acquisizione “sanante”, contemplata dall'art. 43 del Testo unico del 2001, secondo il Consiglio di Stato dovrebbe garantire il rispetto dei

principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (oltre che quelli costituzionali).

In primo luogo l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge ed *ex nunc*, cioè dalla emanazione di tale provvedimento, non più retroattivamente dal momento della definitiva trasformazione del terreno per un interesse pubblico. Ciò comporterebbe che siano rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto. Inoltre l'esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione è limitato da particolari cautele, che rendono eccezionale il potere acquisito e che implicano un rigoroso controllo giurisdizionale circa il raffronto nella valutazione dell'interesse pubblico e di quello del privato. Anche il risarcimento del danno è assicurato (non essendovi più il rischio di una prescrizione del relativo diritto, decorrente *ex tunc*) e si tratta di un risarcimento integrale. Infine il diritto alla restituzione del bene – in assenza di un provvedimento di acquisizione – non può essere impedito, salvo che lo stesso privato rinunci alla restituzione. Anche quest'ultimo aspetto della nuova disciplina sarebbe idoneo a soddisfare le esigenze rappresentate dalla Corte europea, la quale nell'affare *Belvedere*, sia nella sentenza di merito del 30 maggio 2000³⁶, sia in quella sull'equa soddisfazione del 30 ottobre 2003³⁷, ha sottolineato che lo Stato giudicato responsabile della violazione dell'art. 1 del primo Protocollo avrebbe dovuto effettuare una *restituito in integrum*, mediante, appunto, la restituzione al proprietario del terreno illecitamente acquisito.

10. A noi pare che il dato più sicuro risultante dall'art. 43 del Testo unico del 2001, specialmente alla luce della autorevole interpretazione del Consiglio di Stato, è che – contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di cassazione nella citata sentenza n. 5902 del 2003 – tale disposizione non conferma affatto l'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma determina la sua “abrogazione”. Se la via stabilita dall'art. 43 è l'unica percorribile in caso di occupazione illegittima di un terreno è evidente, infatti, che la sua trasformazione irreversibile non produce più l'acquisto della proprietà in capo alla pubblica amministrazione, ma – come sottolinea il Consiglio di Stato – è e resta un mero fatto. La proprietà può essere acquisita soltanto mediante un provvedimento formale dell'autorità, rigorosamente motivato circa i rapporti tra l'interesse pubblico e il diritto del privato proprietario. E l'acquisto della proprietà – a differenza dell'istituto pretorio – si determina solo dal momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione, non più da quello della definitiva trasformazione del terreno con destinazione ad una pubblica utilità³⁸.

³⁶ Cfr. par. 69.

³⁷ Cfr. par. 33.

³⁸ Peraltro l'art. 43 appare suscettibile di più ampia applicazione rispetto all'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva; mentre in quest'ultima si richiede una irreversibile trasformazione del terreno, l'art. 43, 1° comma, si limita a richiedere che il bene sia stato “modificato” (in questo senso cfr. F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizio-*

Si noti, del resto, che già nel parere n. 4/2001 del 29 marzo 2001 sullo schema del Testo unico, il Consiglio di Stato (adunanza generale) aveva espresso l'opinione che l'art. 43 mirava ad eliminare la figura dell'occupazione appropriativa³⁹.

Alla luce di queste osservazioni sembra, quindi, che la serrata e “implacabile” giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia prodotto il risultato di espungere dall'ordinamento italiano un istituto che rappresentava una “causa strutturale” di violazioni del diritto di proprietà.

11. Malgrado ciò, la nuova disciplina introdotta dall'art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni non appare idonea ad assicurare il rispetto dell'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione europea.

Certo, essa – specie alla luce della decisione n. 2/2005 del Consiglio di Stato – presenta significativi progressi nella tutela dei diritti del privato. Vi è, infatti, un provvedimento formale, il quale può eliminare l'incertezza circa l'*an* e il *quando* del passaggio di proprietà dal privato alla pubblica autorità. L'efficacia *ex nunc* del provvedimento esclude, inoltre, il rischio che il privato apprenda soltanto da una sentenza di avere perso (retroattivamente) la proprietà del suo terreno, nonché l'operare “perverso” della prescrizione *ex tunc* del diritto al risarcimento.

Vi sono tuttavia, nella regolamentazione dell'art. 43 del Testo unico del 2001, degli aspetti che appaiono incompatibili con il principio di legalità, quale enunciato dalla Corte di Strasburgo.

Riguardo ai requisiti di precisione, accessibilità e prevedibilità richiesti affinché la privazione di proprietà possa dirsi prevista dalla legge, non può negarsi che permanga una seria incertezza. Basti considerare che la Corte di cassazione ascrive l'art. 43 alle conferme legislative dell'istituto dell'occupazione appropriativa⁴⁰, negando così quelle che, anche alla luce della decisione n. 2/2005 del Consiglio di Stato, appaiono le profonde novità introdotte da tale disposizione. Non potrebbe escludersi, pertanto, che il proprietario del fondo illegittimamente occupato si veda confermare la perdita della proprietà *ex tunc* in nome di una “particolare” interpretazione dell'art. 43 (la quale, per esempio, ravvisi nel provvedimento formale previsto da tale norma solo una via “alternativa” rispetto all'appropriazione fondata sul fatto dell'avvenuta trasformazione del bene).

Sotto un profilo, anzi, l'incertezza sembra accresciuta per l'applicabilità dell'art. 43 anche all'occupazione usurpativa, in assenza, cioè, di una dichiarazione di pubblica utilità o in caso di suo annullamento. Come si è rilevato, il 2° comma, lett. a), prevede che l'atto di acquisizione possa essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di

ne di immobili utilizzati sine titulo, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2001, I, p. 531 ss., in specie p. 534 s.).

³⁹ Cfr. R. CONTI, *op. cit.*, p. 475 ss.

⁴⁰ Si ricordi la sentenza del 14 aprile 2003 n. 5902, citata alla nota 29.

un'opera. Pertanto, mentre alla luce della configurazione pretoria dell'occupazione appropriativa l'interessato era *certo*, in tale ipotesi, di non perdere la proprietà, ora egli è esposto alla eventualità, per lui non prevedibile, di subire un provvedimento di acquisizione anche in questo caso.

Un ulteriore elemento di incertezza deriva dai commi 3° e 4°, i quali, in caso di ricorso *fondato* per l'annullamento di atti del procedimento espropriativo, ovvero di domanda *fondata* di restituzione del terreno (sul presupposto – è da ritenere – di occupazione senza titolo o a seguito di annullamento di atti del procedimento espropriativo), consentono alla pubblica amministrazione di chiedere l'esclusione della restituzione del terreno e di appropriarsi dello stesso emanando un formale provvedimento a tale scopo⁴¹. In questa ipotesi per il proprietario non vi è la "fisiologica" incertezza sull'esito della propria azione giudiziaria, ma un'incertezza sul risultato di una causa ... destinata ad essere vinta, perché fondata giuridicamente, ma il cui risultato pratico (la restituzione del bene) resta nelle mani dell'amministrazione. Si aggiunga che non è azzardato prevedere che solo a seguito di un'azione giudiziaria del privato contro la pubblica amministrazione quest'ultima emanerà un formale provvedimento di acquisizione, provvedendo al risarcimento dei danni; è da ritenere, infatti, che se l'amministrazione non avesse bisogno di essere sollecitata dall'iniziativa del privato essa seguirebbe direttamente un "regolare" procedimento di espropriazione.

Permane il rischio, inoltre, di violazione dell'altro fondamentale profilo del principio di legalità consistente nella esigenza che l'azione della pubblica amministrazione sia subordinata al rispetto della legge. Come si è visto, infatti, l'art. 43, nel caso di assenza e persino di annullamento di atti del procedimento espropriativo (compreso lo stesso decreto di esproprio) consente egualmente alla pubblica amministrazione di appropriarsi del bene, così sottraendosi al rispetto della legge e dello stesso giudicato. È vero che essa può operare in questo modo in base alla legge (cioè lo stesso art. 43); ma sembra fondato ritenere – alla luce della giurisprudenza della Corte europea – che una legge che permetta di sottrarsi alla *rule of law*, quale accertata e applicata dal giudice, non abbia le qualità necessarie per garantire la preminenza del diritto.

Osservazioni analoghe possono farsi con riferimento ai ricordati commi 3° e 4° dell'art. 43. La possibilità che l'amministrazione chieda, e il giudice disponga, che il terreno non sia restituito al suo proprietario mette ancora in evidenza il rischio che l'amministrazione e persino il giudice si sottraggano alla preminenza del diritto. Ciò appare in contraddizione con le prescrizioni della Corte europea, la quale – come si è ricordato – ha affermato che la migliore forma di riparazione è la restituzione del terreno e che solo in mancanza può ammettersi un risarcimento (pieno e integrale) dei danni⁴². Anche il Consiglio di Stato, nella citata decisione

⁴¹ Cfr. G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 746.

⁴² Oltre alle sentenze nell'affare *Belvedere Alberghiera* alle quali si riferiscono le note 36 e 37, possono ricordarsi la sentenza del 22 settembre 1994, *Hentrich c. Francia*, par. 71, la sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos c. Grecia* (equa soddisfazione), par. 38, pubblicata in *RDI*,

del 29 aprile 2005 n. 2, richiamando espressamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha dichiarato che, in assenza del provvedimento di acquisizione *ex art. 43*, “in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell’opera pubblica, [...] l’amministrazione non può addurre l’intervenuta realizzazione dell’opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione”.

Il nuovo istituto, consentendo alla pubblica amministrazione di “sanare” il proprio illecito, non si sottrae – al pari dell’occupazione appropriativa di origine pretoria – all’accusa di non scoraggiare l’amministrazione stessa a ricorrere a procedimenti o mezzi illegali. Più in generale, è stato osservato in dottrina che esso “denota un permanente atteggiamento di indulgenza nei riguardi delle ‘disfunzioni’ amministrative, al quale non si può non guardare con disfavore: esso incentiva le condotte lassiste dei pubblici poteri, autorizzandoli – se non addirittura invogliandoli – ad omettere, anche preordinatamente, la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio”⁴³. Tali “disfunzioni”, da un lato, possono implicare l’eliminazione di quelle garanzie del privato proprie del procedimento formale di espropriazione, che non sono presenti nella “acquisizione sanante”; dall’altro, e per converso, possono favorire forme di collusione tra l’amministrazione e il privato, al quale, in certi casi, può risultare più vantaggioso il risarcimento del danno in luogo dell’indennità di esproprio. Le valutazioni negative sul nuovo istituto creato dall’art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni trovano un riscontro negli sviluppi della giurisprudenza della Corte europea. Questa – dopo le sentenze dell’estate 2005, nelle quali non aveva mostrato di conoscere la decisione del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005 n. 2 – ha emanato circa una trentina di sentenze dall’ottobre dello stesso anno⁴⁴, nelle quali, pur tenendo conto di tale decisione, è pervenuta egualmente all’affermazione della violazione dell’art. 1 del primo Protocollo.

La Corte europea, invero, mostra di apprezzare la decisione del Consiglio di Stato, anche se non sembra valorizzare un punto essenziale di tale decisione, cioè la necessità di un atto formale dell’amministrazione ai fini dell’acquisto

1997, p. 210 ss., con nota di P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, p. 152 ss., la sentenza del 23 gennaio 2001, *Brumărescu c. Romania* (equa soddisfazione), par. 19, e le numerose sentenze emanate contro la Romania sulla falsariga della sentenza *Brumărescu* (merito) del 28 ottobre 1999, quali la sentenza del 1° ottobre 2002, *Baragan*, par. 44, e la sentenza del 22 dicembre 2004, *Androne*, par. 68.

⁴³ Cfr. F. G. COCA, S. TARULLO, *op. cit.*, p. 551.

⁴⁴ Si vedano le sentenze dell’11 ottobre 2005 negli affari *La Rosa e Alba* (n. 1), *Chirò e altri* (n. 1), *Chirò e altri* (n. 2), *Dora Chirò, Chirò e altri* (n. 4), *Chirò e altri* (n. 5), le sentenze del 13 ottobre 2005 negli affari *La Rosa e Alba* (n. 4), *Colacrai* (n. 1), *Colazzo, Fiore, Maselli, Serrao, De Pascale, Binotti* (n. 2), le sentenze del 15 novembre 2005 negli affari *Lanteri, La Rosa e Alba* (n. 3), *Gravina, Domìnici*, del 17 novembre 2005 negli affari *Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero, La Rosa e Alba* (n. 7), *Binotti* (n. 1), *Pia Gloria Serrilli e altri*, del 6 dicembre 2005 negli affari *Serrilli, Capone*, dell’8 dicembre 2005 nell’affare *Guiso-Gallisay*, del 15 dicembre 2005 negli affari *Giacobbe e altri, Di Cola, Scozzari e altri*, del 12 gennaio 2006 nell’affare *Sciarrotta e altri* e del 2 febbraio 2006 nell’affare *Genovese e altri*.

della proprietà del terreno. La Corte richiama così più volte la citata decisione a conforto della propria tesi circa lo stato di incertezza giuridica e – come si è rilevato – per riaffermare la contraddizione esistente tra l’indirizzo giurisprudenziale, che nega l’applicazione dell’istituto nell’ipotesi di appropriazione usurpativa, e l’art. 43, il quale permette anche in questo caso l’emanazione di un atto di acquisizione.

“Dans tous les cas” – conclude la Corte europea – “l’expropriation indirecte tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l’administration, à régler les conséquences pour le particulier et pour l’administration, à bénéficier de celle-ci. Que ce soit en vertu d’un principe jurisprudentiel ou d’un texte de loi comme l’article 43 du Répertoire, l’expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme”⁴⁵.

12. La giurisprudenza della Corte europea, in conclusione, mostra che l’istituto dell’occupazione appropriativa, quale risultante della sua originaria costruzione pretoria, è irrimediabilmente in contrasto con il diritto di proprietà riconosciuto dall’art. 1, par. 1, del primo Protocollo alla Convenzione europea. È vero che la Corte non manca mai di sottolineare – dopo avere ampiamente discusso le caratteristiche dell’istituto – che “en tout état de cause” (“in any event”) essa è chiamata a verificare se la maniera in cui il diritto è interpretato e applicato produce effetti conformi o meno ai principi della Convenzione, con riferimento al “presente affare”. Ma tale formula appare alquanto “ipocrita”, poiché è evidente, alla luce delle valutazioni della Corte, che è lo stesso istituto che si pone in contraddizione insanabile con i suddetti principi; che rappresenta, cioè, una causa “strutturale” di violazioni, nel senso che la sua applicazione non può non determinare, *in ogni* “presente affare”, la violazione dell’art. 1 del primo Protocollo (che, infatti, è immancabilmente dichiarata dalla Corte europea).

La definitiva condanna dell’istituto giurisprudenziale appare confermata dall’art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni, almeno per come esso è interpretato dal Consiglio di Stato (ma non, a quanto pare, dalla Corte di cassazione⁴⁶). Tale articolo sostituisce all’istituto pretorio un nuovo meccanismo di appropriazione, più garantista, il quale potrà fare diminuire l’entità delle violazioni dell’art. 1 del primo Protocollo; per esempio, non dovrebbe più verificarsi una prescrizione del diritto al risarcimento dovuta alla decorrenza dal momento del completamento dell’opera pubblica sul terreno occupato. Tuttavia, per le ragioni sopra enunciate e come dimostra la più recente giurisprudenza della Corte europea, anche nella nuova veste di “acquisizione sanante” l’istituto appare in contrasto con il principio di legalità, nel duplice significato di esistenza di una legge precisa, accessibile e prevedibile e di preminenza del diritto rispetto

⁴⁵ In questo senso, tra le altre, la sentenza della Corte europea del 17 novembre 2005 nell’affare *Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero*, par. 84.

⁴⁶ Ci riferiamo alla più volte citata sentenza del 14 aprile 2003 n. 5902.

alla condotta della pubblica amministrazione. Le numerose condanne che piovono sull'Italia hanno anche un impatto finanziario preoccupante⁴⁷, dato che, in sede di determinazione dell'equa soddisfazione *ex art. 41*, specie in mancanza di restituzione del terreno, la Corte giunge a cifre iperboliche che gravano, in definitiva, sul contribuente italiano.

L'art. 43 del Testo unico del 2001 – che forse non a torto taluno ha definito un “pasticciaccio”⁴⁸ – presenta un difetto di fondo: esso non opera in alcun modo per impedire un comportamento illecito dell'amministrazione, ma solo per riparare tale illecito mediante un pieno risarcimento al proprietario privato del suo bene. L'acquisizione sanante consente, infatti, all'amministrazione di appropriarsi del bene illegittimamente appreso, persino – come si è osservato – nel caso in cui il proprietario abbia *fondatamente* promosso un ricorso di annullamento degli atti dell'espropriazione o un'azione di restituzione.

Ci sembra, *mutatis mutandis*, che alla base dell'art. 43 vi sia una logica analoga a quella sottesa alla legge 24 marzo 2001 n. 89 (cd. legge Pinto), la quale, pur animata dalle migliori intenzioni, non può eliminare le cause strutturali della durata eccessiva dei processi in Italia, ma si limita a istituire un meccanismo di riparazione, volto a prevenire i ricorsi alla Corte europea, che mostra una rassegnazione all'ineluttabile violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Anche l'art. 43 del Testo unico sulle espropriazioni sembra partire dall'accettazione del fatto che l'amministrazione può violare la legge e il diritto di proprietà, può disattendere sentenze di annullamento di decreti di esproprio o di dichiarazione della pubblica utilità, purché risarcisca i danni (ed emani un provvedimento formale in sanatoria).

A parte il fatto che tale impostazione non sta frenando né i ricorsi alla Corte di Strasburgo, né le sue condanne – che, anzi, si susseguono a un ritmo impressionante –, essa appare in contrasto non solo con le prescrizioni dell'art. 1 del primo Protocollo alla Convenzione europea, ma, più in generale, con il principio dello Stato di diritto, il quale esige che la pubblica autorità sia sempre subordinata alla legge, senza possibilità di sanatorie e di scappatoie, che danno la sensazione non dell'esercizio di una discrezionalità, ma dell'arbitrio, restando affidata, in definitiva, alla volontà dell'amministrazione la scelta di rispettare o meno le prescrizioni legislative a tutela del diritto di proprietà.

⁴⁷ Cfr., in proposito, le osservazioni di M. BERNARDINI, *op. cit.*, p. 706 ss., relativamente all'affare *Belvedere Alberghiera*.

⁴⁸ Cfr. V. CARBONE, *Il nuovo t. u. in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa?*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1265 ss., in specie p. 1268.

Il difficile *policy making* europeo: la discussione sulla politica regionale e sul bilancio dell'Unione (2001-05)

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'avvio del dibattito. – 2. Le posizioni degli Stati membri. – 3. L'allargamento del dibattito e il Rapporto Sapir. – 4. Il negoziato e il bilancio dell'Unione. – 5. Gli Stati membri e la proposta di bilancio. – 6. Verso l'accordo. – 7. Conclusioni.

1. Nella storia della politica regionale comunitaria, ad ogni significativo ampliamento dell'Unione ha corrisposto una riforma. Negli ultimi anni l'Europa si è trovata ad affrontare le implicazioni dell'ampliamento più problematico e, quindi, ha avviato e concluso una profonda discussione sulle necessarie modifiche da apportare alle politiche di coesione. Questo testo ripercorre il cammino della più recente riforma (per alcuni aspetti ancora in corso), sottolineando difficoltà e problemi, ma anche i risultati del *policy making* dell'Europa contemporanea. In questo paragrafo, in particolare, viene ricostruito l'avvio del dibattito, a partire dal Secondo rapporto sulla coesione in Europa; nel paragrafo 2 vengono presentate le prime posizioni ufficiali ed ufficiose degli Stati membri, mentre nel 3 vengono illustrate altre posizioni nel dibattito in Europa. Il paragrafo 4 introduce la questione del bilancio dell'Unione (che finanzia anche la politica regionale e ne determina quindi l'entità) e il 5 presenta le principali linee della discussione fra gli Stati membri. Il paragrafo 6 illustra come si è pervenuti all'accordo, mentre l'ultimo ne dà una sintetica valutazione¹.

Il dibattito sulla riforma della politica regionale inizia con la pubblicazione, il 31 gennaio 2001, del Secondo rapporto sulla coesione economica e sociale [Commissione europea 2001]. La posizione della Commissione contenuta nel Secondo rapporto e ripresa, poi, in alcuni casi con precisazioni e novità, nel Primo rapporto intermedio, posteriore di un anno [Commissione europea 2002a], appare piuttosto "conservatrice" rispetto agli assetti precedenti. Gli aspetti di fondo sono due. Il primo è la volontà chiara di mantenere la centralità delle politiche strutturali anche in un'Unione allargata. A questo proposito si sottolinea come il valore dello 0,45% del Pil comunitario debba rappresentare una

¹ I primi 5 paragrafi di questo articolo riprendono in parte il capitolo 6 di G. VIESTI, F. PROTA, *Le politiche regionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2005, II ed.

soglia minima di intervento, se si vuole garantirne l'efficacia. Il secondo è la necessità di continuare forti politiche anche nelle regioni deboli dei Quindici, in modo da evitare pericolosi conflitti di interessi fra le regioni beneficiarie e i Paesi, allora, in adesione. Sul tema cruciale della scelta delle regioni ovvero delle nazioni come soggetto fondamentale delle politiche di coesione, la Commissione esprime una netta propensione per il livello regionale, richiamando espressamente l'art. 158 del Trattato CE. Per quanto riguarda i criteri per la definizione delle regioni in ritardo di sviluppo la Commissione propone inizialmente diverse ipotesi, poi rientrate a favore di un mantenimento del criterio del Pil *pro capite*, calcolato a parità di potere d'acquisto, con la soglia al 75%. Si suggerisce anche il mantenimento della zonizzazione diretta come metodo di definizione delle aree ammissibili, con la delimitazione Nuts II (corrispondente al livello regionale in Italia) come ambito territoriale.

La Commissione evidenzia la necessità che la politica strutturale sostenga anche altre zone dell'Unione e incoraggi azioni di interesse comune; ritiene altresì che vi deve essere interesse per regioni "speciali" e per la dimensione territoriale della coesione. Importante è il riferimento della Commissione al principio dell'integrazione e della complementarità fra la politica strutturale e le altre politiche comunitarie. La riduzione dei divari regionali avviene non solo attraverso politiche dirette, ma anche grazie a politiche che creano un ambiente favorevole allo sviluppo. Evidenti sono i legami con la politica di concorrenza, che, imponendo restrizioni agli aiuti di Stato a finalità regionale, favorisce proprio i Paesi meno prosperi; con le politiche del lavoro e quelle relative alle reti di trasporto e comunicazione transeuropee. La Commissione ribadisce la validità dei cinque principi fondamentali su cui dovrà, anche in un'Unione allargata, essere incentrata l'azione strutturale: concentrazione, programmazione, partenariato, addizionalità, valutazione. Circa gli aspetti di riforma dei meccanismi di attuazione, ne richiama alcuni di evidente interesse: la necessità di una chiara divisione dei compiti fra i livelli di governo; l'opportunità delle *partnership* orizzontali e verticali; la necessità della semplificazione.

Maggiore avrebbe potuto essere la valutazione delle esperienze passate come base per disegnare quelle del futuro. Pur considerando che la valutazione degli interventi presenta notevoli problemi, sarebbe stato forse opportuno non solo misurarne l'effetto d'insieme, ma, soprattutto, capire quali misure hanno funzionato meglio, dove hanno conseguito i risultati migliori e il perché di questi differenti risultati. La considerazione della qualità delle politiche di coesione è piuttosto debole sia nella valutazione degli obiettivi raggiunti nei precedenti cicli di programmazione che nelle indicazioni per il futuro.

Nel corso del Secondo forum sulla coesione, tenutosi a Bruxelles nel maggio 2001, in cui la posizione della Commissione viene presentata ufficialmente e discussa, si registra un vasto consenso sul fatto che la politica di coesione, nella sua forma attuale, abbia prodotto risultati positivi. Essi non derivano esclusivamente dall'elevata consistenza delle risorse, ma anche dal sistema di esecuzione dei Fondi, che ha contribuito a rafforzare le politiche e le strutture amministrati-

ve degli Stati membri. Accanto alla conferma della validità dei principi su cui essa si fonda, vi è, però, una chiara indicazione perché si proceda sulla strada della semplificazione dei meccanismi di attuazione.

Nelle fasi iniziali del dibattito viene esclusa ogni ipotesi di rinazionalizzazione delle politiche di coesione. La Commissione, ma anche il Parlamento, si esprimono più volte in questo senso: si ritiene che condurre politiche di coesione a livello comunitario generi uno specifico valore aggiunto. Non conta, infatti, solo che vengano fatte politiche di coesione nell'Unione, ma anche che esse vengano concepite secondo regole ed accordi comuni a tutti i partner. Il "valore aggiunto comunitario" scaturisce dalla capacità di raggiungere obiettivi comuni, dalla possibilità di assicurare un opportuno finanziamento (specie verificandone l'addizionalità rispetto ai fondi nazionali), dalla diffusione di un metodo comunitario, dalla creazione di reti fra le regioni per lo scambio di esperienze e l'apprendimento reciproco [Commissione europea 2002b]. Gli ultimi due punti appaiono particolarmente importanti e vanno ulteriormente sottolineati. La diffusione di un metodo comunitario nel promuovere la competitività delle regioni più deboli è, infatti, un'importante acquisizione della politica economica europea, maturata in un confronto non semplice durato 15 anni fra i diversi approcci degli Stati membri. La cooperazione interregionale ora può essere rafforzata proprio perché metodi, linguaggi e contenuti delle politiche di coesione comunitarie sono stati fatti propri dalle regioni europee. Non ultimo, il valore aggiunto comunitario sta nella garanzia del metodo e degli obiettivi delle politiche, nella loro coerenza con le politiche di concorrenza, per garantire a tutti gli Stati membri (specie a quelli che sono significativi contribuenti al bilancio comunitario) che, per come vengono realizzate, le politiche di coesione comunitarie non danneggino le loro imprese e i loro territori; beneficino anzi, con i loro effetti indiretti, tutte le regioni dell'Unione.

2. Sul documento della Commissione solo alcuni Stati membri prendono una posizione ufficiale. Nell'aprile del 2001 il Governo spagnolo presenta un memorandum [Ministero dell'Economia, Spagna 2001] in cui si analizzano le implicazioni dell'allargamento per la politica regionale europea. Il documento, dopo aver sottolineato l'importanza che i Fondi strutturali hanno rivestito per la crescita economica ed occupazionale del Paese e per la riduzione dei divari interni, si sofferma sul pericolo che la Spagna perda una parte cospicua delle risorse provenienti dalle azioni strutturali come risultato dell'ingresso dei nuovi Paesi e dell'applicazione degli attuali criteri di ammissibilità. Il Governo spagnolo ritiene che si debba tenere nella massima considerazione il rischio che regioni che non hanno ancora colmato il loro divario di sviluppo siano escluse semplicemente per un effetto statistico e che, quindi, sia necessario trovare una soluzione a questo problema. Per far questo è ipotizzato un incremento della dotazione finanziaria della politica di coesione.

La posizione italiana è contenuta in un primo, ampio, memorandum presentato nel giugno del 2001 e aggiornato successivamente senza modifiche sostanziali, nonostante il mutamento di governo [Ministero dell'Economia 2002]. Il

Governo italiano parte dagli obiettivi di fondo della politica: essa deve mirare ad accrescere la competitività delle regioni nei Paesi candidati e negli Stati membri, valorizzando le loro risorse endogene e promovendone le potenzialità di sviluppo. In tal modo si deve mirare a creare opportunità aggiuntive di profitto e di investimento, e non a spostare un ammontare dato di investimenti tra aree, con conflitti tra gli Stati membri. Anche il documento italiano ribadisce che la politica di coesione dovrà fornire sostegno alle regioni in ritardo degli Stati membri. Il memorandum italiano si esprime chiaramente contro qualsiasi ipotesi di rinazionalizzare delle politiche.

Al contrario, a favore di un sostanziale azzeramento della politica comunitaria e quindi di una rinazionalizzazione delle politiche regionali si esprime con un importante e controverso documento il Governo del Regno Unito [Ministero del Tesoro, Regno Unito 2003]. La proposta inglese prevede che la politica regionale all'interno degli Stati membri più ricchi sia finanziata e controllata dai governi nazionali, con una maggiore libertà nella scelta sia delle aree da assistere che degli obiettivi da perseguire. I finanziamenti comunitari dovrebbero essere destinati solo agli Stati membri meno prosperi in proporzione alla ricchezza nazionale (così come accade attualmente per il Fondo di coesione) e a iniziative, comunque di scala limitata, di collaborazione transnazionale e transfrontaliera. Il risultato della proposta inglese sarebbe un sostanziale ridimensionamento del ruolo dell'Unione che rimarrebbe confinato alla definizione di principi guida comuni, che dovrebbero ricalcare quelli definiti a Lisbona; al coordinamento delle altre politiche europee; allo scambio di *best practices*. Inoltre, la proposta inglese evidenzia ripetutamente la necessità che la riforma della politica regionale comunitaria sia accompagnata da una riforma della disciplina degli aiuti di Stato. Anche in questo caso la direzione sarebbe verso una semplificazione ed uno snellimento della disciplina, che conceda ai singoli Stati maggiore libertà di intervenire direttamente a sostegno delle imprese.

Sorprende, in questa fase del dibattito, l'assenza di posizioni ufficiali sul futuro della politica di coesione da parte della Germania. Questa assenza si spiega con l'esistenza di forti contrasti interni fra i diversi *Länder*: in particolare, a favore di una continuazione delle attuali politiche sono schierati i *Länder* dell'Est che ne sono beneficiari, mentre alcuni dei *Länder* più ricchi (come la Baviera) sembrerebbero propendere per una sua riduzione. Essa prende, comunque, posizione indirettamente. Il DIW di Berlino (German Institute for Economic Research), per conto del Governo tedesco, predispose nel 2001 uno studio che illustra le possibili implicazioni per il bilancio comunitario dell'allargamento e di una riforma della politica agricola e di quella strutturale [Weise 2001]. Secondo il DIW l'allargamento può essere sostenibile solo attuando le necessarie riforme delle politiche comunitarie: gli elementi cardine dovrebbero essere la riduzione dell'aiuto diretto al reddito degli agricoltori e la maggiore concentrazione geografica dei Fondi strutturali. In questo modo si potrebbero conciliare le esigenze dei Paesi membri in ritardo di sviluppo, sia vecchi che nuovi, con la posizione degli Stati contribuenti netti, che non sarebbero disposti a sostenere ulteriori costi.

La posizione del Governo olandese è anch'essa assai critica. Essa coincide con le conclusioni contenute in un documento predisposto da un gruppo di studio interdipartimentale [IBO 2001]. In questo documento si afferma che la politica di coesione deve essere riformata in vista del prossimo periodo di programmazione, non solo per renderla sostenibile da un punto di vista finanziario, ma anche per migliorarne l'efficacia. Il dato politico importante è che il Governo olandese, condividendo le conclusioni del gruppo di studio, dichiara la sua preferenza per l'ipotesi che prevede il superamento del carattere regionale della politica. L'Olanda ritiene che alla luce dell'allargamento le differenze a livello nazionale assumeranno un rilievo maggiore rispetto ai divari regionali. Qualora questo approccio non dovesse essere condiviso a livello comunitario, il Governo olandese si dichiara disponibile a discutere la possibilità di rinazionalizzare la politica regionale. A prendere posizione indirettamente è anche il governo svedese e anche in questo caso si sostiene la necessità di superare l'impianto delle politiche strutturali dell'Unione, con uno studio dello Swedish institute for European policy studies [Tarschys 2003].

Sulla posizione della Commissione si sono espresse anche istanze comunitarie. I diversi contributi possono schematicamente essere suddivisi in due gruppi: da una parte quelli che propongono, sostanzialmente, di mantenere l'impianto delle politiche strutturali, preservandone il carattere regionale; dall'altra, quelli che prevedono delle modifiche radicali, soprattutto verso una gestione dei Fondi a livello nazionale.

3. A favore di politiche strutturali indirizzate alle regioni e, quindi, in linea con la posizione della Commissione, si sono espressi il Comitato delle Regioni, il Comitato economico e sociale europeo e il Parlamento europeo. La posizione espressa dal Parlamento è particolarmente interessante perché media fra le esigenze espresse da parlamentari di diverse nazionalità [Parlamento europeo 2002]. Il punto di partenza è il riconoscimento della centralità della politica di coesione, alla quale bisogna garantire delle risorse finanziarie adeguate (lo 0,45% del Pil dell'Unione). La politica va indirizzata alle regioni, anche se si prevede il mantenimento del Fondo di coesione; si deve rifiutare ogni ipotesi di rinazionalizzazione. L'elemento che accomuna questi contributi e i documenti di Spagna e Italia (che hanno, però, enfasi politiche ben diverse) è la volontà chiara di mantenere una forte politica di coesione anche all'interno di un'Europa più grande.

Le argomentazioni a favore di una drastica riforma delle politiche strutturali e di un superamento della loro dimensione regionale sono contenute in un documento dell'estate 2003 prodotto da un gruppo di studio indipendente presieduto da André Sapir [Sapir *et al.* 2003]. In questo rapporto si sostiene la necessità di spostare il *focus* delle politiche di coesione dalle regioni agli Stati, utilizzando il Pil *pro capite* nazionale come criterio di eleggibilità. Adottare questo approccio significherebbe abbandonare l'obiettivo della convergenza regionale all'interno dell'Unione, a favore della convergenza nazionale. La riduzione dei divari interni agli Stati membri sarebbe affidata alla crescita e alle politiche nazionali, fra

cui quelle regionali, che dovrebbero, comunque, essere sempre compatibili con le regole comunitarie (ad esempio, con la politica di concorrenza). Ancora una volta, questo significa rinazionalizzare le politiche regionali: di fatto un ritorno al passato e un notevole ridimensionamento del ruolo dell'Unione.

A spingere per questo radicale cambiamento vi sarebbero, a giudizio degli autori del rapporto, diverse ragioni. Innanzi tutto, l'eccessiva dispersione dei finanziamenti: attualmente tutti gli Stati membri ricevono delle risorse a titolo delle politiche di coesione. Strettamente connesso a questo aspetto è l'eccessivo numero di obiettivi da perseguire, che tendono a disperdere i finanziamenti, non permettendo spesso di raggiungere la soglia minima necessaria per un investimento efficace. Non è chiaro, però, perché questi problemi, che, effettivamente, rappresentano due delle cause che hanno ridotto l'efficacia degli interventi strutturali dell'Unione, non possano essere risolti preservando il carattere regionale delle politiche di coesione. Altri argomenti a favore della dimensione nazionale sarebbero, poi, il principio di sussidiarietà, la coerenza con le altre politiche macroeconomiche nazionali e il garantire un uguale trattamento a Paesi con un analogo livello di prosperità.

Altro punto cardine della riforma sarebbe la ridefinizione degli obiettivi della politica di coesione, che sarebbero ridotti a due: aiutare i Paesi meno prosperi a migliorare la qualità delle loro istituzioni e della loro struttura amministrativa, e sostenere gli investimenti in capitale fisico e umano. Le azioni volte a favorire la convergenza sarebbero accompagnate da interventi tesi a facilitare il processo di ricollocazione dei lavoratori licenziati a causa della chiusura di grandi impianti o dei processi di ristrutturazione industriale. Questi interventi riguarderebbero tutti i lavoratori interessati senza riguardo al Paese in cui si trovano o al settore di attività. Questa profonda modifica, ovviamente, comporterebbe una ridefinizione radicale del bilancio comunitario, che si accompagnerebbe ad una drastica riduzione della spesa a favore del settore agricolo. Dal lato delle entrate il rapporto propone una riduzione del peso dei contributi nazionali a favore delle risorse provenienti da fonti con una chiara dimensione comunitaria; la spesa sarebbe concentrata in tre nuovi Fondi: per la crescita economica all'interno dell'Unione; per la convergenza; per la ristrutturazione. Il primo sarebbe assegnato su basi "competitive", senza alcuna ripartizione *a priori* fra i vari Stati membri, e destinato a quei progetti che meglio possono contribuire all'obiettivo della crescita dell'Unione; il secondo sarebbe assegnato solo ad alcuni Stati sulla base della loro ricchezza relativa; il terzo, infine, avrebbe la finalità di facilitare il processo di riallocazione delle risorse conseguente all'approfondirsi e all'ampliarsi del processo di integrazione e si tradurrebbe in aiuti al settore agricolo e ai lavoratori licenziati.

Il superamento della dimensione regionale di queste politiche si tradurrebbe in un ridimensionamento del ruolo dell'Unione e, di conseguenza, in una negazione di quello che viene definito il "valore aggiunto comunitario" e, parallelamente, in una sottovalutazione del ruolo che le autorità regionali e locali hanno assunto in Europa (tanto negli interventi nazionali quanto in quelli comunitari)

nel disegno delle politiche di sviluppo, nel quadro di una articolata *governance*. Inoltre, sembra che si voglia sacrificare l'obiettivo della convergenza all'interno dell'Unione a favore di un più generale obiettivo di crescita economica dell'Unione stessa. Non si tratta di negare l'importanza di un'accelerazione della crescita dell'Unione, ma di sostenere che essa può anche essere frutto del processo di convergenza regionale, attraverso l'utilizzo delle risorse non utilizzate nelle aree deboli. Nel documento prodotto dal gruppo di studio l'impostazione è capovolta: è solo una crescita più sostenuta a determinare la convergenza.

Infine, un evento politico di particolare importanza ha luogo nel dicembre 2003. Francia, Germania, Regno Unito, Olanda, Svezia e Austria (riuniti nel cosiddetto "Gruppo dei 6"), in una lettera congiunta all'allora Presidente della Commissione Romano Prodi, esprimono la loro posizione a favore di un contenimento delle spese di bilancio entro un tetto pari all'1% del Reddito nazionale lordo (Rnl), inclusa la spesa agricola. Questa lettera peserà molto nel corso del negoziato, in particolare perché sposta l'attenzione dai contenuti della riforma della politica di coesione alla dimensione finanziaria, vale a dire all'ammontare delle risorse da destinare a tale politica.

4. Nel corso del 2004 si avvia il negoziato vero e proprio. Nel febbraio, la Commissione europea pubblica il Terzo rapporto sulla coesione economica e sociale, contenente i suoi orientamenti sulla futura politica di coesione [Commissione europea 2004a], a cui segue, nel luglio, la pubblicazione delle bozze dei regolamenti dei Fondi strutturali. Il negoziato sulle politiche di coesione post 2006 si incrocia (e ne è condizionato in modo rilevante) con il contemporaneo confronto all'interno delle istituzioni comunitarie e tra gli Stati membri sulle proposte della Commissione relative alle Prospettive finanziarie per il periodo 2007-2013 [Commissione europea 2004b].

Le Prospettive finanziarie costituiscono l'inquadramento delle spese comunitarie su un periodo di più anni. Esse precisano l'ampiezza massima e la composizione delle spese prevedibili ed hanno lo scopo di assicurare, a medio termine, il loro ordinato andamento, per grandi categorie, rafforzando, quindi, la disciplina di bilancio. Le Prospettive finanziarie non sono attualmente previste dal Trattato, né dalla normativa comunitaria; risultano da un accordo interistituzionale tra il Parlamento, il Consiglio e la Commissione. La procedura prevede che la Commissione presenti una prima dettagliata proposta, che è, poi, discussa e approvata dal Consiglio. La decisione finale è subordinata all'accordo del Parlamento e del Consiglio, i quali esprimono la loro comune volontà in un accordo interistituzionale.

Tre sono le priorità su cui la Commissione propone di concentrare l'azione dell'Unione: (i) favorire lo sviluppo sostenibile; (ii) conferire al concetto di cittadinanza europea il senso proprio del termine, realizzando uno spazio di libertà, di giustizia e di sicurezza, nonché l'accesso ai beni pubblici fondamentali; (iii) promuovere un ruolo coerente per l'Europa in quanto partner mondiale.

Il documento di proposta sulle Prospettive finanziarie 2007-2013 suggerisce una nuova struttura: le rubriche, che sono delle grandi categorie di spesa, sono

cinque rispetto alle otto precedenti, il che dovrebbe rendere più flessibile il sistema, nonché consentire un utilizzo più efficace delle risorse. La prima rubrica, denominata “crescita sostenibile”, è costituita da due componenti: una mirante a legare la crescita alla competitività e l'altra che evidenzia il legame tra crescita e convergenza delle regioni deboli. La componente competitività al servizio dello sviluppo e dell'occupazione (1a) è finalizzata a: (i) promuovere la competitività delle imprese in un mercato unico completamente integrato; (ii) intensificare e migliorare la ricerca e lo sviluppo tecnologico in Europa nella prospettiva di creare uno “spazio europeo della ricerca”, a cui riuscire a destinare, entro il 2010, finanziamenti pubblici pari all'1% del prodotto interno lordo; (iii) interconnettere l'Europa attraverso le reti comunitarie; (iv) migliorare la qualità dell'insegnamento e della formazione, ponendo l'accento in particolar modo sulla mobilità; (v) realizzare l'agenda per la politica sociale. La componente coesione per la crescita e l'occupazione (1b) è finalizzata: (i) alla convergenza, attraverso interventi concentrati negli Stati membri e nelle regioni in ritardo di sviluppo; (ii) alla competitività regionale ed all'occupazione, attraverso interventi sugli Stati membri e sulle regioni non rientranti nel campo di applicazione della convergenza; (iii) alla cooperazione territoriale europea, mediante programmi transfrontalieri e transnazionali. Per quanto riguarda la preservazione e gestione delle risorse naturali, la maggior parte delle spese della seconda rubrica riguarda la politica agricola, la futura politica dello sviluppo rurale e la nuova politica della pesca. Nella rubrica l'“Unione europea come partner mondiale”, si pone l'accento sulla necessità per l'Unione di avere un peso politico adeguato al suo peso economico, in modo da poter agire, sia all'interno dei propri confini che al di fuori, non soltanto nella sfera economica e politica, ma anche nell'ottica della stabilità, della prevenzione dei conflitti e della composizione delle crisi. Nella nuova architettura proposta, molto semplificata, spiccano tre strumenti: lo strumento di preadesione (Ipa), che rimpiazzerà quelli esistenti in questo settore; lo strumento europeo di vicinato e partenariato (Enpi), che integrerà quelli esistenti; un nuovo strumento “cooperazione allo sviluppo e cooperazione economica”.

La possibilità di raggiungere gli obiettivi è, ovviamente, strettamente connessa alla disponibilità di risorse adeguate. In termini finanziari la proposta della Commissione prevede che gli stanziamenti di impegno ammontino in media all'1,26% del Rnl dell'Unione nell'arco del periodo 2007-2013; mentre i pagamenti, mediamente, all'1,14%. Nel complesso, le cifre proposte corrispondono ad un incremento di circa il 35% rispetto alle somme previste per il periodo di programmazione 2000-2006, in cui vi sono stanziamenti di impegno pari, mediamente, all'1,10% [Ministero dell'Economia e delle Finanze 2005]. Tale aumento è dovuto alla duplice necessità di far fronte alle nuove esigenze create in seguito all'allargamento e di mantenere una disponibilità di risorse adeguate alle ambizioni dell'Unione europea. Con particolare riferimento alla politica di coesione, occorre evidenziare che l'aumento deriva dal forte incremento delle

dotazioni finanziarie per i nuovi Stati membri, a cui si contrappone una riduzione delle risorse per le regioni dei Quindici.

La Commissione precisa che, nello stabilire i massimali per i pagamenti e gli stanziamenti di impegno per il periodo 2007-2013, ha tenuto conto sia di alcuni vincoli derivanti da decisioni già assunte che dell'esistenza di impostazioni anche marcatamente diverse fra i vari Stati membri. La Commissione precisa che l'evoluzione della spesa è già in parte determinata. Il Consiglio europeo di Bruxelles dell'ottobre 2002 ha fissato il tetto alla spesa per i regimi di sostegno diretto e le misure di sostegno del mercato nel settore dell'agricoltura fino al 2013. Le politiche di coesione nei dieci nuovi Stati membri richiederanno un aumento di spesa; accogliere, poi, due altri nuovi Stati membri (Bulgaria e Romania) con un'importante attività agricola e che presentano un reddito *pro capite* notevolmente più basso aumenterà ancora le esigenze di spesa. Alla luce di questa situazione la Commissione ritiene che un tetto fissato ad un livello più basso di quello proposto porterebbe l'Unione a dover ridurre drasticamente il sostegno alla coesione negli attuali Stati membri ed allo sviluppo rurale, uno degli obiettivi chiave della riforma della PAC; diminuire i suoi sforzi in termini di aiuto esterno; esimersi dai suoi impegni internazionali; sottrarsi agli impegni già presi in merito alla sua nuova politica di vicinato o ai compiti in materia di giustizia e sicurezza, mettendo a rischio il futuro allargamento. Complessivamente favorevoli all'impostazione della Commissione si sono dichiarati sia il Parlamento europeo che il Comitato delle Regioni.

5. Le reazioni degli Stati membri alle proposte della Commissione relative alle Prospettive finanziarie per il periodo 2007-2013 sono state differenziate. Per molti Paesi (fra i quali Spagna, Portogallo, Grecia, Belgio e Polonia) i massimali proposti dalla Commissione sono condivisibili e costituiscono un adeguato punto di partenza per le discussioni. I Paesi favorevoli si basano generalmente sulla stima delle risorse necessarie per perseguire gli obiettivi di coesione, in particolare dopo l'allargamento. Esemplicativi rispetto a tale posizione sono gli interventi dei governi di Spagna e Portogallo al Terzo forum sulla coesione, tenutosi a Bruxelles nel maggio 2004, e il memorandum redatto dalla Polonia. Lo schieramento favorevole alle proposte della Commissione sconta, però, una debolezza interna derivante dalla molteplicità di interessi dei diversi Paesi.

Più articolata la posizione italiana. L'Italia, pur essendo favorevole alle proposte della Commissione e, in particolare, al peso riconosciuto alla politica di coesione, è anche particolarmente attenta al tetto di *budget* in ragione del suo *status* di contribuente netto dell'Unione. Il Governo italiano, in occasione del Terzo forum sulla coesione, si è dichiarato disponibile a discutere il tetto proposto dalla Commissione, ma solo a condizione che il peso dei tagli al bilancio ricada su tutte le altre politiche, preservando per la politica di coesione il peso e la composizione proposti dalla Commissione. L'Italia ritiene inammissibile pensare ad ulteriori tagli alla politica di coesione per i Quindici, che ha già subito, in termini reali, una riduzione di circa il 20% rispetto al periodo 2000-2006 [Ministero dell'Economia e delle Finanze 2005].

Contrari alla proposta della Commissione sono i sei Stati della lettera del dicembre 2003, Francia, Germania, Regno Unito, Olanda, Svezia e Austria. La posizione di questi Paesi, ribadita con fermezza in numerose occasioni, è a favore di un contenimento delle spese di bilancio entro un tetto pari all'1% del Rnl, inclusa la spesa agricola. Tale livello massimo, come, poi, è stato chiarito nel corso del negoziato, riguarda gli stanziamenti di impegno; secondo il "Gruppo dei 6", dovrebbero attestarsi intorno agli 815 miliardi di euro (a prezzi 2004), a fronte dei 1.025 miliardi proposti dalla Commissione [Ministero dell'Economia e delle Finanze 2005]. Contrariamente all'approccio seguito in larga parte dai Paesi favorevoli, il "Gruppo dei 6" propone un approccio "dall'alto" per il dimensionamento del *budget*, ossia chiede che sia stabilito preventivamente un tetto di bilancio e che gli obiettivi politici siano poi individuati all'interno di tale tetto.

Anche nell'ambito di questo schieramento, tuttavia, si segnalano differenze nelle posizioni assunte, soprattutto in merito alle voci di spesa sulle quali effettuare i tagli. Il Regno Unito e la Svezia, ad esempio, favorevoli a mettere in discussione l'accordo sulla Politica agricola, mentre la Francia fermamente decisa a lasciarlo inalterato. Analoghe differenze si riscontrano in relazione al peso della politica di coesione: da un lato Regno Unito, Svezia e Olanda avanzano molti dubbi sull'effettivo valore aggiunto della spesa comunitaria rispetto all'intervento nazionale e vedono con favore una rinazionalizzazione della politica regionale per i Quindici; dall'altro, la Francia manifesta una grande attenzione nei confronti della politica di coesione, testimoniata da un approfondito dibattito interno. Alcuni grandi contributori devono, poi, far fronte alle pressioni interne da parte delle autorità locali. In Germania si evidenzia la contrapposizione fra *Länder* orientali e governo federale; mentre nel Regno Unito l'intransigenza del governo Blair è contestata dalle regioni britanniche maggiormente penalizzate dall'eventuale ridimensionamento dei Fondi strutturali. È il caso, ad esempio, della Scozia.

Vi sono, infine, Paesi fautori di un approccio più flessibile alla questione del tetto di bilancio e che, pur approvando le proposte della Commissione, sembrano maggiormente disponibili ad una trattativa. Tra questi si collocano il Lussemburgo e la Finlandia.

Le proposte della Commissione rappresentano un tentativo di sintesi fra posizioni anche molto distanti fra di loro: da una parte, coloro che propongono di concentrare le risorse comunitarie sulla priorità della competitività, da conseguire attraverso crescenti investimenti in ricerca e innovazione; dall'altra, quelli che ritengono che il perseguimento della coesione e, quindi, interventi, soprattutto, nelle regioni in ritardo di sviluppo e con un maggiore potenziale inespreso, possa contribuire alla crescita dell'Europa nel suo complesso. Da questo punto di vista, il compromesso avanzato dalla Commissione può essere giudicato positivamente.

6. Secondo quanto fissato nel *Multiannual Strategic Programme*, approvato dal Consiglio europeo nel dicembre 2003, le Prospettive finanziarie sarebbero

dovute essere approvate in occasione del Consiglio europeo del giugno 2005 a Lussemburgo. A questo appuntamento, però, si arriva in una situazione caratterizzata da profonde divergenze fra i vari Stati membri. Per di più, all'indomani della vittoria del "no" ai *referendum* sulla ratifica del nuovo Trattato costituzionale tanto in Francia quanto in Olanda, che crea grandi perplessità e timori sul futuro dell'Unione.

Pochi giorni prima del vertice, il Parlamento europeo approva la risoluzione che definisce la sua posizione sulle Prospettive finanziarie 2007-2013 [Parlamento europeo 2005]. Si tratta di un passaggio importante; come ricordato, la decisione finale sulle prospettive finanziarie è subordinata all'accordo del Parlamento e del Consiglio; il ruolo del Parlamento non è, dunque, semplicemente notarile. Le cifre proposte dal Parlamento rappresentano una riduzione, anche se non molto consistente, rispetto alla proposta della Commissione, sia in termini di stanziamenti di impegno (- 47,5 milioni di euro) che di pagamenti (- 60 milioni di euro). Si tratta di un tentativo di tenere conto di un quadro generale caratterizzato da difficoltà per i bilanci nazionali di molti degli Stati membri e dalla volontà dei maggiori contribuenti al *budget* comunitario di non vedere aumentati i loro contributi.

Le divergenze fra i vari Stati membri divengono manifeste al Consiglio europeo del giugno 2005. La trattativa è organizzata intorno a tentativi di mediazione (*negotiating box*) predisposti dalla Presidenza di turno (Lussemburgo). Lo schema di negoziato preparato dalla Presidenza lussemburghese fissa l'importo totale massimo delle spese dell'Unione a 27 all'1,06% del Rnl comunitario in termini di stanziamenti di impegno e all'1,0% in termini di stanziamenti di pagamento. Alla politica di coesione è destinato lo 0,37% del Rnl dell'UE-27. La Presidenza avanza progressivamente più proposte per cercare di conciliare le diverse esigenze degli Stati membri. Emergono così aggiustamenti non marginali (ad una proposta che già prevedeva risorse inferiori a quelle indicate dalla Commissione), come l'inedito, e assai discutibile, *phasing out* per il Fondo di coesione per la Spagna o gli sgravi *ad hoc* ai maggiori contribuenti. Un accordo sembra, alla fine, a portata di mano; non lo si riesce, però, a raggiungere per l'intransigenza del Governo britannico. Materia del contendere, apparentemente, lo "sconto" alla contribuzione alle casse dell'Unione di cui il Regno Unito si giova da più di venti anni. Il governo Blair si arrocca nella difesa del rimborso inglese, non accettando neanche l'ultima proposta lussemburghese che prevede il congelamento (non la riduzione) dello "sconto" ad un livello tale per cui l'intervento è ormai poco più che simbolico. L'intransigenza britannica appare preoccupante. È difficile pensare che il "no" inglese sia stato motivato dalla limitatezza delle politiche per il rilancio industriale e tecnologico europeo; è difficile crederlo, perché si tratta di un Paese che si è battuto con forza per una forte riduzione complessiva delle risorse dell'Unione, che ha proposto di allentare le regole sugli aiuti di Stato e di rinazionalizzare la politica regionale europea. Il semestre lussemburghese di Presidenza dell'Unione europea si chiude dunque con un grave fallimento. La proposta finale lussemburghese certo non

era ottima: prevedeva ad esempio una riduzione del bilancio, contrariamente agli auspici dello stesso Parlamento europeo. Ma, vista l'aria di difficoltà in molti Stati che sono contribuenti netti dell'Unione (a cominciare dalla Germania), era tutto sommato accettabile.

La discussione sul bilancio, questa volta più che mai, ha risvolti politici evidenti e di grande portata per tutti i cittadini, italiani ed europei. Ridurre ancora il bilancio dell'Unione significa decidere che ci vuole "ancora meno Europa" nel futuro. Certo dopo il fallimento dei *referendum* in Francia e Olanda il momento non è un periodo facile per quanti chiedono "più Europa". Ma un conto è non crescere, un conto è subire l'impostazione del governo più "euroscettico" fra i 25. Difendere il più possibile la dimensione del bilancio dell'UE significa difendere l'idea di fondo che nella politica e nell'economia contemporanea, per la pace e per lo sviluppo, c'è sempre più bisogno di Europa. Tagliare poi i Fondi strutturali non significa solo meno soldi per il Mezzogiorno (cosa di per sé non certo irrilevante). Significa far pagare le debolezze di bilancio dei grandi Stati membri, e l'egoismo della posizione britannica sullo "sconto", alle regioni e agli Stati più deboli dell'Unione.

Il bilancio europeo (le "prospettive finanziarie") per il periodo 2007-2013 viene infine, quasi a sorpresa, approvato nel dicembre 2005, sotto la Presidenza britannica. Il bilancio prevede spese ben al di sotto delle risorse proprie dell'Unione, rappresentando un compromesso fra i "6 Paesi dell'1%" e gli altri. L'accordo raggiunto fra gli Stati membri prevede che, complessivamente, le risorse per l'Unione a 27, nell'arco del periodo 2007-2013, ammontino a 862 miliardi di euro in stanziamenti di impegno, pari, in media, all'1,045% del reddito nazionale lordo dell'Unione (tab. 1). Al perseguimento dell'obiettivo della coesione economica e sociale è destinato lo 0,37% del Rnl, vale a dire circa 308 miliardi di euro (di cui 25,7 per l'Italia). Di questi l'81,7% (251,3 miliardi) è destinato all'obiettivo "Convergenza" (ex obiettivo 1), il 15,8% (48,8 miliardi) all'obiettivo "Competitività regionale e occupazione", il 2,4% (7,5 miliardi) all'obiettivo "Cooperazione territoriale europea".

7. Non è un buon momento per l'Europa. Sono forti le spinte e le attenzioni verso gli interessi nazionali. Hanno maggior rilevanza nel processo decisionale i Paesi, come il Regno Unito, tradizionalmente meno interessati alla costruzione europea. *Leadership* più modeste, vincoli di bilancio e lo smarrimento dell'opinione pubblica (così come reso palese dal *referendum* francese) rendono titubanti i grandi Paesi tradizionalmente europeisti. Tutto questo si è tradotto in un bilancio dell'Unione per la prima volta più piccolo del precedente, e assai più piccolo di quanto dovrebbe essere, anche nel giudizio del Parlamento europeo. Servirebbe più Europa: nella competizione tecnologica; nel completare il mercato unico, specie nei servizi; ma allo stesso tempo per difendere e ammodernare il nostro modello sociale. Servirebbe più Europa anche e soprattutto alle regioni come le nostre: per far sì che l'allargamento sia un processo nel quale tutti guadagnano, anche se tutti devono un po' cambiare il proprio modo di essere; o per estendere ancora l'Unione ai Balcani creando un quadro in cui ci sia sempre più

commercio e cooperazione politico-culturale e sempre meno tratta di esseri umani o rischi di conflitto etnico.

Tuttavia, in questo quadro, il fatto che si sia arrivati ad un accordo è positivo. Con i ricatti britannici, la freddezza di olandesi e svedesi, l'attenzione di Francia e Germania ai temi di politica interna probabilmente non si poteva fare molto di più. Si è raggiunto un compromesso: fra la difesa inglese dello "sconto" nei contributi al bilancio; la difesa francese (e di altri) dell'accordo sull'agricoltura; le giuste esigenze dei nuovi Stati membri e delle regioni deboli dei vecchi Paesi membri. Dal punto di vista delle regioni deboli dell'Unione (specie dei Quindici) ci sono motivi di soddisfazione; ancor più forti dato il contesto complessivo. In Italia in particolare il risultato finale garantisce per il futuro risorse cospicue – non lontane da quelle attuali – per le 4 regioni obiettivo 1 (Puglia, Campania, Calabria e Sicilia) e un trattamento meno penalizzante per la Basilicata, che per soli motivi statistici non lo è più.

Certo, c'è ben poco per le ambizioni europee in materia di ricerca scientifica e tecnologica, o di grandi infrastrutture. Da questo accordo occorrerà dunque ripartire, magari con iniziative di gruppi di Paesi all'interno dell'Unione (le cosiddette "cooperazioni rafforzate") per riprendere la costruzione di politiche comuni. Non bisogna nascondersi le difficoltà. Ma neanche dimenticare che la costruzione europea ha sempre proceduto a strappi e fermate; e che da momenti difficili si è spesso usciti con grandi slanci in avanti.

Tab. 1 – Le Prospettive finanziarie 2007-2013 (miliardi di euro, a prezzi 2004)

Stanzamenti di impegno	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1. Crescita sostenibile	51,090	52,148	53,330	54,001	54,945	56,384	57,841
1a Competitività per la crescita e l'occupazione	8,250	8,860	9,510	10,200	10,950	11,750	12,600
1b Coesione per la crescita e l'occupazione	42,840	43,288	43,820	43,801	43,995	44,634	45,241
2. Conservazione e gestione delle risorse naturali	54,972	53,308	53,652	53,021	52,386	51,761	51,145
<i>di cui</i> misure di sostegno del mercato e regimi di sostegno diretto	43,120	42,697	42,279	41,864	41,453	41,047	40,645
3. Cittadinanza, libertà, sicurezza e giustizia	1,120	1,210	1,310	1,430	1,570	1,720	1,910
3a Libertà, sicurezza e giustizia	0,600	0,690	0,790	0,910	1,050	1,200	1,390
3b Cittadinanza	0,520	0,520	0,520	0,520	0,520	0,520	0,520
4. L'UE come partner globale	6,280	6,550	6,830	7,120	7,420	7,740	8,070
5. Amministrazione	6,720	6,900	7,050	7,180	7,320	7,450	7,680
6. Compensazioni	0,419	0,191	0,190				
Stanzamenti di impegno totali	120,601	121,307	122,362	122,752	123,641	125,055	126,646
Stanzamenti di impegno totali in % del RNL	1,10%	1,08%	1,06%	1,04%	1,03%	1,02%	1,00%
Stanzamenti di pagamento totali	116,650	119,535	111,830	118,080	115,595	119,070	118,620
Stanzamenti di pagamento totali in % del RNL	1,06%	1,06%	0,97%	1,00%	0,96%	0,97%	0,94%
Margine disponibile	0,18%	0,18%	0,27%	0,24%	0,28%	0,27%	0,30%
Tetto delle risorse proprie in % del RNL	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%	1,24%

Fonte: Consiglio europeo, documento 15915/05.

Riferimenti bibliografici

- Commissione europea, *Secondo rapporto sulla coesione economica e sociale*, gennaio, 2001;
- Commissione europea (2002a), *Prima relazione intermedia sulla coesione economica e sociale*, COM(2002)46 def., gennaio, 2002;
- Commissione europea (2002b), *Community added value in the context of structural policies*, Working paper, gennaio, 2002;
- Commissione europea (2004a), *Terzo rapporto sulla coesione economica e sociale*, febbraio, 2004;
- Commissione europea (2004b), *Costruire il nostro avvenire comune. Sfide e mezzi finanziari dell'Unione allargata 2007-2013*, COM(2004)101 def.;
- IBO, *The financing of the EU structural policy in the context of the enlargement of the EU*, L'Aia, Interdepartmental policy study, 2001;
- Ministero del Tesoro, Regno Unito, *A modern regional policy for the United Kingdom*, 2003, www.dti.gov.uk/europe/consultation.pdf;
- Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le politiche di sviluppo, *Secondo memorandum italiano sulla riforma della politica regionale di coesione comunitaria*, dicembre 2002;
- Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento per le Politiche di Sviluppo e di Coesione, *Rapporto Annuale 2004*, 2005;
- Ministero dell'Economia, Spagna, *Memorandum: Regional Policy and enlargement*, aprile 2005;
- Parlamento europeo – Commissione trasporti e politiche regionali, *Relazione sulla seconda relazione della Commissione al Consiglio*, gennaio, 2002;
- Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo sulle sfide e i mezzi finanziari dell'Unione allargata nel periodo 2007-2013 (2004/2209(INI))*, giugno, 2005.
- A. SAPIR, *et al.*, *An agenda for a growing Europe - Making the EU economic system deliver*, Report of an Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission, Brussels, 2003;
- D. TARSCHYS, *Reinvesting cohesion. The future of European structural policy*, Report n. 17, Stockholm, Swedish Institute for European Policy Studies, 2003;
- C. WEISE, *EU Eastern enlargement can be financed – increased need for reforms*, in *DIW Economic Bulletin*, 2001, 10.

Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva

SOMMARIO: 1. Oggetto del lavoro. – 2. La divisione dei poteri in materia di servizi di interesse economico generale. – 3. L'evoluzione della questione della compensazione del servizio pubblico. – 4. Il pacchetto di misure sulla compensazione e i poteri normativi e d'indirizzo della Commissione. – 5. Le raccomandazioni della Commissione per la modifica dei sistemi di aiuto al servizio pubblico radiotelevisivo. – 6. Conclusioni.

1. La necessità che la disciplina dei servizi di interesse economico generale (d'ora in poi: SIEG) rifletta non solo i principi della concorrenza, ma il diritto fondamentale ai servizi essenziali, rappresenta il nucleo centrale del dibattito sul modello sociale europeo. Resta aperta la questione della base giuridica e delle modalità con le quali l'approccio comunitario, tendente ad evitare le distorsioni del mercato e a liberalizzare i servizi universali, possa incidere sulle politiche nazionali e creare un effettivo quadro giuridico europeo.

In questo senso, il rinvio dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale, che ne avrebbe parzialmente aiutato il progresso¹, non ha certamente giovato. Anzi molti sostengono che proprio la paura per la liberalizzazione dei servizi sia stata una delle cause determinanti dell'insuccesso dei referendum di ratifica.

Il ruolo di supplenza della Commissione, in assenza di soluzioni condivise sulla base e sugli strumenti della disciplina in materia, ha avuto un rilevante impatto sulla dinamica dei poteri a livello comunitario e tra la Comunità e gli Stati. Realizzato senza apparenti contrasti sugli sviluppi necessari in materia, il protagonismo indiscusso della Commissione appare encomiabile, ma non suffi-

¹ Se, allo stato dell'arte, è problematico ritrovare nel TCE una base giuridica per un atto normativo in materia, con l'entrata in vigore del Trattato costituzionale, si potrebbe adottare una *legge europea* relativa ad un quadro giuridico di principi e condizioni, “fatta salva la competenza degli Stati membri [...] di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi” (art. III-122 del Trattato costituzionale). Nella Convenzione europea, si è svolto un confronto sulla nozione e disciplina europea dei SIEG. V., in particolare, il contributo di Olivier Duhamel e Pervenche Berès, *Per un diritto europeo dei servizi pubblici*, 7 ottobre 2002, CONV, 319/02. Cfr. S. RODRIGUES, *Vers une loi européenne des services publics. De brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *RMCUE*, 2003, p. 503 ss.

ciente all'evoluzione giuridica di un settore come quello dei SIEG, che tocca la qualità della vita dei cittadini europei.

In termini di *deficit* democratico, non basta la pur apprezzabile attività di governanza della Commissione del *dossier* SIEG, secondo una prassi ormai consolidata (libro verde, pubblicazione *on line* e documento di sintesi dei commenti, libro bianco); né la consultazione delle altre istituzioni, condotta senza alcuna specifica base giuridica, sulle misure da adottare per la disciplina della compensazione dei SIEG².

Inoltre, occorre ricordare che la scelta della Commissione di limitarsi solo a quest'ultimo aspetto è dovuta alla mancanza di consenso sugli altri profili della regolamentazione generale dei SIEG. La Commissione ha sottoposto, ai decisori e agli ambienti interessati, l'alternativa tra l'adozione di uno *strumento-quadro* a carattere generale e la continuità dell'approccio per settore. La consultazione non chiude la questione, ma il consolidamento in un *corpus juris* comunitario di *principi e condizioni* degli oneri di servizio pubblico resta nella agenda dei lavori.

Si tratta di realizzare il processo che portò, a metà degli anni '80, alla disciplina comunitaria degli appalti; a metà degli anni '90, all'apertura dei mercati dei settori precedentemente esclusi ed alla disciplina dei servizi universali. Proprio ai settori precedentemente esclusi, infatti, con gli opportuni aggiustamenti all'evoluzione tecnologica (ad es. comunicazioni elettroniche) si riferisce l'attuale dibattito sui SIEG.

In questo contesto si collocano le riflessioni del presente lavoro, che si concentrano sul ruolo della Commissione, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 86, paragrafi 2 e 3 TCE³, in relazione ad alcuni interessanti e recenti sviluppi della

² Le questioni politiche e giuridiche in materia sono state prima ampiamente presentate e discusse dalla Commissione nelle Comunicazioni del 1996 e del 2000 sui servizi di interesse generale in Europa, *GUCE C* 281, 26 settembre 1996, e *GUCE C* 17, 19 gennaio 2001; poi rilanciate e approfondite nei successivi documenti di consultazione e strategia. V. libro verde della Commissione sui servizi di interesse generale, COM(2003)270 def. del 21 maggio 2003; Relazione sulla consultazione pubblica in merito al libro verde sui servizi di interesse generale, SEC(2004)326 del 29 marzo 2004; libro bianco sui servizi di interesse generale, COM(2004)374 def. del 12 maggio 2004. Un altro *dossier* che consente di chiarire ulteriormente le questioni giuridiche della selezione delle imprese incaricate della gestione di SIEG è quello del libro bianco della Commissione, del 20 maggio 2004, servizi di interesse generale, COM(2004)374 def. I SIEG sono anche oggetto del lavoro della Commissione nel quadro della revisione complessiva degli aiuti, v. Commissione, Piano di Azione nel settore degli aiuti di Stato, Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009, COM(2005)107 def. del 7 giugno 2005, con annesso Documento di consultazione SEC(2005)795. Per la disciplina della compensazione, v. *infra*, par. 4.

³ V. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, p. 719 ss.; A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 86 ss. (in particolare sul valore della dichiarazione n. 13 allegata al Trattato); G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 7 ss.; D. TRIANTAFYLLOU, *L'encadrement communautaire du financement du service public*, in *RTDE*, 1999, p. 21 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Les 'services d'intérêt économique général', les entreprises publiques et*

disciplina generale della *compensazione degli oneri di servizio pubblico*⁴ e di quella specifica del *servizio pubblico radiotelevisivo*⁵.

2. Com'è noto, a fronte dell'alto livello di flessibilità della disciplina del Trattato (art. 86, paragrafi 2 e 3 - *ex art.* 90, paragrafi 2 e 3 TCE), in alcuni settori dei SIEG è stata adottata un'ampia regolamentazione dettagliata, soprattutto nel diritto derivato dei servizi universali⁶.

In ogni caso, la speciale tutela della missione di SIEG ha influenzato il processo di liberalizzazione e determinato l'asimmetria dei principi: da un lato una deroga circostanziata al regime degli aiuti di Stato, nella misura in cui lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità; dall'altro il riconoscimento del valore di diritti fondamentali (articoli 16 TCE e 36 della Carta di Nizza)⁷.

les privatisations, in *RDUE*, 2000, p. 117 ss.; A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001; L. R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *RI-DPC*, 2001, p. 479 ss. V. anche la dottrina citata nella nota n. 10.

Sugli aiuti di Stato, tra gli altri, v. E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 1989; G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel Diritto comunitario*, Padova, 1997; T. BALLARINO, L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1997; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; L. A. BIONDI, P. ECKHOUT, J. FLYNN (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004; M. HANSEN, *The Coming of Age of EC State Aid Law*, in *ECLR*, 2004, p. 204; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2006, p. 234 ss. e p. 247 ss.

⁴ Pacchetto di misure adottate dalla Commissione, pubblicate a fine novembre 2005, v. *infra*, par. 4.

⁵ Raccomandazioni della Commissione per ottenere alcune modifiche dei sistemi nazionali del canone televisivo (provvedimenti per *opportune misure* indirizzati agli Stati membri), v. *infra*, par. 5.

⁶ L'approccio comunitario ai servizi universali ha privilegiato, nel tempo, la via degli interventi settoriali completi (energia, comunicazioni elettroniche, poste, trasporti aerei e ferroviari). Il vasto *corpus* di diritto derivato che disciplina alcuni servizi universali, sui quali si è applicata una sterminata dottrina, non può essere approfondito in questa sede. Basti qui ricordare che alcuni grandi servizi a rete hanno ricevuto nel diritto comunitario derivato un approccio di armonizzazione, diversamente da altri SIEG (come la gestione dei rifiuti, i servizi idrici, la radiodiffusione). Quando le condizioni che disciplinano gli obblighi di servizio pubblico sono previste in un testo comunitario, gli Stati membri non possono derogarvi.

⁷ V. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 1998, p. 273 ss.; M. ROSS, *Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation*, in *ELR*, 2000, p. 22 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *DUE*, 2002, 633 ss. Sull'auspicabile passaggio della disciplina comunitaria dei SIEG dalla (esclusiva) dimensione della libertà di concorrenza ad una più articolata dimensione dei diritti fondamentali, v. i vari e importanti contributi di F. MUNARI, tra i quali, in particolare: *Imprese 'pubbliche' e servizi di interesse generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, tomo 1 (Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE), Torino, 2001, p. 567 ss.; *La disciplina dei cd. Servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *DUE*, 2002, p. 74 ss.

Dalla giurisprudenza comunitaria risulta che "in assenza di normative comunitarie in materia, la Commissione non è legittimata a pronunciarsi sull'organizzazione e sull'ampiezza delle

Il Trattato riconosce la collocazione dei SIEG fra i valori condivisi dell'Unione, assegnando altresì alla Comunità e agli Stati membri, "ciascuno nell'ambito dei rispettivi poteri", una responsabilità per il corretto funzionamento di questi servizi (art. 16 TCE). L'applicazione del principio di sussidiarietà è collegata all'evoluzione dello sviluppo tecnologico, economico e sociale dei SIEG. Ove manchino normative comunitarie di settore, viene riconosciuto come primario il ruolo delle autorità statali (nazionali, regionali e locali), nell'identificare il servizio, determinare l'organizzazione e definire gli obblighi delle imprese incaricate di SIEG. Se da un lato tale riparto di competenze consente agli Stati membri di elaborare politiche nazionali rispettose degli specifici contesti operativi, dall'altro l'assenza di una normativa specifica può creare incertezze giuridiche e distorsioni del mercato.

In linea di principio, la separazione dei differenti ruoli nella regolamentazione dei SIEG è molto chiara: gli Stati membri definiscono la natura e la missione di servizio pubblico, l'attribuzione dell'incarico e le modalità di finanziamento; la Commissione esercita la funzione di controllo sull'operato degli Stati membri sulla base del principio di proporzionalità⁸, vale a dire di una valutazione, di ordine economico e sociale, finalizzata esclusivamente ad evitare abusi che arrecherebbero pregiudizio alle imprese che operano sugli stessi mercati (e non beneficiano degli stessi vantaggi). In caso di controversia, la Corte giudica se l'esercizio dei poteri in materia non sia viziato da *errore manifesto o da sviamento di potere* ed applica un *favor* per gli obiettivi dei SIEG rispetto alle regole del mercato interno e della concorrenza. Per parafrasare la terminologia in uso nel contesto della CEDU, si potrebbe dire che, in questo ambito, il primo *margin* di apprezzamento spetta agli Stati membri ed il *secondo margin* alla Comunità.

L'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri nel finanziamento dei SIEG assume forme diverse: compensazione diretta dal bilancio statale, esenzioni fiscali ed entrate parafiscali; contributi degli operatori di mercato, concessione di calcolo delle tariffe medie nel caso di servizio universale⁹.

In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, il limite alla discrezionalità dello Stato in materia è costituito dal divieto di effetti distorsivi sulla

missioni di servizio pubblico [...] né sull'opportunità delle scelte politiche operate a tal riguardo dalle competenti autorità nazionali". (sentenza del Tribunale di primo grado, del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA, Raccolta* 1997, p. II-229, punto 192).

⁸ In generale, v. M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

⁹ Nel settore delle *comunicazioni elettroniche*, la direttiva 2002/22/CE prevede una disciplina dei *fondi di compensazione* complessa e consolidata. L'interazione tra autorità di regolazione e imprese contribuenti rispetta numerosi e complessi vincoli sostanziali e procedurali di proporzionalità, trasparenza, non discriminazione; gli Stati membri comunicano alla Commissione i rispettivi sistemi di contabilità dei costi e di finanziamento degli obblighi di servizio universale ai fini di una verifica della compatibilità dei medesimi con il trattato. Cfr. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *RIDPC*, 2003, p. 99 ss.

concorrenza e sul funzionamento del mercato. In pratica, però, l'applicazione del principio dell'autonomia degli Stati membri sul finanziamento dei SIEG presenta non poche difficoltà. Infatti, occorrono sicuri parametri di riferimento per decidere quando la compensazione rientri nella fattispecie dell'aiuto di Stato ed, in questa evenienza, *a quali condizioni* sia compatibile con il mercato comune. Dal punto di vista procedurale, si discute sull'obbligo di comunicare alla Commissione i progetti di aiuto, quando l'onere amministrativo sia sproporzionato, visto l'importo relativamente modesto.

3. In questo contesto, l'azione quasi-legislativa della Commissione, che ha adottato misure sulla compensazione degli oneri di servizio pubblico (d'ora in poi: *pacchetto di misure*) rappresenta il seguito degli orientamenti interpretativi della Corte, specialmente nella giurisprudenza più recente. Com'è noto, infatti, la valutazione della quantità legittima di compensazione che spetta per gli oneri di servizio pubblico alle imprese incaricate di SIEG¹⁰ ha subito un'evoluzione giurisprudenziale che ha investito la definizione stessa di aiuto di Stato. Modificando la precedente impostazione della Commissione, a partire dalla sentenza *Ferring*¹¹, ma soprattutto nella sentenza *Altmark*¹², la Corte ha statuito che

¹⁰ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla compensazione degli oneri di servizio pubblico esiste una vasta letteratura. Tra gli altri, v. A. ALEXIS, *Services publics et aides d'Etat: évolution récente de la jurisprudence*, in *RDUE*, 2002, p. 63 ss.; M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *CDE*, 2003, p. 639 ss.; A. K. BACON, *The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK Courts*, in *ECLR*, 2003, p. 54 ss.; M. CAPANTINI, *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative*, in *RIDPC*, 2003, p. 478 ss.; E. ZANELLI, *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante?*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 175 ss.; G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria. Ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole?*, in *RIDPC*, 2004, p. 823 ss.; R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 765 ss.; S. BRACQ, *Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tempête*, in *RTDE*, 2004, p. 33 ss.; E. GROMNICKA, *Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices?*, in *EPL*, 2005, p. 425 ss.

¹¹ V. sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Ferring)*, *Raccolta*, p. I-9067, punto 61. V. particolarmente le argomentazioni svolte dall'Avvocato generale Tizzano (conclusioni presentate l'8 maggio 2001).

¹² V. in tal senso, tra le altre, le seguenti sentenze della Corte di giustizia: sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium e Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Altmark)*, *Raccolta*, p. I-7747 e, nello stesso senso, sentenza del 27 novembre 2003, cause riunite C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze*, *Raccolta*, pag. I-14243; sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Lineas Regulares (Analir)*, *Raccolta*, p. I-1271, che stabilisce le condizioni formali nelle quali uno Stato può stabilire obblighi di servizio pubblico; e la sentenza del 3 giugno 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost and*

l'analisi di legittimità di una fattispecie secondo i parametri dell'aiuto di Stato, rappresenta un'ipotesi successiva e subordinata all'analisi (negativa) condotta secondo il principio di compensazione (*approccio compensazione* contro *approccio aiuto di Stato*).

In sostanza, il principio affermato è quello che i finanziamenti provenienti dallo Stato¹³, quando rappresentano una *mera compensazione* degli obblighi di servizio pubblico sono privi di uno degli elementi costitutivi della fattispecie di aiuto di Stato, vale a dire l'attribuzione di un vantaggio economico all'impresa beneficiaria. Essi consentono all'impresa beneficiaria di concorrere *ad armi pari* con gli altri operatori del mercato. Diversamente, il finanziamento configura un aiuto di Stato solo qualora l'intervento statale ecceda i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico (*sovra-compensazione*).

Sul piano procedurale, la giurisprudenza della Corte ha conseguenze pratiche molto rilevanti, perché l'apporto di risorse finanziarie da parte dello Stato, se limitato alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico, non è sottoposto più all'obbligo di notifica e all'esame preventivo della Commissione né può essere dichiarato illegittimo per il fatto stesso di aver violato l'obbligo di notifica preventiva.

Sul piano sostanziale, restava da precisare la concreta operatività delle condizioni nelle quali la compensazione del servizio pubblico non integra la fattispecie di un aiuto di Stato: sua concreta definizione; parametri stabiliti dallo Stato *a priori*; *retribuzione netta* (ridotta degli introiti realizzati nello svolgimento del servizio e aumentata di un ragionevole profitto); riferimento allo standard di una impresa competitiva e fornitura di mezzi adeguati (in mancanza di parametri che risultino dall'effettuazione di una gara).

Proprio quest'ultimo principio rappresenta l'evoluzione più importante, perché consente una valutazione con parametri rilevabili da una gara (*ex ante*) o con parametri oggettivi, rapportati cioè alle spese sostenibili da un'impresa *media gestita in modo efficiente* (piuttosto che alle spese effettivamente sostenute o sostenibili dall'impresa beneficiaria che potrebbe anche operare in modo inefficiente). Una tecnica di rinvio a comportamenti del mercato, che richiama, in un altro ambito, la tecnica del *principio dell'investitore privato*, che caratterizza il settore degli aiuti di Stato.

others v. Ufex and others, Raccolta, p. I-6993, che definisce il *principio dell'investitore privato* rispetto ad un operatore in un settore riservato; nonché sentenza del Tribunale di primo grado del 16 settembre 2004, causa T-274/01, *Valmont Nederland BV c. Commissione*, punto 130.

¹³ Com'è noto, il servizio pubblico può essere svolto anche da imprese private. Stante la neutralità del diritto comunitario rispetto al regime di proprietà, la questione riguarda il concetto di impresa pubblica se l'influenza dello Stato si realizza comunque in varie forme e modalità. Il regime di gestione dei SIEG può comportare una gestione diretta della Amministrazione (dipartimento interno o *régie*), o una missione affidata ad un'impresa pubblica (o mista) o ad una società *no profit*, o per concessione ad un'impresa di qualsiasi tipo, o tramite il riconoscimento di *diritti esclusivi o speciali*.

4. In questo ambito, si colloca il *pacchetto di misure* adottato dalla Commissione, che prevede meccanismi e soluzioni tecnico-procedurali per un migliore bilanciamento tra gli interessi comunitari (alla base del divieto degli aiuti di Stato) e nazionali sul finanziamento degli obblighi di servizio pubblico¹⁴. La Commissione ha ritenuto di *codificare* gli aspetti innovativi della giurisprudenza *Altmark*, precisando la concreta operatività del principio della *compensazione netta* del servizio pubblico alle imprese di SIEG¹⁵.

In relazione ai profili sostanziali, il *pacchetto di misure* si presta all'osservazione critica sulla parzialità del profilo prescelto in assenza di una codificazione dei principi normativi generali e settoriali applicabili ai SIEG. Dal punto di vista istituzionale, esprime caratteristiche innovative del ruolo che la Commissione intende svolgere nel settore della concorrenza, consolidando tecniche normative e decisionali indirizzate alle imprese (già utilizzate nell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE) ad un settore che si rivolge principalmente agli Stati (in applicazione dell'art. 86, paragrafi 2 e 3).

La prima misura consiste nella decisione 2005/842/CE¹⁶, che nella sua struttura normativa prevede esenzioni *per blocco*, secondo la nota tecnica sviluppata per l'applicazione degli articoli 81 e 87 TCE. La decisione dichiara la compatibilità e l'esonero dalla notifica di alcune compensazioni con vari meccanismi: soglia *de minimis*¹⁷, criterio combinato con *movimento di passeggeri* (trasporti per le isole, aeroporti e porti)¹⁸ o *tipologia di attività* (ospedali ed enti per l'edilizia popolare)¹⁹. Soprattutto quest'ultima esenzione rivela il carattere politico-

¹⁴ V. Doc. A6-0034/2005 del 9 febbraio 2005, Relazione sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2004/2186(INI)), Commissione per i problemi economici e monetari, Relatrice Sophia in 't Veld; Parere del Comitato economico e sociale europeo (2005/C 157/06), *GUUE* C 157, 28 giugno 2005, p. 48.

¹⁵ Nella Relazione sui servizi di interesse generale al Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001 (COM(2001)598 def.), la Commissione aveva reso noto di voler procedere ad una migliore definizione della compensazione degli obblighi di servizio pubblico.

¹⁶ Decisione della Commissione 2005/842/CE, del 28 novembre 2005, riguardante l'applicazione dell'articolo 86 del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (notifica n. C(2005)2673), *GUUE* L 312, 29 novembre 2005, p. 67 ss. La decisione 2005/842/CE, cit., non si applica ai trasporti terrestri nel cui settore esistono norme specifiche sulle compensazioni, che prevedono l'esenzione dell'obbligo di notificazione e la facoltà di deroga da parte degli Stati per le imprese che forniscano esclusivamente servizi di trasporto urbano, extraurbano o regionale (art. 73 TCE e regolamenti richiamati nei *considerando*).

¹⁷ Sono esentate compensazioni di importo annuo inferiore a trenta milioni di Euro, ad imprese con un fatturato totale annuo inferiore a cento milioni di Euro (ottocento per le imprese di credito), v. la decisione 2005/842/CE, cit., art. 2, par. 1, lett. a).

¹⁸ Sono esentate compensazioni concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole (sino a trecentomila passeggeri di traffico annuale medio), aeroporti (sino a trecentomila passeggeri) e porti (sino a un milione di passeggeri), v. la decisione 2005/842/CE, cit., art. 2, par. 1, lettere c) e d).

¹⁹ V. la decisione 2005/842/CE, cit., art. 2, par. 1, lett. b). La *ratio* dell'esenzione dall'obbligo di notifica a favore degli ospedali (cure mediche, servizi d'urgenza e ausiliari direttamente legati alle attività principali, come ad es. la ricerca) e delle imprese di edilizia popolare (incaricate di compiti di SIEG) viene riferita alla loro specificità e alla minore potenzialità di distorsione della

generale e non solo procedurale delle scelte operate dalla Commissione, che ha disciplinato due tra i settori più sensibili dell'ambito sociale dei SIEG e che, secondo l'opinione prevalente, dovrebbe essere sottoposto ad una disciplina *ad hoc*.

Il secondo atto, denominato *disciplina comunitaria*²⁰, regola la compensazione dei SIEG, con riferimento esplicito ai criteri della sentenza *Altmark*, indicando le fattispecie che non costituiscono "aiuti di Stato" e possono essere assoggettate solo ad un controllo *a posteriori* della Commissione. In parte, i principi codificati appaiono un *restatement* dei meccanismi di valutazione adottati dalla giurisprudenza della Corte e dalla Commissione, secondo un principio di interpretazione teleologica delle norme di cui agli articoli 86 e 87 TCE. Per altri aspetti, invece, l'atto contiene regole di dettaglio che hanno natura di *sviluppo progressivo* degli strumenti di applicazione del *principio della compensazione netta* degli obblighi di servizio pubblico, sulla base dei costi e dei ricavi generati dal servizio²¹.

Dal punto di vista della tipologia degli atti comunitari, si inserisce nella prassi delle comunicazioni che la Commissione adotta secondo il principio di certezza giuridica (uno dei principi generali di diritto più volte richiamato dalla Corte) oltre che per esigenze di efficacia e trasparenza del processo decisionale (spesso a seguito di un *leading case*). Tuttavia, la definizione dell'atto come *quadro comunitario* (nel testo inglese: *framework*) e la deliberata esclusione di ogni riferimento al *nomen* di comunicazione interpretativa o linee-guida pongono all'interprete una questione non solo semantica, ma di configurazione giuridica.

È certo, secondo giurisprudenza unanime²², che gli orientamenti o "principi-base di riferimento" della Commissione vincolano soltanto i suoi poteri di valu-

concorrenza, non necessariamente proporzionata al fatturato ed al livello della compensazione (16° *considerando*). La motivazione più convincente è naturalmente la *sensibilità* del settore, ma è condivisibile l'obiettivo dell'economia delle procedure.

²⁰ Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico che ha natura di linee direttrici per l'azione della Commissione (2005/C 297/04), *GUUE* C 297, 29 novembre 2005, p. 4.

²¹ Manca la determinazione di buone pratiche, che consentano di evitare la cd. *scrematura*, che, specie nei settori liberalizzati, non appare corretta, perché incide sulla determinazione della media delle tariffe ed può determinare il sovvenzionamento incrociato tra servizi redditizi e servizi in perdita.

²² V. in tal senso, tra le altre, le seguenti sentenze della Corte di giustizia: sentenza del 24 marzo 1993, causa C-313/90, *CIRFS e altri c. Commissione, Raccolta*, p. I-1125, punti 34 e 36; sentenza del 4 luglio 2000, causa C-387/97, *Commissione c. Grecia, Raccolta*, p. I-5047, punti 87-89; sentenza del 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione, Raccolta*, p. I-2289, punto 52. V., inoltre, sentenza del 5 ottobre 2000, causa C-288/96, *Germania c. Commissione, Raccolta*, p. I-8237, punto 62; sentenza del 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Grecia c. Commissione, Raccolta*, p. I-97, punto 98 ("Si deve tuttavia precisare che la Commissione può imporsi orientamenti per l'esercizio dei suoi poteri di valutazione mediante atti quali le linee direttrici, nella misura in cui tali atti contengono norme indicative sull'orientamento da seguire da parte di detta istituzione e non derogano a norme del Trattato").

tazione in materia e che la Corte potrà dunque intervenire, senza vincoli, sul contenuto della *disciplina* alla stregua di una qualsiasi altra *comunicazione*. È altrettanto, però, evidente che questo *atto*, nella sua struttura e pretesa di ambito di applicazione, ha finalità e caratteristiche sostanzialmente simili a quelle di una *direttiva*. Tra l'altro, si rivolge agli Stati, prevedendo che dovranno adeguarsi entro un anno, se i loro ordinamenti non prevedano tali criteri.

A nostro avviso, l'atto avrebbe dovuto avere come base giuridica l'art. 86, par. 3, che prevede il potere normativo di emanare direttive da parte della Commissione, ma, probabilmente, gli Stati membri, che hanno sempre visto con sospetto il ricorso a questa potestà, non avrebbero gradito una soluzione di questo tipo, considerato il carattere *altamente politico* dalla materia in oggetto.

Al contrario, proprio le caratteristiche tecniche e strumentali dei poteri di accertamento della Commissione, giustificano la continuazione del ricorso a questa facoltà in relazione al terzo atto del *pacchetto di misure*, la ulteriore modifica della *Direttiva sulla trasparenza*²³, una delle più consolidate direttive della Commissione, basata proprio sull'art. 86, par. 3, per estendere l'obbligo della contabilità separata a qualsiasi impresa incaricata di SIEG.

Infine, vale la pena di ricordare che la distinzione dei ruoli e delle funzioni della Commissione e degli Stati membri potrà utilmente avvalersi, in futuro, dell'attività di valutazione economico-giuridica dei SIEG (valutazioni orizzontali e settoriali)²⁴. Il risultato di questo lavoro dovrebbe servire, non solo ad una lettura europea della cultura amministrativo-gestionale dei SIEG, ma anche alla costruzione di parametri europei ai quali ancorare il *principio dell'impresa efficiente e dotata di mezzi adeguati*, richiamato dalla giurisprudenza della Corte e dal *pacchetto di misure*.

Infatti, per una valutazione oggettiva della compensazione degli oneri di servizio pubblico non bastano solo alcuni riferimenti giurisprudenziali e normativi di base, ma occorrono anche standard della qualità media e delle migliori prassi a livello nazionale. Solo così si può pensare alla applicazione del suddetto principio giurisprudenziale, che non può essere rispettato, solo tramite metodi occasionali ed empirici, dai soggetti chiamati a svolgere un ruolo in materia (Stati, Commissione, imprese incaricate di SIEG e loro concorrenti).

5. Malgrado l'ambito di applicazione della *decisione* e la *disciplina* escluda i servizi di radiodiffusione²⁵, la politica della Commissione di vigilanza sulle

²³ Direttiva 2005/81/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese, *GUUE* L 312, 29 novembre 2005, p. 47. Cfr. M. T. CIRENEL, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della "disciplina trasparenza"*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 281.

²⁴ V. ad es. Commissione, Comunicazione del 18 giugno 2002, Metodologia per la valutazione orizzontale dei servizi di interesse economico generale, COM(2002)331 def.

²⁵ In generale sulla questione del servizio pubblico televisivo, v. R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in *DUE*, 1998, p. 533 ss; A. BARTOSCH, *The Financing of*

scelte nazionali nell'interesse della Comunità, si presenta altrettanto incisiva e innovativa in questo specifico settore. Infatti, la sua recente attività in materia merita alcune riflessioni e considerazioni critiche, perché coerente con l'applicazione dei medesimi principi sin qui indicati, è stata realizzata tramite il ricorso ad una specifica procedura, condivisa e accettata dagli Stati membri.

La Commissione, dopo una lunga fase di stallo o di incertezza in materia²⁶, ha re-interpretato il suo ruolo di controllo e vigilanza sulle prerogative degli Stati, proprio partendo dal controllo della compensazione degli oneri di servizio pubblico alle imprese di radiodiffusione, con specifico riguardo ai finanziamenti ordinari annuali (canone di abbonamento).

Il potere "rafforzato" degli Stati in materia (alla luce del Protocollo al Trattato di Amsterdam sui servizi pubblici radiotelevisivi) e la maggiore autonomia delle caratteristiche nazionali del servizio pubblico televisivo emerge chiaramente dalle linee-guida dalla Commissione nella Comunicazione del 2001 sulla applicazione delle norme sugli aiuti di Stato ai servizi pubblici radiotelevisivi (d'ora in poi: *Comunicazione del 2001*)²⁷.

Gli Stati hanno la competenza sull'organizzazione ed il finanziamento del servizio pubblico televisivo (finanziamento esclusivamente con fondi pubblici o combinazione di fondi pubblici ad introiti derivanti da attività commerciale), a condizione che adottino criteri di buona gestione e non producano pregiudizio al commercio, alla concorrenza ed all'interesse comune. Gli Stati devono definire e conferire il servizio pubblico tramite un atto formale (atto legislativo, contratto, ecc.) in cui si stabilisca in maniera chiara ed esaustiva il mandato, nonché

Public Broadcasting and E.C. State Aid Law: an Interim Balance, in *ECLR*, 1999, p. 197 ss; M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, Torino, 2000; R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Torino, 2001; I. NITSCHE, *Broadcasting in the European Union: the Role of Public Interest in Competition Analysis*, The Hague, 2001; A. SINAGRA, *La disciplina comunitaria del settore televisivo con riguardo all'ordinamento italiano*, Milano, 2001; R. CRAUFURD SMITH, *State Support for Public Service Broadcasting: The Position Under European Community Law*, in *LIEI*, 2001, p. 3 ss.; Id., *Rethinking European Union Competence in the Field of Media Ownership*, in *ELR*, 2004, p. 652 ss.; A. F. BAVASSO, *Public Service Broadcasting and State Aid Rules: between a Rock and a hard Place*, in *ELR*, 2002, p. 340 ss.; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; V. ZENO ZENCOVICH, *Il 'servizio pubblico televisivo' nel nuovo quadro normativo comunitario*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 1 ss.; S. DEPYPERE, N. TIGCHELAAR, *The Commission's State Aid Policy on Activities of Public Service Broadcasters in Neighbouring Markets*, in *Competition Policy Newsletter*, 2004, n. 2, p. 19 ss.

²⁶ Negli anni novanta erano stati presentati numerosi ricorsi sul finanziamento delle imprese incaricate di servizio pubblico, sui quali la Commissione si era trovata in difficoltà nel decidere. Il comportamento omissivo della Commissione era stato sanzionato dal Tribunale di primo grado e la Commissione aveva successivamente adottato alcune decisioni. I risultati di tale evoluzione erano stati alla base della Comunicazione del 2001 (cfr. nota successiva) e sono ampiamente analizzati in dottrina. Non appare pertanto utile riesaminare quel filone in questo ambito.

²⁷ V. Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, 2001/C 320/04, *GUCE* C 320, 15 novembre 2001, p. 5 ss. (che richiama l'applicabilità della direttiva sulla trasparenza a partire dalla entrata in vigore della sua modifica, vale a dire dal 31 luglio 2001).

garantire un controllo nazionale indipendente (*authority*) sul rispetto degli standard qualitativi imposti all'operatore incaricato del servizio.

È compito della Commissione valutare se vi sia un equilibrio appropriato tra le scelte di servizio pubblico operate dagli Stati ed il corretto funzionamento della concorrenza (art. 86, par. 2). In questo senso, può verificare soltanto che la definizione non sia manifestamente errata, ovvero che il palinsesto delle trasmissioni di servizio pubblico televisivo comprenda programmi che possano ragionevolmente essere considerati corrispondenti “alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società” (come stabilito dalla *Comunicazione del 2001*)²⁸.

La valutazione del rispetto del criterio di proporzionalità del finanziamento riguarda i vantaggi derivanti dall'attività di servizio pubblico in rapporto a quelle che non lo sono. Contrariamente a quanto avviene per gli altri SIEG, è legittimo imputare i costi strutturali alle attività di servizio pubblico in quanto la ripartizione in ragione delle due categorie di attività rischierebbe di essere arbitraria e incongrua.

Il principio di base è quello secondo cui lo sfruttamento commerciale delle attività di servizio pubblico, vendita di programmi e di pubblicità, deve essere realizzato a condizioni di mercato e preso in considerazione nella valutazione della compensazione del servizio pubblico. Il corollario di questo principio è che le relazioni economiche con le società controllate e l'attività di quest'ultime siano coerenti con la normale prassi di mercato per gli incarichi che ricevono (ad es. diritti di proprietà intellettuale e programmazione, impianti e risorse, servizi di presentazione e promozione) e per la valorizzazione commerciale dei programmi di servizio pubblico (ad es. tramite la vendita di spazi pubblicitari). L'obiettivo è evitare un comportamento anticoncorrenziale da parte dell'ente di servizio pubblico radiotelevisivo, basato su pratiche di vendita sottocosto o *dumping*.

Nella attuale fase (a partire dal 2003)²⁹, la Commissione ha rafforzato il suo controllo sulla definizione da parte degli Stati del servizio pubblico televisivo con una politica che appare, nella forma, più praticabile e rispettosa delle preo-

²⁸ Vale a dire che i compiti del servizio pubblico possono comprendere una programmazione a carattere generale, con un palinsesto equilibrato e vario, che non comprenda soltanto trasmissioni di informazione ma anche di intrattenimento e di sport; possono altresì rientrarvi attività informative *on line*, ma sono invece precluse attività commerciali *on line* così come la vendita di spazi pubblicitari. Gli Stati possono dunque includere programmi di intrattenimento, la trasmissione di film e di sport nel mandato di servizio pubblico, considerata la diversità culturale degli Stati membri, che non rendono possibile né auspicabile un'armonizzazione della missione a livello comunitario.

²⁹ Nella fase precedente, la Commissione aveva deciso vari procedimenti (contro Italia, Francia, Portogallo) relativi ad aiuti di Stato tramite sostegno alle imprese televisive di servizio pubblico, dichiarando la loro compatibilità con il funzionamento della concorrenza, in quanto le misure *ad hoc* esaminate apparivano limitate alla compensazione delle perdite sostenute nell'assolvimento della loro missione di servizio di pubblico interesse.

gative degli Stati membri, ma, sostanzialmente, più invasiva della competenza degli Stati.

L'azione della Commissione si è basata sul ricorso alle raccomandazioni per *opportune misure* previste per gli *aiuti esistenti*, secondo le procedure del regolamento relativo a norme procedurali sugli aiuti di Stato n. 659/1999 (articoli 17, 18 e 19)³⁰. Per il parere positivo è stata determinante l'accettazione, da parte delle Autorità nazionali interessate, delle raccomandazioni della Commissione; accettazione che ha comportato l'obbligo di modificare regole e prassi nazionali in contrasto con il *principio della compensazione netta* del servizio pubblico.

Pur non rinunciando ad applicare, se del caso, la procedura di infrazione per nuovi aiuti³¹, la Commissione ha indirizzato raccomandazioni per la modifica dei sistemi di servizio pubblico radiotelevisivo a *Italia, Francia, Spagna*³². Si

³⁰ Cfr. regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, *GUCE* L 83, 27 marzo 1999, p. 1 ss. (articoli 17, 18 e 19, Capo V, Procedura relativa ai regimi di aiuti esistenti), che prevede una procedura *ad hoc* per gli aiuti di Stato esistenti (prima dell'entrata in vigore del TCE nel 1958). La Commissione procede al riesame permanente dei regimi di aiuti esistenti e può proporre allo Stato membro interessato le *opportune misure richieste* dal graduale funzionamento del mercato interno. La raccomandazione della Commissione diventa vincolante con l'accettazione dallo Stato. In questi casi la modifica o la soppressione dell'aiuto non comporta il recupero degli importi versati.

³¹ La prima delle due decisioni della Commissione riguardanti l'Italia ha stabilito la compatibilità del canone televisivo, ma solo in relazione ad alcune misure *ad hoc*, v. decisione 2004/340/CE del 15 ottobre 2003, sulle misure (attuata dall'Italia) in favore di RAI S.p.A (notifica n. C(2003)3528), *GUUE* L 119, 23 aprile 2004, p. 1 ss. Sulla seconda decisione, v. nota successiva.

Per il Portogallo, v. decisione C (2003)3526, Decision on the ad hoc measures implemented by Portugal for RTP (edizione integrale reperibile, senza data, nel sito del Segretariato generale della Commissione, sezione Aiuti di Stato); v., anche il parere preliminare, Aiuto NN 133/A/01, NN 85/A/01 e NN 94/A/99 - Compensation indemnities to public service broadcasters pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty (2002/C 98/02), *GUCE* C 98, 23 aprile 2002, p. 2 ss.

Per la Danimarca, le decisioni hanno riguardato il finanziamento pubblico dell'emittente pubblica danese TV2. La Commissione ha statuito l'incompatibilità con imposizione alla Danimarca dell'obbligo di recuperare l'aiuto illegittimamente concesso, la ricapitalizzazione dell'impresa, a seguito del recupero dell'aiuto di Stato, v. decisione C(2004)1814 del 9 maggio 2004, Decision on measures No C 2/2003 (ex NN 22/02) implemented by Denmark for TV2/DANMARK (disponibile sul sito del Segretariato generale della Commissione, sezione Aiuti di Stato). Contro questa decisione è stato proposto ricorso da Danimarca e TV2 alla Corte di giustizia, v. ricorso, *GUUE* C 262, 23 ottobre 2004, p. 43 ss.

³² Per l'Italia, v. decisione C(2005)1164 del 20 aprile 2005, Aiuto di Stato E 9/2005 (ex C 62/1999) – Italia, Canone di abbonamento Rai (edizione integrale reperibile nel sito del Segretariato generale della Commissione, nella sezione Aiuti di Stato). In questo procedimento la Commissione ha ritenuto determinanti per la valutazione positiva l'introduzione del sistema di contabilità separata (distinzione tra introiti e spese del servizio pubblico di radiodiffusione e delle altre attività), nonché l'istituzione di una commissione paritetica competente sui criteri generali e le modalità di attuazione della contabilità e l'esperienza dei fornitori di servizi pubblici in altri Stati membri.

Per la Francia, v. decisione C(2005)1166 del 20 aprile 2005, Aide d'Etat E 10/2005 (ex C 60/1999), France Redevance radiodiffusion (edizione integrale reperibile nel sito del Segretariato generale della Commissione, sezione Aiuti di Stato); cfr. la notizia della chiusura in senso positivo del procedimento, *GUUE* C 240, 30 settembre 2005, p. 20.

prevede che procederà analogamente nei casi *Germania, Irlanda e Paesi Bassi*, ancora in attesa di definizione³³.

La Commissione ha stabilito che il regime di aiuti di Stato, consistente nel canone televisivo, era *esistente*, all'epoca dell'entrata in vigore del TCE nel 1958, che le modifiche successivamente intervenute non erano tali da modificarne la natura, ed ha predeterminato le misure legislative che gli Stati interessati sono tenuti ad introdurre per garantire la compatibilità del loro sistema televisivo con le regole sugli aiuti di Stato. In base alla procedura adottata, la Commissione ha potuto così proporre una valutazione *ex ante* della necessità di tali modifiche alla luce della evoluzione dei principi comunitari in materia, ottenendo *una leale cooperazione* dai medesimi Stati. In una prima fase, è stata così valorizzata la funzione di valutazione e di indirizzo della Commissione e le prerogative degli Stati membri di modificare legislazioni e prassi, ma le raccomandazioni emanate hanno esplicitato il loro obiettivo di determinare le condizioni di legittimità, senza peraltro precluderne il potere di procedere contro gli Stati membri eventualmente inadempienti.

In questi casi, la Commissione, per la valutazione delle distorsioni del mercato (tramite pratiche di ribasso rispetto al valore di mercato) da parte delle imprese *de quo* ha richiesto agli Stati l'applicazione, nel settore televisivo, dei principi della Sentenza *Altmark*: maggiori garanzie in materia di separazione contabile (*direttiva sulla trasparenza*); proibizione di ogni sovracompensazione; imposizione di termini commerciali per le attività non di servizio pubblico; controllo delle relazioni tra le imprese di servizio pubblico e le loro filiali commerciali.

Infatti, la Commissione ritiene queste le pre-condizioni necessarie per l'applicazione del principio perché il finanziamento di imprese di servizio pubblico televisivo è ammissibile solo nella misura in cui sia necessario per assolvere la funzione di servizio pubblico. Quanto alla valutazione del canone di abbonamento alla stregua del principio di proporzionalità, la Commissione deve effettuare una *valutazione ex ante* della compatibilità degli aiuti esistenti o notificati. Questa indagine non ha per oggetto specifici comportamenti anticoncorrenziali,

Per la Spagna, v. decisione C(2005)1163 del 20 aprile 2005, *Ayuda de Estado E 8/2005* (ex NN 166/A/1995), *España Ayuda estatal en favor del Ente Público Español de Televisión (RTVE)* (edizione integrale reperibile nel sito del Segretariato generale della Commissione, sezione Aiuti di Stato). Anche per la Spagna, per la quale non c'era stata nessuna procedura formale, la Commissione è giunta alle stesse conclusioni che per l'Italia e la Francia. Nel caso della Spagna la Commissione ha anche chiesto che le autorità nazionali sopprimano la garanzia illimitata di cui beneficia l'impresa di servizio pubblico (RTVE), in base alla quale finora la responsabilità ultima per i debiti di RTVE ricade in definitiva sullo Stato.

³³ Sulle comunicazioni inviate, il 3 marzo 2005, ad Irlanda, Paesi Bassi e Germania, cfr. Press Releases IP/05/458 (reperibile sul sito Rapid della Commissione), la Commissione dichiara di voler agire in continuità con la politica adottata nei casi precedenti in merito ai principi di trasparenza finanziaria e alle attività commerciali delle imprese di servizio pubblico radiotelevisivo, Press Releases MEMO/05/73 (3/03/2005), *Public service broadcasting and State aid – frequently asked questions* (reperibile sul sito Rapid della Commissione).

ma l'esistenza di adeguati strumenti di garanzia e meccanismi di controllo per impedire future compensazioni eccessive del prestatore del servizio.

L'analisi logico-giuridica seguita dalla Commissione è svolta secondo un identico iter nei due casi relativi alla Francia e all'Italia, decisi per altro nella stessa data. In primo luogo, valuta la sussistenza cumulativa nella fattispecie dei requisiti di un aiuto di Stato (l'origine a vario titolo statale, il vantaggio selettivo di talune imprese o di talune merci, la distorsione della concorrenza, l'incidenza sugli scambi intracomunitari, in base all'art. 87, par. 1 TCE). Se l'ipotesi è confermata, procede alla identificazione delle caratteristiche della compensazione da parte degli Stati membri, in un test di equilibrio tra principi di concorrenza e interesse generale della Comunità.

La Commissione verifica, poi, se le entrate di provenienza statale, come il canone di abbonamento o altre diverse fonti di finanziamento, siano necessarie per sostenere i costi che derivano dagli obblighi di servizio pubblico. Ne valuta, sulla base della separazione contabile, il rispetto del principio della proporzionalità, vale a dire che il finanziamento non ecceda che i costi degli oneri di servizio pubblico, evidenziando così l'esistenza di sovvenzioni trasversali.

L'accertamento della proporzionalità, che la Commissione deve eseguire, è quindi duplice. Da un lato, la Commissione deve calcolare il costo netto della funzione di servizio pubblico e verificare se tale costo sia stato compensato in eccesso (sovracompensazione). In secondo luogo, la Commissione deve indagare su qualsiasi ingiustificata sotto-valutazione da parte dell'impresa, che potrebbe deliberatamente considerare minori gli introiti derivanti dallo sfruttamento commerciale delle attività del servizio pubblico. La condizione prioritaria per la valutazione della Commissione è, evidentemente, la previsione dei principi di separazione contabile, vigente ad es. per *France Television* dal 1986 e per la *RAI* dal 2005, e degli altri necessari meccanismi di controllo e trasparenza a livello nazionale.

In nessuno dei casi esaminati fino ad oggi, la Commissione ha ritenuto che i requisiti della sentenza *Altmark* fossero presenti contemporaneamente. Nella maggioranza dei casi, i parametri per la determinazione della compensazione non sono prestabiliti con chiarezza. Inoltre, le emittenti pubbliche radiotelevisive non sono selezionate in base a una procedura di gara e la compensazione non è determinata secondo i criteri di una impresa caratterizzata da una sana gestione.

Le raccomandazioni della Commissione per la compensazione ordinaria (canone) hanno raggiunto questo obiettivo di armonizzazione, che consente ora di rendere concretamente praticabile la divisione dei poteri tra Commissione e Stati membri in un settore così delicato, rimasto troppo a lungo fuori da una effettiva azione europea.

Indubbiamente, un risultato assai incisivo e di forte significato politico-istituzionale. Anche se si tratta di un caso del tutto particolare, potrebbe essere, a nostro avviso, utilmente ripreso nella modifica del regime degli aiuti di Stato.

6. Il presente lavoro ha cercato di mettere in evidenza l'evoluzione del ruolo della Commissione in un settore strategico della sua competenza (articoli 86 e 87 TCE), in cui esercita funzioni legislative, di indirizzo e quasi-giurisdizionali.

A giustificazione degli sviluppi istituzionali esaminati, che vedono una anomala crescita del ruolo e dei poteri della Commissione, non può non riconoscersi la difficoltà di *traghetamento* dei SIEG dalla prospettiva nazionale (ancora preponderante nella disciplina comunitaria) verso un comune denominatore europeo, vista l'impossibilità di trovare un consenso su un nuovo auspicabile equilibrio inter-istituzionale in materia.

A nostro avviso, è opportuno che le prerogative degli Stati siano bilanciate da una disciplina generale di armonizzazione dei principi comuni applicabili (qualità del servizio, protezione degli utenti, compensazione del servizio pubblico, investimenti e gestione delle infrastrutture, funzionamento delle autorità di regolazione). Alcuni principi comuni della materia sono certamente individuabili nel diritto derivato con specifico riferimento alla disciplina dei *servizi universali* (trasporti, comunicazioni elettroniche, poste, energia elettrica e gas). Lo strumento necessario non è una *carta dei servizi*, ma un decalogo di principi e standard europei di riferimento che rendano possibile e accurato il test di bilanciamento (proporzionalità) tra interesse generale degli Stati e interesse generale della Comunità, in riferimento non solo alla concorrenza, ma anche al diritto fondamentale ai servizi essenziali.

La divisione attuale dei ruoli e delle competenze tra livello comunitario e nazionale rappresenta la principale limitazione alla apertura effettiva del mercato alla prestazione transnazionale di SIEG e alla creazione di imprese europee o a dimensione europea. Solo con un forte impegno in questo senso sarà possibile che l'integrazione europea produca, anche in questo settore, un vantaggio per il cittadino europeo.

Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura *antitrust* comunitaria

SOMMARIO: 1. Inquadramento della problematica. – 2. I poteri di indagine preliminare della Commissione nel nuovo regolamento (CE) n. 1/03. – 2.1. Le indagini settoriali (art. 17 regolamento 1/03), la richiesta di informazioni (art. 18 regolamento 1/03) e l'assunzione di dichiarazioni (art. 19 regolamento 1/03). – 2.2. *Segue*: le ispezioni aziendali (art. 20 regolamento 1/03). – 2.3. *Segue*: le ispezioni domiciliari (art. 21 regolamento 1/03). – 3. Il problema dell'applicabilità della CEDU alle indagini della Commissione in materia *antitrust*. – 4. Art. 6 CEDU e principio di non autoincriminazione. – 5. Art. 8 CEDU e potere di ispezione aziendale e domiciliare – 6. Articoli 6 e 8 CEDU e modalità di esercizio dei poteri d'indagine. Il diritto all'assistenza legale. – 7. *Segue*: la tutela del *legal privilege*. – 8. *Segue*: la tutela dei segreti commerciali. – 9. Conclusioni.

1. Il 1° maggio 2004 è divenuto applicabile in tutto il territorio dell'Unione europea il nuovo quadro legislativo in materia di concorrenza tra imprese disposto a mezzo del regolamento n. 1/2003 (d'ora in poi "regolamento 1/03")¹, il quale contiene le disposizioni di applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE e sostituisce il precedente regolamento n. 17/1962 (di seguito "regolamento 17/62")².

Nella medesima data è divenuto altresì applicabile il 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 CE³.

Tra i numerosi spunti d'interesse che il *corpus* normativo in esame offre, meritano particolare attenzione le disposizioni concernenti i poteri di "indagine

¹ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss. In dottrina per tutti R. RINALDI, *Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 143 ss., nonché G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

² Cfr. regolamento (CEE) n. 17/62 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 regolamento 17/62 si veda per tutti A. FRIGNANI, M. WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, IV ed.

³ Pubblicato in *GUUE* C 101, 27 aprile 2004, di seguito "regolamento 773/04".

preliminare” della Commissione – nella fase precontenziosa che va dall’apertura del fascicolo fino alla notifica della comunicazione degli addebiti di cui all’art. 10 regolamento 773/04, atto con cui si dà avvio alla procedura vera e propria – e il loro rapporto con i diritti fondamentali riconoscibili alle imprese sottoposte al procedimento, quali risultano in particolar modo dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (d’ora innanzi “CEDU”)⁴, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (nel prosieguo indicata come “Corte europea”).

Questo rapporto, non sconosciuto agli operatori e alla dottrina in costanza del regolamento 17/62⁵, si presenta oggi ancor più attuale in ragione dell’aumento dei predetti poteri, il quale rappresenta l’inevitabile corollario del passaggio, disposto con l’art. 1 regolamento 1/03, da un sistema cd. di autorizzazione e notificazione ad uno cd. di eccezione direttamente applicabile.

Infatti, mentre nel primo sistema un’intesa lesiva della concorrenza *ex art.* 81, par. 1 TCE era sempre vietata salvo formale autorizzazione – rilasciata a seguito di notifica all’autorità di Bruxelles e diretta a riscontrare il soddisfacimento o meno delle condizioni di esenzione di cui al successivo art. 81, par. 3 TCE –, nel sistema attuale il raggiungimento delle medesime condizioni rende l’intesa lecita *ex lege* senza necessità di alcun atto amministrativo.

Sin dall’inizio del processo di modernizzazione divenne chiaro che il passaggio da un controllo *ex ante* ad uno *ex post* non si sarebbe risolto in una *deminutio* dell’efficacia dei precetti *antitrust* purché in presenza di più efficaci poteri di indagine⁶.

2.1. Al fine di giungere all’adozione delle decisioni di cui al Capitolo IV⁷, il regolamento 1/03 al successivo Capitolo V attribuisce alla Commissione alcuni

⁴ Firmata a Roma il 4 novembre 1950. La CEDU è stata ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, *GURI* n. 221, 24 settembre 1955, legge con la quale si è altresì provveduto a darne esecuzione.

⁵ Vedi G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust*, in *RDI*, 1994, p. 992 ss., e K. LENAERTS, I. MASELIS, *Procedural Rights and Issues in the Enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in *Fordham ILJ*, 2001, p. 1615 ss. Per interessanti confronti con i poteri delle agenzie statunitensi vedi C. LISTER, *Dawn Raids and Other Nightmares: The European Commission’s Investigatory Powers in Competition Law Matters*, in *George Washington Journal of International Law & Economics*, 1990, p. 45 ss.

⁶ In proposito vedi il libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l’applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, del 28 aprile 1999, *GUCE* C 132, 12 maggio 1999, p. 1 ss. (di seguito “Libro bianco”), su cui C. D. EHLERMANN, *The Modernisation of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CML Rev.*, 2000, p. 537 ss., e F. GHEZZI, *Il Libro bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 175 ss.

⁷ Ovvero, quelle di constatazione ed eliminazione delle infrazioni (art. 7 regolamento 1/03), di adozione di misure cautelari (art. 8 regolamento 1/03), di accettazione degli “impegni” proposti dalle imprese (art. 9 regolamento 1/03) e di inapplicabilità dei divieti *antitrust* a specifiche intese

poteri di indagine preliminare quantitativamente maggiori e qualitativamente più incisivi rispetto a quelli contenuti nel regolamento 17/62.

Mentre quest'ultimo consentiva all'autorità *antitrust* comunitaria di acquisire, presso le imprese indagate, gli elementi di prova necessari mediante le cd. indagini settoriali (art. 12 regolamento 17/62), le richieste di informazioni (richieste semplici oppure formali: art. 11 regolamento 17/62) e gli accertamenti *in loco* (anch'essi semplici o a seguito di decisione formale: art. 14 regolamento 17/62), la disciplina attualmente in vigore contempla innanzitutto *ex art. 17* regolamento 1/03 il potere di svolgere indagini per settore economico o per tipi di accordi, qualora l'evoluzione degli scambi intracomunitari, la rigidità dei prezzi di determinati prodotti, o altre circostanze, facciano ragionevolmente presumere un pregiudizio alla concorrenza. La Commissione potrà richiedere alle imprese operanti nel settore sotto osservazione di fornire tutte le informazioni necessarie, potrà svolgere i necessari accertamenti e richiedere la comunicazione di tutte le intese pertinenti.

L'art. 18 regolamento 1/03, in maniera non dissimile dall'art. 11 regolamento 17/62, consente all'autorità di Bruxelles di richiedere alle imprese tutte le informazioni necessarie per l'assolvimento dei propri compiti, distinguendo tra la semplice domanda di informazioni e la più formale decisione. Entrambe devono indicare la base giuridica, le informazioni richieste e lo scopo per cui si richiedono⁸, il termine per la risposta e le relative sanzioni in caso di inosservanza, ma la decisione formale deve anche menzionare il diritto di presentare ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità europee⁹. L'obbligo di fornire le informazioni richieste incombe *ex art. 18*, par. 4 regolamento 1/03 unicamente sui proprietari dell'impresa, sui rappresentanti o sugli avvocati a ciò delegati. Questi ultimi agiscono in nome e per conto dei loro clienti e non sono pertanto responsabili delle informazioni fornite.

Colmando una lacuna della normativa abrogata, l'attuale art. 19, par. 1 regolamento 1/03 attribuisce alla Commissione il potere di raccogliere, ai fini della

(cd. decisioni "positive" di cui all'art. 10 regolamento 1/03). In argomento L. BELLODI, *Le decisioni*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *op. cit.*, p. 169 ss.

⁸ Si tratta di un vero e proprio obbligo – sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1991, causa T-39/90, *Samenwerkende Elektriciteits-Productiebedrijven NV (SEP) c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-1497 ss., punti 29 e 51 – soddisfatto con l'indicazione generica dello scopo della richiesta (sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem Sa, ex CDF Chimie Sa c. Commissione*, *Raccolta*, p. 3283, punto 15), purché sia chiaro il nesso tra la violazione e le informazioni richieste, e queste ultime non costituiscano un onere eccessivo (requisiti della "necessità-utilità" e della "proporzionalità": sentenza *SEP*, punti 25 e 51). In argomento L. BELLODI, *Poteri di inchiesta e avvio della procedura*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *op. cit.*, p. 124 s.

⁹ In costanza dell'art. 11, par. 5 regolamento 17/62, la Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 1980, causa 136/79, *National Panasonic (UK) Ltd. c. Commissione*, *Raccolta*, p. 2033 ss., punto 10, aveva stabilito che la decisione formale non poteva essere adottata se non di fronte ad un rifiuto dell'impresa a dar seguito alla domanda semplice. Secondo l'art. 18 regolamento 1/03, invece, le due forme di richiesta di informazioni sembrano porsi in concorso alternativo tra loro: conforme W. P. J. WILS, *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2003, p. 569.

formazione della prova, qualunque dichiarazione utile da parte di altre persone fisiche o giuridiche che vi acconsentano. Il successivo art. 19, par. 2 prevede l'intervento dell'autorità garante nazionale qualora il colloquio si svolga all'interno dei locali aziendali. L'art. 3 regolamento 773/04 precisa che all'inizio del colloquio – che si può svolgere anche in via telematica – i funzionari della Commissione debbono informare i dichiaranti della base giuridica, delle finalità e della natura facoltativa del colloquio, oltre che dell'intenzione di verbalizzarne i contenuti mediante registrazione. I dichiaranti potranno inoltre avere copia della registrazione ai fini dell'approvazione o di eventuali correzioni entro un termine non inferiore alle due settimane *ex art. 17, par. 3 regolamento 773/04*.

2.2. Così come nella normativa abrogata, cardine della fase preliminare resta il potere di svolgere le ispezioni *in loco* presso la sede delle imprese di cui all'art. 20, par. 1 regolamento 1/03.

L'art. 20, par. 2, regolamento 1/03 specifica che i funzionari della Commissione possono accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese (o associazioni di imprese), con facoltà di controllare libri e documenti contabili e non, farne copia, apporre sigilli ai medesimi locali e chiedere spiegazioni ai rappresentanti o ai membri del personale relativamente all'oggetto dell'ispezione. L'apposizione dei sigilli e la richiesta di spiegazioni rappresentano elementi di novità rispetto al regolamento 17/62. In precedenza, se per un verso non era espressamente consentito sigillare armadi e uffici nel caso in cui l'ispezione durasse più di un giorno, per altro verso la giurisprudenza aveva sottolineato la possibilità di richiedere chiarimenti solo in merito ai documenti trovati¹⁰.

I chiarimenti in corso di ispezione possono *ex art. 4, par. 1, regolamento 773/04* essere registrati in qualsiasi forma, mentre una copia di detta registrazione dev'essere messa a disposizione dell'impresa indagata ai sensi dell'art. 4, par. 2 regolamento 773/04. Secondo l'art. 4, par. 3 regolamento 773/04, l'impresa che intenda rettificare le informazioni fornite da personale non autorizzato potrà farlo – secondo quanto previsto dall'art. 17, par. 3 regolamento 773/04 – in un periodo di tempo non inferiore alle due settimane.

Le modalità con cui può essere disposta un'ispezione aziendale possono essere di due tipi non successivi ma alternativi¹¹. Ai sensi dell'art. 20, par. 3 regolamento 1/03 i funzionari di Bruxelles – previo avviso rivolto in tempo utile alla competente autorità garante – procedono sulla base di un mandato scritto contenente l'indicazione dell'oggetto e dello scopo degli accertamenti¹², nonché delle sanzioni per incompleta esibizione dei documenti scritti e/o per inesatte o

¹⁰ Sentenza *National Panasonic*, punto 15. In argomento C. LISTER, *op. cit.*, p. 57.

¹¹ Vedi già, in riferimento all'abrogato art. 14 regolamento 17/62, la sentenza *National Panasonic*, punti 11-15.

¹² Tale indicazione rappresenta la prima fondamentale garanzia per il rispetto dei diritti delle imprese indagate, in quanto consente a queste ultime di valutare se collaborare o meno: sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoehst AG c. Commissione*, *Raccolta*, p. 2859 ss., punto 27; sentenza del Tribunale di primo grado del 9 novembre

fuorvianti risposte orali. In questo caso, gli agenti della Commissione esercitano i loro poteri con l'ausilio dei rappresentanti dell'impresa stessa. La seconda modalità, disciplinata dal successivo art. 20, par. 4 prevede invece un vero e proprio obbligo delle imprese a sottoporsi all'ispezione in presenza di una formale decisione che deve contenere l'indicazione non solo dell'oggetto e dello scopo dell'accertamento, ma anche del luogo e della data d'inizio, delle sanzioni di cui agli articoli 23 e 24 regolamento 1/03, e infine della possibilità di impugnativa innanzi alla Corte di giustizia. Inoltre, tale decisione viene assunta solo dopo aver sentito l'autorità garante nazionale. L'intervento dei funzionari della competente autorità garante, che a tal fine avranno gli stessi poteri attribuiti alla Commissione, si concretterà quando quest'ultima lo richieda in via preventiva secondo l'art. 20, par. 5 regolamento 1/03, oppure *ex art.* 20, par. 6 regolamento 1/03 qualora un'impresa si opponga ad un accertamento. In quest'ultimo caso gli agenti nazionali potranno richiedere l'intervento della forza pubblica¹³.

Qualora la legislazione nazionale subordini l'intervento della forza pubblica ad un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente, l'articolo 20, paragrafi 7 e 8 regolamento 1/03 dettano alcune disposizioni di garanzia, in ciò recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Hoechst* e *Roquette Frères*¹⁴. Ai sensi di dette disposizioni, il giudice nazionale oltre a controllare l'autenticità della decisione della Commissione dovrà verificare che le misure coercitive non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto dell'accertamento¹⁵, potendo chiedere ulteriori informazioni (direttamente o tramite l'autorità garante nazionale) sui motivi per cui si sospetti un'infrazione, sulla gravità della stessa, e sul grado di coinvolgimento dell'impresa. Se ne deduce l'impossibilità per la Commissione di disporre ispezioni puramente preventive (cd. *fishing expeditions*). Tuttavia, lo stesso giudice interno non potrà né mettere in discussione la necessità dell'accertamento né tanto meno chiedere la trasmissione di informazioni sensibili contenute nel fascicolo della Commissione. Come per ogni atto vincolante delle istituzioni comunitarie, infatti, questo controllo di legittimità spetta esclusivamente alla Corte di giustizia. In altre parole, la Commissione, ai sensi dell'art. 20, par. 8, regolamento 1/03, deve comunicare le caratteristiche essenziali dell'infrazione sospettata in modo da consentire al giudice nazionale di valutarne la caratteristica, il livello di gravità e il grado di

1994, causa T-46/92, *Scottish Football Association c. Commissione*, Raccolta, p. II-1039 ss., punto 31.

¹³ Sentenza *Hoechst*, punto 32.

¹⁴ Sentenza *Hoechst*, punti 33-35, e sentenza 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*, Raccolta, p. I-9011 ss., *passim*. In dottrina per tutti E. PAGANO, *Autorizzazione all'esecuzione di misure disposte dalla Commissione in danno di imprese e controllo del giudice nazionale*, in *DUE*, 2003, p. 917 ss.

¹⁵ Secondo la sentenza *Roquette Frères*, l'*arbitrarietà* si sostanzia nella mancata indicazione delle circostanze e/o degli elementi di fatto per cui vengono richieste (punto 55), mentre la *proporzionalità* è il rapporto intercorrente tra le misure coercitive e lo scopo per cui vengono disposte (punti 71 e 76).

coinvolgimento dell'impresa. Qualora il giudice nazionale non si ritenga soddisfatto, potrà negare l'autorizzazione solo dopo aver ulteriormente sollecitato la Commissione.

2.3. Tra gli elementi di assoluta novità presenti nella normativa in esame spicca la possibilità di procedere ad accertamenti presso altri locali, compresi i domicili privati dei membri delle imprese coinvolte (art. 21 regolamento 1/03). Per poter procedere ad un accertamento così potenzialmente lesivo dei diritti delle persone coinvolte, la Commissione ai sensi dell'art. 21, par. 1 regolamento 1/03 deve avere ragionevoli motivi di sospettare che i documenti ricercati siano non solo connessi da un lato all'impresa e dall'altro all'oggetto dell'ispezione, ma che siano anche pertinenti ai fini della formazione della prova di un'infrazione grave agli articoli 81 e 82 TCE.

Per quanto riguarda l'interpretazione del requisito del "ragionevole sospetto", in mancanza di una giurisprudenza del giudice comunitario è opportuno svolgere alcune considerazioni sul presupposto e sulle modalità esecutive dell'ispezione stessa. In riferimento al presupposto, la collocazione sistematica e la stessa *ratio* della norma in esame potrebbero far ritenere che, al fine di integrare i predetti ragionevoli motivi di sospetto, l'ispezione domiciliare debba essere necessariamente preceduta da quella aziendale *ex art. 20* regolamento 1/03¹⁶. In tal senso deporrebbe la presunzione per cui tutto ciò che manca nei locali aziendali deve trovarsi presso i domicili privati, comprovata dalla necessità testuale di una decisione formale senza possibilità di ricorrere al meno impegnativo mandato scritto. Tuttavia, detta presunzione prova troppo in quanto, se la Commissione dovesse compiere le ispezioni domiciliari solo ed esclusivamente dopo una ispezione nei locali commerciali, lo scopo della norma sarebbe facilmente frustrato essendovi tutto il tempo di occultare ulteriormente i documenti¹⁷. In termini generali, inoltre, non è detto che l'esistenza di documenti custoditi presso altri locali debba inevitabilmente discendere da una previa perquisizione aziendale, ben potendo la Commissione aver maturato un tale sospetto grazie a informazioni ottenute dai denunciatori o da dichiarazioni *ex* articoli 18, 19 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03¹⁸. D'altro canto, se vi fosse un rapporto consequenziale tra l'ispezione aziendale e quella domiciliare, l'art. 21, par. 2 regolamento 1/03 avrebbe dovuto evidenziare la necessità di indicare della decisione formale, oltre l'oggetto e lo scopo della ricerca, anche i singoli documenti da ricercare. Tuttavia, dalla norma si deduce che la Commissione ha l'obbligo di indicare unicamente i predetti motivi di sospetto¹⁹.

Con riferimento alle modalità esecutive, poi, il combinato disposto dell'ampia nozione di "altri locali" e della successiva esemplificazione relativa al

¹⁶ Così M. MEGLIANI, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria antitrust. Una prima riflessione*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 110.

¹⁷ Conforme L. BELLODI, *Poteri di inchiesta*, cit., p. 133.

¹⁸ L. BELLODI, *op. loc. cit.*

¹⁹ *Contra* M. MEGLIANI, *op. cit.*, p. 111.

“domicilio dei membri dell’impresa” potrebbe lasciar presumere che la norma stabilisca un preciso ordine di ricerca tra tutti i possibili locali non aziendali. Secondo tale interpretazione, i documenti rilevanti dovrebbero prima essere cercati nei domicili privati di amministratori, direttori e altri membri del personale, e poi in qualunque altro luogo, mentre la possibilità di omettere uno dei passaggi intermedi dovrebbe essere comprovata da gravi e consistenti sospetti²⁰. Anche qui, tuttavia, la presunzione cade di fronte alla considerazione per cui l’unico criterio alla base del potere di ispezione domiciliare è quello del “ragionevole sospetto”, non importa se indirizzato verso il domicilio dei membri dell’azienda o verso qualunque altro locale. Inoltre, date le frequenti possibilità offerte dagli ordinamenti societari degli Stati membri di occultare gli intrecci azionari tra imprese, l’effetto utile della norma in esame sarebbe vanificato qualora si dovessero necessariamente posporre ispezioni proprio di quei locali nella disponibilità di soggetti formalmente estranei ma sostanzialmente inseriti nell’organigramma aziendale.

A garanzia delle persone sottoposte ad ispezione nei domicili privati, la disposizione in oggetto pone una serie di limiti. Innanzitutto, l’art. 21, par. 2 regolamento 1/03 prevede che la decisione della Commissione debba indicare chiaramente l’oggetto e lo scopo dell’ispezione, i motivi per cui si sospetti che detti documenti siano ivi conservati, la data d’inizio e il diritto di impugnare l’atto innanzi alla Corte di giustizia. Nell’ottica del principio della leale cooperazione, la Commissione dovrà inoltre informare l’autorità garante nazionale. La disposizione dell’art. 21, par. 3, regolamento 1/03 sancisce inoltre che l’ispezione nei domicili privati non può essere eseguita in assenza della previa autorizzazione del competente giudice nazionale. A differenza delle ispezioni aziendali, infatti, il controllo giurisdizionale è obbligatorio e dovrà pertanto avvenire in ogni caso, a prescindere sia dal rifiuto dei soggetti coinvolti che da eventuali disposizioni nazionali in senso difforme. Il giudice dovrà controllare non solo l’autenticità della decisione, la non arbitrarietà o sproporzione dell’accertamento richiesto, la gravità della presunta infrazione, l’importanza della prova richiesta e il grado di coinvolgimento dell’impresa interessata, ma dovrà accertare anche la sussistenza di una ragionevole probabilità che i documenti richiesti siano detenuti nei locali interessati dal provvedimento²¹. Limite invalicabile, anche in questo caso, è rappresentato dall’impossibilità per l’autorità giurisdizionale nazionale di statuire sulla necessità dell’accertamento e di richiedere la trasmissione delle informazioni sensibili del fascicolo.

In ragione dei soggetti coinvolti – i quali, come si è detto, potrebbero essere estranei all’organigramma dell’impresa interessata dal procedimento –, l’art. 21, par. 4 regolamento 1/03 limita i poteri dei funzionari della Commissione nel senso che permette loro di accedere a tutti i locali, controllare qualsiasi documento e farne copia, ma non di apporre sigilli a locali e documenti né di chieder-

²⁰ Questa sembra essere l’opinione di M. MEGLIANI, *op. cit.*, p. 110.

²¹ Inutile sottolineare che in questo caso sono viepiù vietate le *“fishing expeditions”*.

re spiegazioni ad ampio spettro sull'oggetto dell'ispezione domiciliare. Inoltre, è necessaria la presenza degli agenti dell'autorità garante nazionale e, in caso di rifiuto, della forza pubblica. Giova ricordare che la possibilità di compiere accertamenti presso domicili privati non è stata concessa nel caso di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese ai sensi del regolamento 139/2004²².

Oltre che per mezzo dei propri funzionari, la Commissione *ex art.* 22, par. 2 regolamento 1/03 potrà eseguire le ispezioni aziendali – ma non, giusta la disposizione in esame, quelle domiciliari – delegando le pertinenti attività ad un'autorità garante nazionale, la quale agirà con i poteri e i limiti propri della legislazione nazionale.

3. Se già i poteri di indagine contenuti nel regolamento 17/62 avevano posto delicati problemi in riferimento ai diritti fondamentali delle imprese ad essi sottoposte, il rafforzamento di tali poteri ad opera del regolamento 1/03 non solo rende quei problemi attuali ma ne introduce altri di non poco momento.

A fronte di una puntuale elencazione degli strumenti d'indagine a disposizione della Commissione, infatti, il regolamento 1/03 appare singolarmente privo di adeguate disposizioni a tutela delle imprese indagate. Tale vuoto normativo, che deriva dall'impostazione seguita già nella redazione del regolamento 17/62, in costanza di quest'ultimo era stato progressivamente colmato dalla giurisprudenza degli organi comunitari, i quali si sono dimostrati attenti ad una valutazione dell'intera fase d'indagine preliminare che tenesse in debito conto il rispetto dei diritti della difesa.

In generale, bisogna ricordare come la Corte di giustizia – pur non avendo in tal senso un preciso obbligo giuridico²³ – abbia sin quasi dall'inizio sostenuto una lettura dei Trattati che includesse tra i suoi principi generali anche il rispetto dei diritti fondamentali quali risultanti sia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che dalla CEDU²⁴, pur non potendo in quest'ultimo caso fornire una propria valutazione sulla conformità del diritto nazionale e comunitario rispetto a quello convenzionale in mancanza di un rapporto formale tra i due sistemi norma-

²² Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss. In dottrina per tutti M. MEGLIANI, *La riforma della disciplina comunitaria del controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 685 ss.; M. MEROLA, L. ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *DUE*, 2004, p. 137 ss.; nonché M. TODINO, *La riforma del controllo delle concentrazioni nell'ordinamento comunitario*, in *Contr. impr./E.*, 2004, p. 1068 ss.

²³ Vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 123 ss., nonché U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73.

²⁴ Vedi le sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt*, *Raccolta*, p. 419 ss.; del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbh c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *Raccolta*, p. 1125 ss.; del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold KG c. Commissione*, *Raccolta*, p. 491 ss.

tivi²⁵. Nel 1994, infatti, il Consiglio aveva richiesto alla Corte di giustizia un parere ai sensi dell'attuale art. 300, par. 6 TCE in merito alla compatibilità con il Trattato di un eventuale accordo di adesione della Comunità alla CEDU. Nel noto parere n. 2/94²⁶, il giudice comunitario ha tuttavia negato la competenza della Comunità ad aderire alla CEDU, 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 materia. In particolare, la Corte di giustizia ha sottolineato che, nonostante il rispetto dei diritti dell'uomo dovesse considerarsi requisito di legittimità degli atti comunitari, simile adesione avrebbe determinato l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto. Pertanto, non potendo essere utilizzata la base giuridica dell'attuale art. 308 TCE (cd. teoria dei poteri impliciti), dato che la materia esulava dagli scopi del Trattato, in caso di adesione risultava necessario procedere ad una modifica formale del medesimo Trattato.

Nonostante l'inutilizzabilità della CEDU come parametro formale di legittimità degli atti comunitari e dell'Unione europea²⁷, merita ricordare che dal punto di vista sostanziale l'art. 6, par. 2 TUE ribadisce come i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU debbano essere rispettati anche per quanto di competenza delle istituzioni comunitarie²⁸.

Appare coerente con questa linea evolutiva la Carta di Nizza del 2000²⁹, che contiene un dettagliato elenco di diritti fondamentali in larga parte ricalcato su quello della CEDU, pur se con alcune modificazioni. Questo atto, non potendo essere compreso tra quelli aventi efficacia giuridica vincolante³⁰, a tutt'oggi svolge comunque un ruolo politico importante per l'adozione degli atti delle istituzioni comunitarie e degli atti degli Stati membri in esecuzione degli obblighi comunitari.

Pur in presenza di indubbi miglioramenti in ambito comunitario dal punto di vista sia legislativo che giurisprudenziale, e pur non mancando esempi di indirizzi giurisprudenziali uniformi³¹, non si può escludere allo stato attuale l'even-

²⁵ Sentenze del 1 febbraio 1996, causa C-177/94, *Procedimento penale a carico di Gianfranco Perfili*, *Raccolta*, p. I-161 ss.; del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Friedrich Kremzow c. Repubblica d'Austria*, *Raccolta*, p. I-2629 ss.; del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Daniele Annibaldi c. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, *Raccolta*, p. I-7493 ss.

²⁶ Del 28 marzo 1996, *Raccolta*, p. I-1759 ss.

²⁷ In argomento U. VILLANI, *op. cit.*, *passim*, cui si rimanda per l'ampia bibliografia.

²⁸ Art. 6, par. 2 TUE: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

²⁹ Vedi la 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.

³⁰ In questo senso U. VILLANI, *op. cit.*, p. 78 s.

³¹ Vedi ad es. la sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-8985 ss., in tema di diritto ad una durata ragionevole del processo.

tualità di un contrasto tra il sistema comunitario e quello convenzionale di tutela dei diritti fondamentali³². Rimandando ai paragrafi che seguono l'analisi in materia di tutela dei diritti della difesa nel diritto della concorrenza, merita infatti ricordare che il predetto contrasto ha avuto modo di manifestarsi, ad esempio, in tema di propaganda a favore dell'aborto³³ oppure con riferimento al principio del contraddittorio³⁴.

Più in generale, è stato sottolineato il rischio che il diritto comunitario (e dell'Unione europea) sia fatto oggetto di verifica da parte della Corte europea. In mancanza dell'adesione formale alla CEDU, una simile ipotesi può attualmente verificarsi solo in via "indiretta", qualora cioè al giudice di Strasburgo venga chiesto di pronunciarsi sulla compatibilità con le previsioni convenzionali degli atti e dei comportamenti degli Stati parti della CEDU assunti conformemente agli obblighi loro derivanti dalla partecipazione alla Comunità (e all'Unione) europea³⁵.

In un primo tempo, la Commissione europea dei diritti dell'uomo (di seguito "Commissione CEDU") e la "vecchia" Corte europea³⁶ hanno evitato di statuire su detta compatibilità, negando la responsabilità degli Stati membri in tutti quei casi in cui nell'ordinamento comunitario veniva offerta una "protezione equivalente" rispetto a quella convenzionale. Nel rapporto *M. & Co.*, la Commissione CEDU ha ricordato la propria competenza a controllare non gli atti e i comportamenti delle Comunità europee ma quelli esecutivi degli Stati membri, in quanto il trasferimento di poteri e competenze da uno Stato parte della CEDU ad un'organizzazione internazionale non era idoneo ad eliminare del tutto la responsabilità di tale Stato anche se – come nel caso di specie – l'atto statale si limitava ad accordare un *exequatur* ad una sentenza della Corte di giustizia. Nel

³² Così B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 6; nonché U. VILLANI, *op. cit.*, p. 95.

³³ 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 del 4 ottobre 1991, causa 159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e al.*, *Raccolta*, p. I-4733 ss.) ma censurato dalla Corte europea (sentenza del 29 ottobre 1992, relativa all'affare *Open Door e Dublin Well Woman c. Ireland*, in *Série A*, n. 246-A).

³⁴ Vedi l'ordinanza del 4 febbraio 2000, causa C-17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV e Aruba*, *Raccolta*, p. I-667 ss., con cui la Corte di giustizia ha stabilito che l'impossibilità per le parti di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni dell'Avvocato generale non rappresentava una violazione del diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1 CEDU. *Contra* la Corte europea, sentenza del 20 febbraio 1996, relativa all'affare *Vermeulen c. Belgio*, in *Recueil* 1996-I, 3, p. 224 ss., che aveva riscontrato tale violazione in riferimento alla mancata possibilità di replicare all'analogo parere del pubblico ministero presso la *Cour de cassation* in un procedimento civile belga.

³⁵ In questo senso U. VILLANI, *op. cit.*, p. 97.

³⁶ Sulla ripartizione delle funzioni anteriore alla riforma disposta dal Protocollo n. 11 alla CEDU vedi per tutti C. RUSSO, P. M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, e M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, III ed.

merito la Commissione CEDU ha affermato il noto “principio di equivalenza”, secondo cui lo Stato membro non può essere considerato inadempiente dal punto di vista della CEDU nel momento in cui dà esecuzione ad un atto dell’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 rispettati³⁷. Successivamente, tuttavia, la “nuova” Corte europea ha censurato per contrarietà alla CEDU alcune disposizioni statali, assunte nel quadro del diritto comunitario, in materia di elezione del Parlamento europeo³⁸ e di estradizione³⁹.

La questione rimane tuttora aperta con riferimento ai veri e propri atti comunitari, in quanto sul punto la Corte europea non si è pronunciata nell’ambito di quei (pochi) ricorsi ad essa sottoposti per il tramite della responsabilità di tutti gli Stati membri⁴⁰. Al riguardo, comunque, vi è da dire che il giudice di Strasburgo sembra aver adottato soluzioni opposte, a seconda dei casi richiedendo agli Stati parti della CEDU un penetrante controllo alla luce delle disposizioni convenzionali degli atti di Paesi non parti di cui si richiede l’esecuzione⁴¹, oppure accontentandosi della presunzione di equivalenza in mancanza di una dimostrazione della “manifesta insufficienza” della protezione fornita dall’ordinamento comunitario (e dell’Unione europea)⁴².

Il rischio di un contrasto tra sistema convenzionale e sistema comunitario non appare scongiurato neanche qualora si attribuisca forza giuridica obbligatoria alle previsioni contenute nella Carta di Nizza. Quest’ultima reca una disposizione di coordinamento sostanziale, l’art. 52, par. 3, ai sensi della quale “[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non osta al diritto dell’Unione di concedere una protezione più estesa”. Tale norma, che configura la tutela offerta dalla CEDU come uno standard minimo per l’ordinamento comunitario, è sicuramente degna di nota ma non sembra capace di eliminare la pos-

³⁷ Rapporto *M. & Co. c. Repubblica Federale di Germania*, in *DR*, 1990, n. 64, p. 138 ss. Il principio è stato applicato anche dalla Corte europea: sentenza del 26 giugno 1992, relativa all’affare *Drozd e Janousek c. Francia*, in *Série A*, n. 240. In argomento B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 15 s.

³⁸ Sentenza del 18 febbraio 1999, relativa all’affare *Matthews c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1999-I.

³⁹ Sentenza del 7 marzo 2000, relativa all’affare *T.I. c. Regno Unito*, in *Recueil*, 2000-III, p. 435 ss.

⁴⁰ Vedi le sentenze del 23 maggio 2002, relativa all’affare *SEGI e GESTORAS PRO-AMNISTIA c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia*, in *Recueil*, 2002-V, p. 357 ss. (su cui U. VILLANI, *op. cit.*, p. 100), e del 10 marzo 2004, relativa all’affare *Senator Lines GmbH c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia*, in *Recueil*, 2004-IV, p. 331 ss.

⁴¹ Sentenza del 20 luglio 2001, relativa all’affare *Pellegrini c. Italia*, in *Recueil*, 2001-VIII, p. 353 ss.

⁴² Si veda la recentissima sentenza del 30 giugno 2005, relativa all’affare *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, consultabile in *RDI*, 2005, p. 778 ss.

sibilità di specifici contrasti giurisprudenziali tra la Corte europea e le Corti comunitarie⁴³, non foss'altro per il fatto che alcuni dei diritti contenuti nella CEDU sono stati modificati nella Carta di Nizza⁴⁴. L'eventuale portata giuridica vincolante della Carta renderebbe, anzi, ulteriormente indifferibile la questione dell'adesione formale della Comunità e dell'Unione europea alla CEDU⁴⁵.

È appena il caso di notare che la situazione potrebbe mutare con l'entrata in vigore del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" (Trattato costituzionale)⁴⁶, del quale la Carta di Nizza, con gli opportuni adattamenti, costituisce la Parte II⁴⁷. Secondo l'art. I-9, par. 2 Trattato costituzionale, infatti, "[l]'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nella Costituzione"⁴⁸. Qualora tale adesione si verificasse, dunque, la Corte europea potrebbe sindacare direttamente gli atti e i comportamenti delle istituzioni dell'Unione europea, e le Corti comunitarie non potrebbero far altro che conformarsi alla giurisprudenza convenzionale anche nell'interpretazione della Carta di Nizza, nella parte in cui quest'ultima contenga "diritti corrispondenti a quelli garantiti" dalla CEDU.

Ritornando al problema del rapporto tra indagini *antitrust* e rispetto dei diritti fondamentali, è dall'inizio degli anni '80 che la Corte di giustizia si è posta il problema dell'applicabilità delle disposizioni della CEDU *in subiecta materia*⁴⁹. Preliminare all'analisi delle singole disposizioni era la risoluzione del quesito se si potesse qualificare la Commissione come "tribunale" ai sensi dell'art. 6 CEDU, e se pertanto si potessero estendere alle imprese sottoposte ad indagine *antitrust* le garanzie previste in quest'ultima disposizione.

L'art. 6 CEDU⁵⁰, che sancisce il diritto ad un processo equo, rappresenta infatti per gli Stati contraenti lo standard minimo di garanzia a vantaggio di

⁴³ Per un esame si veda U. VILLANI, *op. cit.*, p. 102 ss.

⁴⁴ Così P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione Europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁵ Così 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.

⁴⁶ Firmato a Roma il 29 ottobre 2004, *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 *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, settembre-ottobre 2004, p. 9 ss.

⁴⁷ Si tratta degli articoli da II-61 a II-114 Trattato costituzionale.

⁴⁸ Sul dibattito che ha condotto alla formulazione dell'art. I-9, par. 2 Trattato costituzionale, nonché sui vantaggi dell'adesione della CE e dell'UE alla CEDU, si veda U. VILLANI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁴⁹ Vedi la sentenza *National Panasonic*.

⁵⁰ Art. 6 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo

coloro che sono sottoposti all'esercizio della giurisdizione statale⁵¹. Nell'ambito della sua funzione interpretativa, la Corte europea ha affermato da un lato che per qualificare un organo nazionale come tribunale ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU ciò che rileva non è l'eventuale definizione nazionale ma la natura delle decisioni che tale organo è in grado di assumere⁵², dall'altro che la nozione di accusa penale di cui al medesimo art. 6, par. 1 è autonoma dal punto di vista della CEDU⁵³, e dall'altro ancora che integra detta nozione un 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 penale⁵⁴.

La Corte europea non ha, tuttavia, avuto modo di applicare direttamente la propria interpretazione di affare penale al diritto della concorrenza, benché abbia implicitamente stabilito che un divieto nazionale di fissazione dei prezzi deve essere ricondotto in quest'ambito⁵⁵. Viceversa, la Commissione CEDU ha avuto

nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigano gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa; c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia; d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete, se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza".

⁵¹ Così M. CHIAVARIO, *Art. 6*, 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. 154, nonché D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg, 1997, p. 171.

⁵² Sentenze del 22 ottobre 1984, relativa all'affare *Sramek c. Austria*, in *Série A*, n. 84; del 23 ottobre 1985, relativa all'affare *Bentham c. Paesi Bassi*, in *Série A*, n. 97; del 27 agosto 1991, relativa all'affare *Demicoli c. Malta*, in *Série A*, n. 210; del 23 ottobre 1995, relativa all'affare *Schmautzer c. Austria*, in *Série A*, n. 328-A. In argomento vedi 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. 451.

⁵³ Sentenza del 8 giugno 1976, relativa all'affare *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Série A*, n. 22, punto 81; vedi inoltre la sentenza del 21 febbraio 1984, relativa all'affare *Öztiürk c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Série A*, n. 73, punti 52 e 50.

⁵⁴ Sentenze *Engel*, punto 82; *Öztiürk*, punto 53; 25 agosto 1987, relativa all'affare *Lutz c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Série A*, n. 123, punto 55; 24 febbraio 1994, relativa all'affare *Bendonoun*, in *Série A*, n. 284, punto 47. In dottrina M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 158; P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 409 ss.; A. RILEY, *The ECHR Implications of the Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation*, in *ICLQ*, 2002, p. 66 ss.

⁵⁵ Vedi la sentenza del 27 febbraio 1980, relativa all'affare *Deweert c. Belgio*, in *Série A*, n. 35, punto 81.

occasione di prendere posizione nel rapporto *Stenuit*⁵⁶. Di fronte ad un'ammenda per pratiche anticoncorrenziali irrogata dal Ministero degli affari economici e finanziari francese, la Commissione CEDU aveva stabilito infatti due punti fondamentali. Innanzitutto, in riferimento al criterio della natura dell'illecito, aveva riconosciuto che l'obiettivo perseguito dalla normativa *antitrust* nazionale – di preservare la libera concorrenza all'interno del mercato francese – rientrava tra gli obiettivi di interesse generale generalmente protetti da disposizioni di carattere penale. In secondo luogo, relativamente al requisito della severità della sanzione, essa aveva sottolineato non solo che quella effettivamente comminata era piuttosto consistente (50.000 franchi), ma soprattutto che la possibilità di imporre ammende fino al 5% del fatturato era indice della natura afflittiva e deterrente della sanzione stessa.

Dal canto suo, la Corte di giustizia comunitaria, pur avendo ribadito la natura amministrativa e non giudiziaria della Commissione CE – pertanto non soggetta direttamente all'art. 6 CEDU⁵⁷ –, ha sottolineato come detto organo debba nondimeno garantire una serie di diritti processuali contemplati dal diritto comunitario anche nella fase delle indagini preliminari, fase in cui normalmente avviene la formazione della prova e in ragione della quale la posizione delle imprese indagate può venire gravemente compromessa sino a sfociare nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie⁵⁸.

Dunque, anche se i diritti fondamentali delle imprese sottoposte al procedimento *antitrust* sono stati riconosciuti grazie all'operare dei principi generali del diritto comunitario⁵⁹, si deve comunque evidenziare – al fine di limitare al massimo i contrasti giurisprudenziali tra le due Corti⁶⁰ – che una lettura complessiva del regolamento 1/03 alla luce degli aumentati poteri inquisitori rende a tutt'oggi difficile, se non impossibile, una qualificazione del procedimento in esame come non avente carattere afflittivo e quindi non equiparabile *de facto* ad uno di

⁵⁶ Affare *Stenuit c. Francia*, in *Série A*, n. 232-A, p. 9 ss. Il ricorso in oggetto è stato cancellato dal ruolo della Corte europea per intervenuta transazione tra il ricorrente e lo Stato membro (17 febbraio 1992, in *Série A*, n. 232-A, p. 5 ss.).

⁵⁷ Vedi *inter alia* le sentenze del 29 ottobre 1980, cause riunite 209-215 e 218/78, *Heintz van Landewyck Sarl e al. c. Commissione (Fedetab)*, *Raccolta*, p. 3125 ss., punto 81, e del 7 giugno 1983, cause riunite 100-103/80, *SA Musique Diffusion Française e al. c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1825 ss., punti 6-7. Tuttavia, già l'Avvocato generale Capotorti nelle conclusioni del 31 gennaio 1980, causa 98/79, *Josette Pecastaing c. Stato belga*, *Raccolta*, p. 681, aveva suggerito l'applicabilità dell'art. 6 CEDU all'intero ordinamento comunitario, ma la Corte non si era pronunciata nel merito. Per approfondimenti K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *CML Rev.*, 1997, p. 531 ss.

⁵⁸ Sentenze *Hoechst*, punti 12-16, e *Orkem*, punto 33.

⁵⁹ I principi generali, fonti comunitarie intermedie da collocarsi tra i Trattati e gli atti normativi derivati, fungono da parametro di interpretazione per i primi e di legittimità per i secondi. Vedi G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, Bari, 2005, V ed., p. 103 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 103 ss.; nonché P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 247 ss.

⁶⁰ Sottolinea detto contrasto, con puntuali riferimenti giurisprudenziali, U. VILLANI, *op. cit.*, p. 93 ss.

tipo penale. Infatti, in primo luogo, per ciò che attiene al requisito della natura dell'illecito, bisogna rilevare come le regole a tutela della concorrenza rivestano carattere generale, potendosi applicare a tutte le attività economiche di una certa importanza, e abbiano come obiettivo – al pari della normativa penale – quello di proteggere un interesse generale della società. In secondo luogo, si deve riconoscere come la possibilità di cui all'art. 23 regolamento 1/03 di imporre sanzioni procedurali sino all'1% e sostanziali fino al 10% del fatturato totale delle imprese coinvolte abbia finalità chiaramente punitive e deterrenti. Infine, con riferimento alla qualificazione del procedimento *antitrust* data dal diritto comunitario come di illecito amministrativo, essa non appare decisiva al fine negare la diversa interpretazione qui sostenuta⁶¹. Pertanto, sulla base delle disposizioni esaminate e della giurisprudenza della Corte europea, sembra più corretto concludere nel senso dell'applicabilità a siffatto procedimento della lettera e della giurisprudenza dell'art. 6 CEDU, quantomeno per via dell'art. 6, par. 2 TUE⁶². Una simile conclusione sembra avvalorata anche dall'art. 47, par. 2 della Carta di Nizza, la cui formulazione – ancorché più sintetica – è analoga a quella dell'art. 6 CEDU⁶³.

Se ciò è vero, si tratta adesso di verificare il livello di tutela offerto dal diritto comunitario in rapporto a quello, minimo, di cui alle disposizioni convenzionali, soprattutto con riguardo al principio di non autoincriminazione, alla tutela dell'inviolabilità del domicilio, al diritto all'assistenza legale, alla tutela della corrispondenza legale a fini difensivi, e infine alla tutela dei segreti commerciali.

4. Una prima compressione dei diritti fondamentali delle imprese sottoposte alle indagini della Commissione potrebbe sorgere dalla formulazione degli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 nella parte in cui sanciscono un vero e proprio obbligo di fornire le informazioni richieste, obbligo gravante in capo ai proprietari, ai rappresentanti legali e ai membri dell'impresa (o dell'associazione di imprese) interessata. Ci si chiede, in particolare, se e in che misura questo obbligo possa essere contemperato con l'opposto principio di non autoincriminazione, visto che la Corte europea ha espressamente affermato

⁶¹ Conforme W. P. J. WILS, *La compatibilità des procédures communautaires an matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, in CDE, 1996, p. 334, nonché A. RILEY, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁶² In tal senso W. P. J. WILS, *op. ult. 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.

⁶³ Art. 47, par. 2 Carta: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare". Su questa disposizione M. D'AMICO, *Art. 47*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 319 ss., nonché F. POCAR, *Dignità – Giustizia*, in L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 83 ss. Nel senso dell'estensione dell'art. 47, par. 2 Carta anche ai procedimenti amministrativi *antitrust* si veda F. POCAR, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1180.

che l'art. 6 CEDU protegge il diritto di chiunque sia sottoposto ad un'accusa penale di rimanere in silenzio e di non contribuire ad autoincriminarsi⁶⁴.

Nella pronuncia *Orkem*, la Corte di giustizia – nonostante per un verso l'esame degli ordinamenti degli Stati membri evidenziasse un diritto al silenzio riconosciuto in capo solo alle persone fisiche sottoposte a procedimento penale e non a quelle giuridiche per infrazioni di natura economica, mentre per altro verso l'art. 6 CEDU sembrasse non comprendere siffatto diritto – aveva stabilito, sulla base del generale principio di rispetto dei diritti della difesa operante nell'ordinamento giuridico comunitario, che l'onere di provare un'infrazione gravava in capo alla Commissione senza che si potesse imporre alle imprese l'obbligo di ammetterne l'esistenza⁶⁵.

Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee (d'ora in poi "Tribunale di primo grado"), che si era sostanzialmente conformato nella causa *PVC*⁶⁶, ha avuto modo di precisarne l'ambito di applicazione nel caso *Mannesmannröhren*⁶⁷. Pur ribadendo l'impossibilità di invocare direttamente la CEDU innanzi al giudice comunitario, esso ha sostenuto che il diritto *antitrust* comunitario rispetta i diritti fondamentali delle imprese offrendo una protezione equivalente a quella di cui all'art. 6 CEDU, in particolare per quanto riguarda il diritto di non autoincriminarsi. Tuttavia, prosegue il giudice di prime cure, il riconoscimento di un diritto al silenzio deve essere temperato con l'opposto dovere di attiva collaborazione gravante in capo alle imprese. Detto temperamento porta ad escludere un diritto al silenzio di grado assoluto, il quale andrebbe contro l'effetto utile dell'(attuale) art. 18 regolamento 1/03 – oltre che, naturalmente, del successivo art. 20, par. 2, lett. e) – e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento delle indagini preliminari.

In termini pratici, se ne ricava da un lato che le imprese non possono opporre il diritto al silenzio per evitare sia di fornire informazioni su date e luoghi delle riunioni con i concorrenti che di produrre i documenti specificamente richiesti, ma dall'altro che la Commissione non può obbligarle a descrivere l'oggetto e il contenuto di tali riunioni. Secondo la Corte e il Tribunale, pertanto, il punto di equilibrio degli articoli 18, par. 4, e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 risiede nella regola per cui il diritto al silenzio rileva non per le richieste di spiegazioni sui documenti rinvenuti e per quesiti di mero fatto – come ad es. quelli riguardanti le operazioni economiche e commerciali in corso, che non impedi-

⁶⁴ Sentenza del 25 febbraio 1993, relativa all'affare *Funke c. Francia*, in *Série A*, n. 256, punto 44.

⁶⁵ Sentenza *Orkem*, punti 26-36. Per un commento vedi D. RINOLDI, *Diritto comunitario, società commerciali e diritti della difesa*, in *RIDU*, 1990, p. 529 ss.

⁶⁶ Sentenza del 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, T-313-316, T-318, T-325, T-328-329 e T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv e al. c. Commissione (PVC)*, *Raccolta*, p. II-931 ss., punti 448-449.

⁶⁷ Sentenza del 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-729 ss., punti 75-78.

scono di prospettare una diversa spiegazione in sede di audizione o di ricorso al giudice –, ma solo per richieste di valutazione dei fatti.

Per determinare la compatibilità della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto al silenzio rispetto all'art. 6 CEDU, bisogna innanzitutto mettere in evidenza come nelle sentenze appena esaminate il giudice comunitario abbia dichiarato l'impossibilità di applicazione di questa norma non in ragione della mancata pertinenza *ratione materiae* o *ratione personae*, quanto per la riscontrata difficoltà di qualificare la Commissione come tribunale⁶⁸. Poiché si è già confutato tale assunto, individuando nel *modus procedendi* della Commissione i caratteri tipici del tribunale ai sensi dell'art. 6 CEDU, si può superare questa obiezione e passare alla valutazione della conformità del contenuto sostanziale del diritto in oggetto rispetto alla norma convenzionale.

In una serie di pronunce successive a quella della Corte di giustizia nel caso *Orkem*, la Corte europea – in particolar modo con la sentenza *Saunders*⁶⁹ – ha delineato nell'ambito del procedimento penale 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 dell'autorità e contribuire ad evitare errori giudiziari e ad assicurare il risultato di cui all'art. 6 CEDU⁷⁰. Tuttavia, se per un verso detta tutela non si estende all'uso di dati che possono ottenersi dal soggetto in questione con il ricorso a poteri coercitivi ma che esistono indipendentemente dalla propria volontà (es. documenti acquisiti in base a regolare mandato o prelievi corporali a fini di analisi chimiche)⁷¹ – comprese, probabilmente, le relative spiegazioni –, per altro verso l'utilizzazione contro l'accusato in un procedimento penale delle informazioni ottenute da questi nell'ambito di procedimenti non giurisdizionali (ad es. fiscali) è stato giudicato inammissibile⁷². In linea generale, poi, a giudizio della Corte di Strasburgo non si può giungere all'estrema conseguenza di negare qualsivoglia incidenza al silenzio assoluto e prolungato, dal quale pertanto potrebbero desumersi conseguenze sfavorevoli alla persona sottoposta a procedimento⁷³. Per essere validamente utilizzata *contra reum*, infatti, la decisione di tacere dev'essere corroborata da ulteriori e concordanti indizi, e questi dev'essere stato informato degli effetti sfavorevoli della sua decisione di non parlare⁷⁴.

⁶⁸ Sottolinea tale rilievo D. RINOLDI, *Poteri di inchiesta della Commissione comunitaria nel campo della concorrenza e rispetto dei diritti della difesa*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 775.

⁶⁹ Vedi la sentenza del 17 dicembre 1996, relativa all'affare *Saunders c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1996-VI, vol. 24, p. 2044 ss. (peraltro *de facto* anticipata dalla sentenza *Funke*, e dalla sentenza dell'8 febbraio 1996, relativa all'affare *John Murray c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1996-I, 1, p. 30 ss., punto 45).

⁷⁰ Sentenza *Saunders*, punto 68.

⁷¹ *Ibidem*, punto 69.

⁷² *Ibidem*, punto 71.

⁷³ Sentenza *John Murray*, punto 47. In questo senso M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 198.

⁷⁴ In proposito vedi P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 436.

Nonostante una sostanziale concordanza in merito alla impossibilità di appellarsi al diritto di non autoincriminazione per opporsi alla richiesta di esibire i documenti esistenti – e, pare, di fornire spiegazioni su di essi –, tra gli indirizzi giurisprudenziali delle Corti comunitarie e quello della Corte europea emerge tuttavia un contrasto relativo alla possibilità di utilizzazione delle informazioni ottenute in risposta a quesiti di mero fatto, possibilità esclusa dalla seconda e ammessa dalle prime. È pertanto conclusivo rilevare come gli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03, nella misura in cui consentono alla Commissione di assumere informazioni dai soggetti ivi indicati non solo sui documenti esistenti ma anche in merito a quesiti di fatto, appaiono in contrasto con l'art. 6 CEDU.

Secondo alcuni⁷⁵, tuttavia, il suddetto contrasto non dovrebbe essere enfatizzato, in ragione del fatto che la giurisprudenza della Corte europea attiene alle garanzie delle persone fisiche nei procedimenti penali, mentre i procedimenti *antitrust* comunitari si riferiscono alle persone giuridiche e non pongono alcuna pena detentiva a carico degli amministratori delle imprese indagate. Tale affermazione non sembra però condivisibile, sia perché non tiene conto dei rilievi già avanzati in merito al carattere penale della sanzione *antitrust*, sia soprattutto perché l'acquisizione della prova ottenuta in violazione del diritto al silenzio nel procedimento in oggetto contribuisce al libero convincimento della Commissione, la quale però – ed è fondamentale – non presenta le proprie prove ad un organo di controllo terzo ma provvede autonomamente all'emanazione della eventuale decisione sanzionatoria⁷⁶.

Il principio di non autoincriminazione di cui all'art. 6 CEDU potrebbe, poi, avere un ulteriore ambito di applicazione anche con riferimento all'inedito potere di raccogliere le dichiarazioni delle persone fisiche o giuridiche informate sui fatti *ex art. 19* regolamento 1/03. Questa disposizione attribuisce alla Commissione un potere dal contenuto davvero esteso, senza prevedere particolari limitazioni *ratione personae* o *materiae*. L'art. 19 regolamento 1/03, infatti, può essere – e presumibilmente sarà – usato per raccogliere le dichiarazioni sia dei membri delle imprese indagate sia, soprattutto, delle imprese vittime di pratiche anticoncorrenziali, così come quelle delle rilevanti associazioni dei consumatori⁷⁷.

D'altro canto, questi interrogatori liberi non sembrano essere necessariamente limitati alle indagini in corso, ma si presume possano entro certi limiti essere utilizzati per acquisire informazioni su qualunque fatto, purché integrante una pratica anticoncorrenziale. Benché, infatti, la lettera dell'art. 19 regolamento 1/03 suggerisca il previo avvio formale di un procedimento, in mancanza di indicazioni contrarie nulla vieta alla Commissione di aprire un nuovo fascicolo

⁷⁵ Vedi W. P. J. WILS, *Self-incrimination*, cit., p. 577.

⁷⁶ Secondo A. RILEY, *op. cit.*, p. 70, di fronte a tale constatazione la Corte europea potrebbe estendere la giurisprudenza *Saunders* anche ai procedimenti comunitari a tutela della concorrenza.

⁷⁷ Non si ritiene, pertanto, di aderire alla tesi di A. RILEY, *op. cit.*, p. 57, secondo cui la mancanza di obbligatorietà renderà questi interrogatori liberi di utilità estremamente limitata.

qualora venga a conoscenza da parte di queste persone di nuove e ulteriori infrazioni alla disciplina *antitrust*. Questa conclusione sembra avvalorata dall'art. 3 regolamento 773/04, secondo cui la Commissione all'inizio del colloquio deve indicare unicamente e genericamente "la base giuridica e la finalità dello stesso e ricordarne la natura facoltativa". Tutto ciò pone, tuttavia, delicati problemi in riferimento alla qualificazione della persona che informa la Commissione su fatti ad essa ancora sconosciuti: in particolare, ci si chiede se questi debba essere considerato un semplice dichiarante ai sensi dell'art. 19 regolamento 1/03 oppure *ex post* gli si debba riconoscere la qualità e i diritti del denunciante di cui agli articoli 7, par. 2 regolamento 1/03 nonché 5 e ss. regolamento 773/04. Il problema – che non può essere qui approfondito – è gravido di implicazioni soprattutto in un sistema di controllo *ex post* come quello attuale, ma non sembra sia stato oggetto di adeguata riflessione nella predisposizione della normativa regolamentare⁷⁸.

Coerentemente, infine, con il requisito della volontarietà, questo nuovo mezzo di ricerca della prova non è accompagnato né da modalità di esecuzione coattiva in caso di inottemperanza né da sanzioni pecuniarie per informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti. Ciò in considerazione del fatto che la Commissione non assume carattere di organo terzo nella procedura *antitrust*. In questo modo, sembra si sia trovato un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di predisporre una precisa base giuridica per l'assunzione di testimonianze di soggetti terzi e la necessità di pregiudicare nella minore misura possibile soggetti a volte del tutto estranei alla violazione oggetto di indagine.

Problemi di conformità dell'art. 19 regolamento 1/03 rispetto all'art. 6 CEDU potrebbero nascere, sotto differenti aspetti, sia dall'assunzione di dichiarazioni da utilizzare nell'ambito del procedimento per cui tale assunzione viene disposta, che dall'utilizzo delle stesse in altri procedimenti *antitrust*. Per quanto riguarda l'uso delle dichiarazioni di terzi nel procedimento nell'ambito del quale le stesse vengono assunte, la mancanza sia nell'art. 19 regolamento 1/03 che nel regolamento 773/04 di previsioni dirette a consentire alla difesa dell'impresa indagata di esaminare queste persone informate sui fatti sembra contravvenire alla disposizione di cui all'art. 6, par. 3, lett. d) CEDU, almeno nella parte in cui tale mancanza non sia giustificata dalla tutela della riservatezza del terzo. La Corte europea ha infatti più volte affermato che il diritto di esaminare i testimoni a carico in un procedimento penale – ma il discorso è stato esteso anche a quello civile⁷⁹ – rappresenta una specificazione del più ampio principio dell'uguaglianza delle armi, il quale impone che accusa e difesa siano poste su un piano di assoluta parità⁸⁰. Di conseguenza, rientra nel concetto autonomo di

⁷⁸ Sulle denunce nel nuovo sistema, e sui problemi che sollevano, si veda per tutti L. BELLODI, *Le denunce*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI, *op. cit.*, p. 77 ss.

⁷⁹ Sentenza del 27 ottobre 1993, relativa all'affare *Dombo Beheer B.V.*, in *Série A*, n. 274. In argomento P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 474.

⁸⁰ Sentenza del 6 dicembre 1988, relativa all'affare *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, in *Série A*, n. 146.

testimone⁸¹ chi – come la persona fisica o giuridica *ex art. 19* regolamento 1/03 – durante la fase delle indagini preliminari (e non in giudizio) rende una dichiarazione di cui si terrà conto nella decisione finale, impedendo all'accusato di controinterrogarlo. Tale impedimento, pertanto, nella misura in cui non sia altrimenti giustificato, è capace di violare la citata disposizione convenzionale⁸².

Per quanto attiene viceversa al secondo problema, in un'ottica di conformità a quanto affermato nella giurisprudenza *Saunders* si deve rilevare come il carattere facoltativo delle dichiarazioni, nonché la mancanza di sanzioni, non appaiano lesive del diritto di tacere durante un interrogatorio solo nella misura in cui le medesime dichiarazioni non contribuiscano successivamente all'incriminazione della persona che le rende. Diversamente, infatti, non è chi non veda la possibilità per la Commissione – in ciò agevolata dal contenuto davvero esteso del potere in esame – di utilizzare le informazioni ottenute dall'interrogatorio libero della persona che vi ha acconsentito per procedere all'apertura di un fascicolo nei suoi confronti.

Ci si troverebbe pertanto di fronte alla situazione, invero paradossale, per cui gli interrogatori ai sensi degli articoli 18 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 – consentendo al soggetto ad essi sottoposto di tacere le informazioni incriminanti – risulterebbero più rispettosi dei diritti di chi è già indagato rispetto a quello *ex art. 19* regolamento 1/03 nei confronti di chi indagato ancora non è. L'unica soluzione praticabile per salvaguardare l'effetto utile dell'*art. 19* regolamento 1/03, al contempo garantendo (almeno parzialmente) i diritti del futuro indagato, sarebbe quella di interrompere l'interrogatorio libero nel preciso momento in cui dovessero sorgere elementi a carico della persona che vi si è sottoposta. Tuttavia, questa soluzione è priva di utilità qualora, per i più disparati motivi, al momento determinante una tale percezione manchi, e l'importanza della dichiarazione venga in rilievo in una fase successiva all'interrogatorio, quando cioè non si può far più nulla per tutelare il diritto alla non autoincriminazione del soggetto in questione.

Si deve quindi concludere, nei limiti dei rilievi prospettati e in assenza di una lettura maggiormente garantista da parte del giudice comunitario, per la non conformità dell'*art. 19* regolamento 1/03 alla disposizione di cui all'*art. 6* CEDU. Vale la pena di ricordare, infine, che le conclusioni appena raggiunte in merito al contrasto tra il principio di non incriminazione elaborato dalla Corte europea e gli articoli 18, par. 4, 19 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 sembrano confermate anche alla luce dell'*art. 48*, par. 2 della Carta di Nizza⁸³, disposizione dal contenuto sintetico ma il cui livello di protezione – ai sensi del

⁸¹ Autonomia ribadita, ad es., nella sentenza del 28 agosto 1992, relativa all'affare *Artner c. Austria*, in *Série A*, n. 242-A.

⁸² Sentenza della Corte europea, del 7 luglio 1989, relativa all'affare *Bricmont c. Belgio*, in *Série A*, n. 158. Vedi anche la sentenza del 14 dicembre 1999, relativa all'affare *A.M. c. Italia*, in *Recueil*, 1999-IX, p. 45 ss., punto 25.

⁸³ *Art. 48*, par. 2 Carta: "Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato". In argomento M. D'AMICO, *Art. 48*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 330 ss.

combinato disposto dei successivi articoli 52, par. 3, già citato, e 53⁸⁴ – non intende essere inferiore a quello fornito dall’art. 6, paragrafi 2 e 3 CEDU.

5. Altro ordine di problemi discende dall’ammissibilità del potere di ispezione di cui agli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 e dal loro potenziale conflitto con il principio dell’inviolabilità del domicilio sancito dall’art. 8 CEDU⁸⁵.

In riferimento alle ispezioni aziendali, la prima questione riguarda la possibilità di estendere o meno la nozione di “domicilio” anche ai locali commerciali sottoposti ad ispezione *antitrust*. Nella sentenza *Hoechst*, la Corte di giustizia aveva inizialmente escluso tale ipotesi⁸⁶. Se da un lato si sottolineava come i poteri di ispezione aziendale implicassero la facoltà di ricercare elementi di informazione diversi ancora ignoti o non completamente identificati proprio nei luoghi dove questi di regola si trovano, appunto i locali aziendali⁸⁷, d’altro canto le garanzie proprie del diritto di difesa dovevano essere individuate non nelle pertinenti disposizioni convenzionali bensì nell’obbligo di indicazione dell’oggetto e dello scopo dell’ispezione e nel controllo da parte degli organi giurisdizionali nazionali⁸⁸.

Questa giurisprudenza è entrata, dopo soli tre anni, in conflitto con quella della Corte europea, la quale nella sentenza *Niemietz* ha invece esteso la protezione dell’art. 8 CEDU dai domicili privati ai locali aziendali⁸⁹. La Corte di Strasburgo ha infatti sottolineato, in primo luogo, che non esiste nessuna ragione per escludere in linea di principio l’estensione della nozione di domicilio anche ai locali commerciali, visto che una gran parte della vita di relazione oggi giorno si svolge nell’ambito dell’attività lavorativa⁹⁰. In secondo luogo, essendo riscontrabile in più occasioni una sovrapposizione tra attività private e attività lavora-

⁸⁴ Art. 53 Carta: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. In proposito M. CARTABIA, *Art. 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 360 ss.

⁸⁵ Art. 8 CEDU: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un’attività pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

⁸⁶ Sentenza *Hoechst*, punti 17-18.

⁸⁷ *Ibidem*, punti 26-27.

⁸⁸ *Ibidem*, punti 28-35.

⁸⁹ Sentenza del 16 dicembre 1992, relativa all’affare *Niemietz c. Germania*, in *Série A*, n. 251-B, punto 30. Questa sentenza è stata confermata proprio in relazione alle misure francesi di ispezione in materia *antitrust*: vedi la sentenza del 6 aprile 2002, relativa all’affare *Colas Est e altri c. Francia*, in *Recueil*, 2002-III, p. 105 ss., punto 41. Vedi per tutti A. RILEY, *op. cit.*, p. 72 s.

⁹⁰ Sentenza *Niemietz*, punto 29.

tive, ci si troverebbe di fronte ad un'inaccettabile disparità di trattamento qualora non si accordasse la tutela in oggetto alle seconde solo nei casi in cui queste fossero chiaramente separabili dalle prime⁹¹. Detta disparità sarebbe vieppiù inaccettabile qualora si dovesse distinguere la nozione di abitazione privata da quella di luogo di svolgimento dell'attività lavorativa in presenza di attività svolte in luoghi che non rientrano con certezza nell'una o nell'altra nozione⁹². In terzo luogo, e da un punto di vista generale, l'estensione dell'ambito di applicazione della nozione di domicilio anche ai locali commerciali risulta conforme all'obiettivo dell'art. 8 CEDU, che è quello appunto di proteggere l'individuo dalle indebite ingerenze da parte delle autorità pubbliche⁹³. Infine, con argomentazione letterale, la Corte ha evidenziato come le parole "domicilio" e "corrispondenza" non siano seguite, a differenza della "vita" intesa come "privata e familiare", da alcun aggettivo, ben potendo ricomprendervi anche il luogo e la corrispondenza di lavoro e quindi, come nel caso oggetto della pronuncia, anche quella telefonica⁹⁴.

Dato che con la sentenza *Roquette Frères* la Corte di giustizia ha preso atto dell'avvenuta estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 8, par. 1 CEDU e vi si è conformata⁹⁵, bisogna a questo punto valutare la conformità del potere in oggetto con il successivo art. 8, par. 2. In proposito, è interessante notare come la Corte europea, nell'estendere la tutela dell'art. 8 CEDU, abbia tuttavia sottolineato la possibilità per gli Stati contraenti di godere, nel caso di ispezioni sul luogo di lavoro, di un "margine di ingerenza" maggiore che nel caso delle normali ispezioni domiciliari, in ragione del minor rischio di lesione del diritto tutelato⁹⁶.

Nel caso *National Panasonic* la Corte di giustizia aveva affermato, peraltro non senza una certa apoditticità, la compatibilità dei poteri dell'(attuale) art. 20 regolamento 1/03 con il diritto di non ingerenza senza preavviso. Anche ammettendo di poter applicare *telle quelle* la norma dell'art. 8, par. 1 CEDU alle persone giuridiche⁹⁷, veniva sottolineata la circostanza per cui il successivo art. 8, par. 2 CEDU prevedeva determinate limitazioni al diritto in oggetto in ragione di esigenze sociali di carattere generale. Pertanto, dato che il potere di cui all'(attuale) art. 20 regolamento 1/03 di procedere ad ispezioni *in loco* senza preavviso aveva lo scopo di consentire alla Commissione di vegliare efficacemente sull'osservanza di norme (articoli 81 e 82 TCE) che si impongono obbligatoriamente alle imprese, secondo la Corte di giustizia tale potere risultava perfettamente compatibile con le eccezioni al principio della tutela del domicilio⁹⁸.

⁹¹ *Ibidem*, punto 29.

⁹² *Ibidem*, punto 30.

⁹³ *Ibidem*, punto 31.

⁹⁴ *Ibidem*, punto 32.

⁹⁵ Sentenza *Roquette Frères*, punti 27-29.

⁹⁶ *Ibidem*, punto 31.

⁹⁷ Si ricorda che la sentenza in esame è precedente alla pronuncia della Corte europea nell'affare *Niemetz*.

⁹⁸ Sentenza *National Panasonic*, punti 17-22.

Merita ricordare che, secondo la lettera dell'art. 8, par. 2 CEDU, qualunque ingerenza da parte di pubblici poteri è legittima nel caso in cui vengano rispettate tre condizioni cumulative: tale ingerenza dev'essere predeterminata con legge, prevista per gli scopi tassativi elencati nella stessa disposizione, nonché risultare necessaria in una società democratica. Con riferimento innanzitutto al requisito della riserva di legge, la Corte di Strasburgo ha chiarito che l'ingerenza deve avere una base legislativa⁹⁹ accessibile da parte dell'individuo¹⁰⁰, dalle conseguenze sufficientemente prevedibili¹⁰¹, e dev'essere accompagnata dalla previsione – anch'essa di tipo legislativo – di misure nazionali di tutela contro le intrusioni arbitrarie¹⁰². In secondo luogo, l'indicazione degli scopi legittimi che rendono lecita l'ingerenza dev'essere considerata come tassativa e non suscettibile di estensione in via analogica. Ad es. la Corte ha considerato compatibili alcune misure ispettive per finalità di controllo doganale, repressione del terrorismo e protezione del diritto d'autore¹⁰³. Relativamente alla condizione della necessità in una società democratica, infine, essa ricorre quando l'ingerenza risponde a bisogni sociali imperativi ed è proporzionata allo scopo legittimo da raggiungere. Se il primo sottorequisito esige che si verifichi in concreto la sussistenza di motivi pertinenti e sufficienti su cui basare detta ingerenza, quello della proporzionalità implica l'esistenza di adeguate ed efficaci misure procedurali di salvaguardia nei confronti degli abusi da parte delle autorità pubbliche. Ad esempio, nella sentenza *Chappell*, la misura ispettiva contestata era stata autorizzata dalla *High Court* inglese e soffriva alcuni limiti con riguardo al momento della sua esecuzione, alla sua durata, all'utilizzabilità delle prove raccolte, e infine alle modalità esecutive: per questi motivi è stata ritenuta proporzionata allo scopo perseguito¹⁰⁴. Viceversa, nelle pronunce *Crémieux* e *Mialhe*, i poteri di ispezione delle autorità doganali francesi sono stati considerati incompatibili con l'art. 8 CEDU a causa degli ampi poteri esercitati in mancanza di un adeguato controllo giurisdizionale¹⁰⁵.

Per valutare la conformità dell'art. 20 regolamento 1/03 rispetto all'art. 8, par. 2 CEDU, pertanto, è necessario procedere ad un'analisi puntuale degli elementi costitutivi della norma regolamentare. È appena il caso di notare che l'ambito della valutazione di compatibilità in questo caso attiene esclusivamente

⁹⁹ Sentenza del 24 aprile 1990, relativa all'affare *Huwig c. Francia*, in *Série A*, n. 176-B, punto 28.

¹⁰⁰ È sufficiente la pubblicazione: sentenza del 30 marzo 1989, relativa all'affare *Chappell c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 152-A, punto 56.

¹⁰¹ Sentenza *Huwig*, punto 29.

¹⁰² *Ibidem*, punto 29.

¹⁰³ Rispettivamente nelle sentenze *Funke*, *John Murray* e *Chappell*.

¹⁰⁴ Sentenza *Chappell*, punti 59-63.

¹⁰⁵ Sentenze del 25 febbraio 1993, relative agli affari *Crémieux c. Francia* e *Mialhe c. Francia*, rispettivamente in *Série A*, n. 256-B, punto 38, e n. 256-C, punto 40. Si deve tuttavia ricordare che il controllo giurisdizionale non è ritenuto dalla Corte europea elemento imprescindibile qualora la procedura disponga penetranti misure di tutela, quali ad es. la presenza effettiva di un avvocato e di un osservatore esterno: sentenza del 16 dicembre 1997, relativa all'affare *Camenzind c. Svizzera*, in *Recueil*, 1997-VIII, 61, p. 2880 ss., punto 46.

alle decisioni obbligatorie di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03. Dato che le ispezioni a mezzo di mandato scritto non possono essere eseguite senza il consenso dell'impresa indagata, cui peraltro non può essere irrogata alcuna sanzione in caso di rifiuto, è evidente che queste ultime ispezioni – a differenza di quelle disposte con decisione formale – non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8, par. 1 CEDU e pertanto non devono essere giustificate alla luce del successivo art. 8, par. 2¹⁰⁶.

Per quanto riguarda il primo requisito dell'art. 8, par. 2 CEDU, è dato riscontrare che le decisioni formali di ispezione aziendale hanno una base legislativa nell'art. 20, par. 4 regolamento 1/03, che tale normativa è accessibile in quanto pubblicata sulla Gazzetta ufficiale, e che le sue conseguenze sono facilmente prevedibili, vista la pratica della Commissione di descrivere nelle predette decisioni formali sia la procedura che l'uso del potere ispettivo. Per quanto riguarda la previsione di mezzi di tutela contro gli abusi della Commissione, la lettera dell'art. 20, paragrafi 7 e 8 sembra soddisfare, almeno dal punto di vista formale, detta necessità¹⁰⁷. Anche il secondo requisito appare facilmente soddisfatto, in quanto il potere di ispezione mira a proteggere la concorrenza nel mercato comunitario, finalità a carattere generale da ritenersi sicuramente legittima¹⁰⁸.

I maggiori dubbi di conformità riguardano viceversa il terzo requisito richiesto dalla disposizione convenzionale, quello cioè della “necessità in una società democratica”. È infatti giocoforza constatare come – a fronte dei penetranti obblighi cui sono soggette le imprese¹⁰⁹ – la procedura di ispezione obbligatoria ex art. 20, par. 4 regolamento 1/03 non appaia proporzionata, difettando sia di una qualche forma di controllo giurisdizionale preventivo con riferimento alla sua “necessità”, sia di quelle garanzie alternative giudicate indispensabili dalla Corte europea per far fronte agli abusi dei pubblici poteri in mancanza del controllo giurisdizionale stesso¹¹⁰.

Per quanto riguarda dette garanzie alternative, inoltre, dalla lettera dell'art. 20, par. 7 regolamento 1/03 si ricava che il controllo del giudice nazionale non è reso obbligatorio a livello comunitario ma dipende dalla specifica legislazione nazionale, ben potendo quest'ultima non prevedere nulla a riguardo. Inoltre, il controllo ai sensi dell'art. 20, par. 8 regolamento 1/03 non attiene al requisito della necessità dell'ispezione ma è limitato alla verifica dell'autenticità della decisione della Commissione ed alla circostanza che la misura non sia né arbitraria né sproporzionata. Se si ricade in quest'ultimo caso, il giudice nazionale non può negare l'autorizzazione prima di aver chiesto ulteriori delucidazioni alla Commissione. Sotto questo punto di vista, pertanto, le possibilità per il giudice

¹⁰⁶ Così esattamente A. RILEY, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁷ Dubbi possono invece sollevarsi dal punto di vista della conformità sostanziale, valutazione che è compiuta *infra* nell'analisi del terzo requisito.

¹⁰⁸ Sentenza *National Panasonic*, punti 17-22.

¹⁰⁹ In proposito, vedi C. LISTER, *op. cit.*, p. 60 ss.

¹¹⁰ A differenza del caso *Camenzind*, l'art. 20 regolamento 1/03 non prevede né l'intervento inderogabile di un avvocato, né tanto meno la presenza di un osservatore indipendente.

nazionale di negare l'ispezione appaiono davvero limitate¹¹¹. Inoltre, a causa del particolare tipo di controllo affidato al giudice nazionale – che non è, giova ripeterlo, di legittimità –, si ritiene che questi non possa validamente delegare ad un osservatore esterno il compito di assistere all'esecuzione della misura ispettiva e di redigere apposito verbale a futura memoria. Nel silenzio del regolamento 1/03 e in mancanza di un chiaro indirizzo giurisprudenziale, infatti, non si capisce quale valore probatorio potrebbe avere tale verbale in caso di ricorso al giudice comunitario. D'altro canto, non si può realisticamente sostenere che la presenza dei funzionari dell'autorità garante competente per territorio sia una garanzia adeguata: questi infatti, lungi dall'assumere le vesti dell'osservatore imparziale, hanno l'obbligo di prestare assistenza attiva agli agenti della Commissione, all'uopo disponendo degli stessi poteri di questi ultimi secondo quanto previsto negli articoli 20, par. 5 e 21, par. 4 regolamento 1/03.

Ancora, a parte la corrispondenza tra cliente e avvocato¹¹², non è dato riscontrare un qualche meccanismo generale di tutela nei confronti delle prove illegittimamente raccolte, dato che la Corte di giustizia ha affermato l'irrelevanza del comportamento illegittimo dei funzionari di Bruxelles sulla validità della decisione di ispezione¹¹³. A tal proposito, tuttavia, anche la Corte europea ha negato che si possa escludere in via di principio l'ammissibilità di una prova ottenuta illegalmente, riconoscendo viceversa che il carattere globalmente corretto della procedura debba risultare dall'ulteriore materiale probatorio e dalla mancanza di tempestive constatazioni da parte dell'accusato circa la loro autenticità e utilizzabilità¹¹⁴.

In riferimento al controllo di legittimità dell'ispezione, come si è detto spettante al giudice comunitario *ex art.* 20, par. 8 regolamento 1/03, anch'esso non sembra conforme all'art. 8, par. 2 CEDU. Innanzitutto, tale controllo non è preventivo ma successivo, originando non dalla richiesta della Commissione quanto dall'opposizione dell'impresa indagata. L'opposizione, peraltro, ai sensi dell'art. 242 TCE non ha effetto sospensivo a meno che l'impresa non dimostri l'esistenza di un danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione della misura ispettiva. Nonostante la Commissione abbia l'obbligo di indicare nella decisione l'oggetto e lo scopo dell'ispezione, bisogna nondimeno riconoscere come tale indicazione per sua natura non possa essere specifica, per cui ben difficilmente l'impresa potrà provare innanzi al giudice comunitario che la serietà e l'irreparabilità del danno derivino semplicemente dall'ingresso della Commissione nei locali aziendali. Dal punto di vista pratico risulterà estremamente difficile – se non impossibile – che la pronuncia del Tribunale di primo grado sull'opposi-

¹¹¹ Conforme E. PAGANO, *op. cit.*, p. 923 s.

¹¹² Su cui *infra* nel prosieguo del lavoro.

¹¹³ Sentenza del 17 ottobre 1989, causa 85/87, *Dow Benelux Nv Bv c. Commissione*, Raccolta, p. 3137 ss., punto 49.

¹¹⁴ Sentenza del 12 luglio 1988, relativa all'affare *Schenk c. Svizzera*, in *Série A*, n. 140, punto 46 ss. Non foss'altro perché confonde l'illegittimità *ex ante* della prova raccolta con la sua irrilevanza *ex post* perché sovrabbondante, detta pronuncia non appare condivisibile.

zione alla decisione della Commissione con concessione della sospensiva giunga in tempo per bloccare l'esecuzione della misura ispettiva¹¹⁵. Specie nelle ispezioni senza preavviso, infatti, la notifica della decisione è contestuale all'esecuzione della stessa. Una soluzione potrebbe essere quella per cui gli ispettori della Commissione, di fronte alla volontà dell'impresa di sollevare opposizione al giudice comunitario, appongono sigilli *ex art.* 20, par. 2, lett. d) regolamento 1/03 a tutti i locali e armadi che intendevano ispezionare. Ciò tuttavia, visti i tempi del ricorso, sembra di dubbia praticità sia per i funzionari della Commissione, costretti ad interrompere l'*iter* ispettivo con il rischio che le prove detenute altrove vengano definitivamente occultate, che per le stesse imprese, essendo loro precluso l'accesso ai luoghi sigillati, luoghi spesso di vitale importanza per il quotidiano svolgimento delle attività.

Da tutto quanto detto, se ne ricava che il potere di ispezione aziendale di cui all'art. 20, par. 4, regolamento 1/03, non essendo né soggetto a controllo giurisdizionale preventivo né circondato da adeguate ed efficaci misure di tutela nei confronti degli eventuali abusi della Commissione, non appare compatibile con l'art. 8 CEDU.

Il potere di ispezione aziendale, inoltre, sembra incompatibile anche rispetto all'art. 7 della Carta di Nizza¹¹⁶ che riproduce quasi testualmente l'art. 8, par. 1 CEDU. Al contrario della CEDU, tuttavia, l'art. 7 Carta non contiene una previsione analoga a quella dell'art. 8, par. 2 CEDU, per cui esso si limita ad affermare un diritto analogo a quello della previsione convenzionale senza tuttavia prevederne il medesimo oggetto e, soprattutto, le relative eccezioni. Mancando tali eccezioni, giusta la seconda frase dell'art. 52, par. 3 Carta – secondo cui, come si è visto, “[l]a presente disposizione non osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa” – si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 7 Carta fornisca un livello di protezione più esteso rispetto all'art. 8 CEDU, e che pertanto non debba applicarsi *in parte qua* la prima frase del medesimo art. 52, par. 3 Carta, ai sensi della quale “[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”. In altri termini, le limitazioni dell'art. 8, par. 2 CEDU non potrebbero essere applicate *mutatis mutandis* al diritto al rispetto della vita privata e familiare affermato nell'art. 7 Carta, in quanto quest'ultima disposizione non prevede eccezioni “corrispondenti” a quelle convenzionali e, dunque, fornisce una protezione assoluta ai titolari di tale diritto. Per tutto quanto appena detto, il potere di ispezione aziendale di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03 sembra essere vietato in maniera assoluta in base all'art. 7 Carta. Una simile eccessiva conclusione, derivante dall'assenza di una specifica clausola limitativa paragonabile alla previsione

¹¹⁵ In questo senso A. RILEY, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁶ Art. 7 Carta: “Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”. In proposito il commento di T. GROPPI, *Art. 7*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 76 ss.

dell'art. 8, par. 2 CEDU, potrebbe tuttavia essere mitigata dal limite generale di cui all'art. 52, par. 1 Carta, ai sensi del quale “[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Qualora venisse attribuita forza giuridica obbligatoria alla Carta di Nizza (oppure nel lasso di tempo tra l'entrata in vigore del Trattato costituzionale e l'adesione formale dell'Unione europea alla CEDU), pertanto, solo un'attenta attività ermeneutica delle Corti comunitarie – le quali nell'interpretazione delle “finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione” si conformino all'art. 8, par. 2 CEDU e alla relativa giurisprudenza della Corte europea – potrebbe essere capace di eliminare il rischio di uno svuotamento del potere di ispezione aziendale per contrasto con l'art. 7 Carta.

Con riferimento alla compatibilità tra l'art. 8 CEDU e le ispezioni domiciliari di cui all'art. 21 regolamento 1/03, si deve innanzitutto rilevare la mancanza di giurisprudenza in ambito comunitario, visto che dette misure presentano carattere di novità. Ciò fa sì che le critiche svolte poc'anzi in riferimento alla non conformità delle misure ispettive aziendali con l'art. 8 CEDU debbano essere rivolte a maggior ragione nei confronti di quelle domiciliari. Se l'operare dei principi generali dell'ordinamento comunitario ha permesso infatti alla Corte di giustizia, in ragione della specificità funzionale dei locali aziendali, di enucleare alcuni seppur minimi diritti di difesa poi confluiti nella formulazione dell'art. 20 regolamento 1/03, il fatto che la disposizione di cui al successivo art. 21 non contenga particolari garanzie supplementari lascia quantomeno perplessi in considerazione del maggior rischio di lesione del diritto in esame che può derivare da indebite ingerenze in luoghi strettamente personali quali i domicili privati.

L'ampiezza della tutela a fronte del potere di compiere ispezioni domiciliari da parte della Commissione appare invero ricalcata su quella delle ispezioni aziendali. Oltre alla sostanziale identità con riferimento ai requisiti contenutistici della decisione, anche in questo caso il controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione formale con cui viene ordinata la misura ispettiva è riservato al giudice comunitario, è successivo e non preventivo, e non ha normalmente effetto sospensivo. Da quest'ultimo punto di vista, tuttavia, in considerazione del predetto maggior rischio di lesione del diritto tutelato dall'art. 8 CEDU, non è improbabile che il giudice comunitario adotti un atteggiamento più restrittivo, ordinando la sospensione dell'esecuzione qualora risulti illegittima a seguito di un esame sommario e non necessariamente della dimostrazione (spesso quasi impossibile) dell'irreparabilità del danno derivante dall'esecuzione della misura stessa. Ci si deve chiedere, tuttavia, come tale atteggiamento restrittivo successivo possa sopperire ai limiti derivanti dalla generale mancanza di un'autorizzazione preventiva, anche in considerazione del fatto che l'art. 21, par. 4 regolamento 1/03 non consente di apporre sigilli ai domicili privati, e dunque impedi-

sce di estendere alle ispezioni domiciliari la soluzione suggerita in precedenza con riferimento alle ispezioni aziendali.

Viceversa, limitate novità si registrano con riferimento al controllo da parte del giudice nazionale. A differenza dell'art. 20, par. 7 regolamento 1/03, il controllo da questi compiuto sull'autenticità della decisione e sulla non arbitrarietà o sproporzione delle misure ivi previste è reso obbligatorio, senza possibilità per le legislazioni nazionali di disporre diversamente¹¹⁷. Detto giudice, inoltre, nello stabilire o meno la proporzionalità delle misure di cui si chiede l'autorizzazione, avrà un più ampio margine di manovra, dovendo in particolare verificare sia l'importanza della prova richiesta in riferimento all'intero procedimento sia, soprattutto, la ragionevolezza dei motivi che hanno portato la Commissione ad orientarsi verso locali diversi da quelli aziendali.

Tuttavia, questi accorgimenti non possono nascondere l'insufficienza delle disposizioni normative a tutela delle persone indagate, tutela che, nel caso delle ispezioni domiciliari, peraltro trascende la mera vicenda procedimentale *antitrust* per riverberarsi sul diritto al rispetto della vita privata e familiare di soggetti i quali a volte si possono rivelare addirittura completamente estranei al procedimento stesso, ed in quanto tali meritevoli delle più ampie e migliori garanzie. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non sarebbe fuori dell'immaginazione ipotizzare che l'importanza attribuita da questo alla tutela della vita privata e familiare delle persone indebitamente sottoposte a perquisizione domiciliare ex art. 21 regolamento 1/03 sia suscettibile di sollevare, in mancanza di simili garanzie, un conflitto tra la citata disposizione comunitaria e l'art. 14 Cost., conflitto sindacabile dalla Corte costituzionale in quanto lesivo di un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale¹¹⁸.

Sulla compatibilità dell'art. 21 regolamento 1/03 con le nostre disposizioni processualpenalistiche, non si ritiene di aderire alla soluzione, da alcuni prospettata¹¹⁹, secondo cui la differenza tra la citata norma comunitaria e le norme nazionali che presentano le maggiori affinità – ovvero gli articoli 247 e seguenti c.p.p., che disciplinano la perquisizione ad opera del pubblico ministero con decreto motivato – si ridurrebbe alla diversa finalità di quest'ultima (che non riguarda violazioni amministrative bensì reati penali), rendendole pertanto facilmente utilizzabili allo scopo. Al di là dell'indubbia affinità specifica, infatti, non si deve dimenticare che il procedimento penale italiano prevede la sanzione processuale dell'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita al fascicolo d'indagine, sanzione che costituisce un notevole freno alle ingerenze domiciliari *contra legem*. In mancanza di analoga sanzione nel procedimento *antitrust* comunitario, il confronto sembra pertanto non reggere. Più consona appare, invece, una soluzione che affidi il controllo previsto dall'art. 21 regolamento

¹¹⁷ Ciò consente di superare la specifica obiezione espressa *supra* in tema di ispezioni aziendali.

¹¹⁸ Sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062 ss.

¹¹⁹ Vedi M. MEGLIANI, *Ispesioni domiciliari*, cit., p. 114 ss.

1/03 al giudice per le indagini preliminari, secondo le modalità e i tempi di quest'ultimo.

Si deve pertanto concludere che il potere di ispezione domiciliare di cui all'art. 21 regolamento 1/03 appare sicuramente incompatibile con l'art. 8 CEDU e, per le ragioni già esposte in precedenza, con l'art. 7 della Carta di Nizza.

6. I rinnovati poteri di indagine richiedono di approfondire alcuni aspetti relativi alle concrete modalità del loro esercizio da parte della Commissione. *In primis*, occorre verificare la conformità degli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 con il diritto all'assistenza legale durante le ispezioni, ricavabile dal combinato disposto degli articoli 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU. In proposito, si ricorda che la Corte europea, mentre nella pronuncia *Chappell* aveva affermato la compatibilità della misura ispettiva oggetto del ricorso in quanto non solo autorizzata preventivamente da un giudice ma sottoposta anche a particolari limiti nella sua esecuzione¹²⁰, nella sentenza *Camenzind* aveva viceversa stabilito – in mancanza del controllo preventivo – l'inderogabilità della presenza effettiva di un avvocato e di un osservatore esterno delegato dal giudice nazionale quale garanzia di imparzialità e di correttezza per i soggetti indagati¹²¹.

Per quanto riguarda l'osservatore esterno, è già stata rilevata l'insufficienza della presenza dei funzionari dell'autorità garante nazionale ai fini della tutela del diritto di difesa delle imprese, e pertanto l'incompatibilità *in parte qua* degli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 con l'art. 8 CEDU.

Sulla presenza di un avvocato, viceversa, la giurisprudenza comunitaria sembra piuttosto ondivaga, nonostante l'indubbia importanza della problematica ai fini della predetta tutela la quale non riguarda solo la fase di ricerca documentale vera e propria, ma attiene anche alle informazioni richieste ai sensi dell'art. 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03. Nella più volte citata sentenza *Hoechst*, la Corte di giustizia aveva affermato che essere assistiti da un difensore sin dalla fase delle indagini preliminari è un diritto per le imprese ma non un dovere per la Commissione, la presenza del legale non essendo requisito di validità dell'ispezione (o della richiesta di informazioni durante quest'ultima). Nella prassi, la Commissione è solita fornire all'impresa una *nota esplicativa* contenente l'elencazione di diritti e obblighi. Ai sensi di tale nota ci si può far assistere da un avvocato per telefono o di persona, purché questi si presenti sul luogo dell'ispezione in un lasso di tempo ragionevole. Nel frattempo, la dirigenza deve impegnarsi a lasciare la documentazione nel medesimo luogo e stato in cui si trovava all'arrivo dei funzionari di Bruxelles, mentre questi ultimi possono installarsi in qualunque ufficio. Se l'impresa dispone di un servizio legale interno, però, l'ispezione può iniziare senza dover attendere l'arrivo dell'avvocato esterno¹²².

¹²⁰ Sentenza *Chappell*, punti 59-63.

¹²¹ Sentenza *Camenzind*, punto 46.

¹²² In argomento C. LISTER, *op. cit.*, p. 57, nonché A. FRIGNANI, *I poteri di ispezione ed il diritto di difesa nella normativa antitrust dell'Unione europea*, in *Contr. imp./E.*, 2004, p. 1023.

Dal combinato disposto dagli articoli 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU, tuttavia, si evince come la concreta presenza di un avvocato durante tutta la fase delle indagini preliminari costituisca elemento imprescindibile al fine non solo di rendere effettivo il diritto dell'accusato di rimanere in silenzio in caso di interrogatorio¹²³ – qualora dalle caratteristiche del procedimento risulti che le prove raccolte in questa fase abbiano conseguenze determinanti per le prospettive della difesa durante tutto il corso ulteriore del procedimento stesso, soprattutto qualora il procedimento non preveda la valutazione sull'ammissibilità e la rilevanza delle prove così raccolte davanti ad un giudice indipendente, in udienza, e alla presenza dell'accusato con diritto di controinterrogare e controdedurre¹²⁴ –, ma anche di garantire la regolarità dell'attività di ricerca¹²⁵. In particolare, la Corte europea ha più volte ribadito come l'assistenza richiesta dall'art. 6, par. 3, lett. c) CEDU sia differente dalla semplice nomina, mettendo l'accento sull'esigenza di effettività, e ha di conseguenza censurato le situazioni in cui detta assistenza risultava, in un modo o nell'altro, puramente formale¹²⁶.

Dalla struttura del regolamento 1/03 si desume quindi non solo che le prove raccolte durante le indagini preliminari hanno notevoli conseguenze sulla posizione dell'impresa indagata, ma anche che le stesse prove non saranno poi discusse davanti ad un organo imparziale ai fini della decisione di infrazione, una valutazione delle prove della violazione *antitrust* in contraddittorio tra la parte pubblica e le imprese coinvolte essendo cosa ben lontana dal procedimento attuale. Non si può pertanto evitare di sottolineare come gli articoli 20 e 21 regolamento 1/03 appaiano incompatibili con gli articoli 6 e 8 CEDU nella misura in cui non prevedono come obbligatoria e irrinunciabile la presenza dell'avvocato durante le ispezioni aziendali e domiciliari, nonché durante lo stesso interrogatorio in corso di ispezione. È appena il caso di sottolineare che analoga conclusione può trarsi anche con riferimento al combinato disposto degli articoli 7, 47, par. 2 e 48, par. 2 della Carta di Nizza, che nulla aggiungono alle corrispondenti previsioni convenzionali.

7. La mancanza di un preciso obbligo in riferimento alla presenza di un avvocato durante le ispezioni aziendali e domiciliari risulta ulteriormente censurabile alla luce del più generale principio della *tutela del segreto professionale* intercorrente tra detti professionisti e i loro clienti, principio ribadito nella CEDU. A tal proposito, si deve registrare la mancanza nel regolamento 1/03 di una presa di posizione innovativa rispetto all'ormai risalente giurisprudenza *AM & S*¹²⁷. Secondo quella pronuncia – caposaldo della tutela del cd. *legal privilege*

¹²³ Sentenza *John Murray*, punto 63.

¹²⁴ Così M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 228, e P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 468.

¹²⁵ Sentenza *Camenzind*, punto 46.

¹²⁶ Al riguardo si vedano i noti casi *Artico c. Italia* (sentenza del 13 maggio 1980, in *Série A*, n. 37) e *Goddi c. Italia* (sentenza del 9 giugno 1984, in *Série A*, n. 76), su cui per tutti V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 128 ss.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982, causa C-155/79, *Australian Mining and Smelting Europe, Ltd. (AM & S) c. Commissione*, Raccolta, p. 1575 ss.

nel diritto comunitario della concorrenza – le informazioni potenzialmente incriminanti per l'impresa¹²⁸ possono essere coperte dal segreto professionale unicamente a tre condizioni: che siano state scambiate tra l'impresa e un avvocato esterno, che attengano all'esercizio del diritto di difesa, e che sia l'impresa che l'avvocato siano comunitari¹²⁹.

Per quanto riguarda la prima condizione, l'indipendenza dell'avvocato è stata ritenuta garanzia di autonomia nei confronti delle imprese, specie quelle di grandi dimensioni o multinazionali in cui il legale interno è un dipendente a tutti gli effetti e il rapporto tra quest'ultimo e i vertici aziendali si risolve in un vincolo di subordinazione. In effetti, non di rado l'attività dell'*in-house lawyer* consiste nel raccogliere e predisporre la documentazione rilevante da inviare ad un professionista esterno, e a volte la Commissione ha basato la propria decisione di constatazione dell'avvenuta condotta anticoncorrenziale esclusivamente su pareri dell'ufficio legale interno¹³⁰. In quest'ottica, l'estensione della tutela in esame anche al legale aziendale è parso comportare il rischio eccessivo di sottrarre alla disponibilità della Commissione potenzialmente quasi tutti i documenti rilevanti sotto forma di corrispondenza purché il mittente o il destinatario risultasse il legale interno stesso¹³¹.

La seconda condizione, relativa all'attinenza delle informazioni in questione con l'esercizio del diritto di difesa, implica la protezione sia della corrispondenza scambiata dall'apertura del procedimento vero e proprio, sia di quella precedente ma a questo connessa. Se la tutela del primo tipo di corrispondenza non pone grandi problemi, sulla seconda bisogna fare alcune osservazioni che attengono soprattutto all'intensità dell'onere della prova. È di tutta evidenza, infatti, che la questione di stabilire *a priori* se un'informazione tra avvocato e impresa sarà attinente al (futuro quanto eventuale) procedimento *antitrust*, e quindi debba essere sottratta alla disponibilità dei funzionari di Bruxelles, non è sempre agevole. Da un punto di vista generale, spetta alla Commissione l'onere di provare che un documento è attinente ai fini della dimostrazione di una violazione della normativa concorrenziale, mentre è compito dell'impresa dimostrare che determinate informazioni contenute ad es. in lettere scambiate tra il legale esterno e i vertici dell'impresa rientrano nell'esercizio del diritto di difesa¹³². In termini pratici, ciò si traduce nel provare che la lettera in questione alternativamen-

¹²⁸ Dalla sentenza *AM & S*, punto 28, si ricava che la tutela è concessa a favore dell'impresa e non dell'avvocato. Di conseguenza, la divulgazione delle informazioni da parte dell'impresa può utilmente avvenire nonostante l'opposizione dell'avvocato.

¹²⁹ Sentenza *AM & S*, punti 21 e 25-26.

¹³⁰ Decisione del 14 dicembre 1984, n. 85/79/CEE, affare IV/30-*John Deere*, *GUCE* L 35, 7 febbraio 1985, p. 58. Con riferimento alla legge italiana *antitrust*, la distinzione tra avvocato interno ed esterno a fini probatori è stata ribadita da TAR Lazio, sentenza 5 luglio 2001, n. 6139.

¹³¹ Come nota A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 1025 s., deve tuttavia ritenersi coperta dalla tutela in esame la lettera del legale interno meramente riprodotiva di quella dell'avvocato esterno: ordinanza del Tribunale di primo grado del 4 aprile 1990, causa T-30/89, *Hilti Aktiengesellschaft c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-163 ss

¹³² Così correttamente G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1015.

te proviene da un avvocato esterno o è a questi indirizzata, e che essa è inerente al procedimento d'indagine. Per quanto riguarda il primo requisito, se nella stragrande maggioranza dei casi basterà mostrare l'intestazione del foglio, maggiori problemi potrebbe creare una *e-mail*, in ragione della mancanza di un'ampia diffusione della cd. firma elettronica e della conseguente difficoltà di dimostrarne l'origine o il destinatario. Rispetto al secondo requisito, invece, ci si trova di fronte ad un paradosso: per fornire tale prova l'impresa dovrebbe mostrare il contenuto della corrispondenza ai funzionari della Commissione, il che *de facto* priverebbe di effettività la tutela stessa. Come pure è stato evidenziato¹³³, la prova può essere altresì raggiunta per presunzioni di tipo temporale (ad es. la data della lettera in corrispondenza di determinati eventi) oppure oggettivo (ad es. il fatto, precedentemente accertato, che il legale in questione abbia seguito l'evolversi dell'intesa rivelatasi anticoncorrenziale). Qualora tale prova non venga raggiunta, il giudice comunitario ha stabilito che le relative contestazioni non possano essere valutate da un arbitro o dall'autorità giurisdizionale nazionale¹³⁴, ma debbano essere risolte a livello comunitario. La Commissione, infatti, di fronte al rifiuto opposto dall'impresa di mostrare la corrispondenza sulla base dell'eccezione del privilegio legale, dovrà imporre l'esibizione con decisione formale, eventualmente comminando la sanzione prevista dall'art. 23, par. 1, lett. c) regolamento 1/03. Le imprese potranno peraltro impugnare tale decisione innanzi al Tribunale di primo grado, e sarà poi il giudice comunitario a compiere la sua valutazione. Nella prassi, questi documenti saranno sigillati in busta chiusa e riaperti in giudizio. Secondo alcuni¹³⁵, l'impresa dovrebbe comunque ottemperare alla richiesta della Commissione, dandole accesso ai documenti, e poi proporre ricorso al Tribunale. Viceversa, dal ragionamento della Corte sembra desumersi che l'impresa, nell'impugnare la decisione con cui la Commissione impone l'esibizione e commina la sanzione per la sua mancanza, possa opporre un rifiuto di cui solamente il Tribunale valuterà la legittimità. Considerati i tempi ed i costi di un ricorso al giudice comunitario, questo meccanismo risulta un po' complesso. Tuttavia, in mancanza di un soggetto terzo che decida *ex ante* sull'ammissibilità della richiesta di ispezione oppure valuti *ex post* in giudizio la legittimità dell'acquisizione con possibilità di comminare sanzioni di inutilizzabilità della prova illegittimamente raccolta, e più in generale a causa della molteplicità di ruoli che assume la Commissione nel procedimento *antitrust*, esso pare l'unico possibile.

La terza condizione, infine, implica la necessità non solo che l'avvocato indipendente sia iscritto nell'albo di uno degli Stati membri, ma che anche l'impresa in questione sia situata in territorio comunitario. Più che da ragioni di politica legislativa¹³⁶, questa limitazione territoriale sembra discendere dal ragionamento della Corte in punto di ammissibilità di un siffatto principio nell'ordi-

¹³³ Vedi G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1015.

¹³⁴ Come nel caso della valutazione dell'arbitrarietà e della proporzionalità delle misure ispettive.

¹³⁵ Vedi A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 1026.

¹³⁶ Come pure è stato affermato da G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 1017.

namento comunitario. Negli ordinamenti degli Stati membri, infatti, la segretezza della corrispondenza avvocato-cliente è tutelata solamente in materia penale e non per questioni amministrative e commerciali. Viceversa, la Corte ha ritenuto di individuare in quest'ultimo campo ed a livello comunitario un siffatto principio, estendendo la tutela della corrispondenza al procedimento amministrativo *antitrust* e svolgendo pertanto un'attività di tipo creativo più che recettizio. Tale individuazione si basa sul reciproco riconoscimento tra gli Stati membri delle diverse nozioni ed esigenze in tema di tutela della corrispondenza tra avvocato e cliente, tutela che mentre in alcuni Stati deriva dalla stessa funzione di mantenimento della legalità attribuita al legale, in altri trova la sua ragion d'essere nel rispetto dei diritti di difesa. Di conseguenza, un tale principio – in ragione della parità di trattamento – dev'essere riconosciuto a tutti gli avvocati comunitari, e solo a quelli. Stando così le cose, si deve sottolineare come il limitato riconoscimento del *legal privilege* nel procedimento *antitrust* comunitario paia contrastare con il principio della tutela dei diritti della difesa ai sensi del combinato disposto degli artt. 6, par. 3, lett. c) e 8 CEDU.

In primo luogo, esso non è rispettoso del principio della tutela della corrispondenza tra avvocato e imputato. Benché in tema di violazioni ad opera delle autorità carcerarie, la Corte europea ha tuttavia ribadito che la lettura della corrispondenza destinata a o proveniente da un avvocato può essere soggetta a restrizioni solamente in casi eccezionali, ovvero quando si ha ragione di credere ad un abuso del privilegio non riscontrabile altrimenti. In questo caso, si può aprire la corrispondenza ma solo in presenza del soggetto¹³⁷. Anche se la corrispondenza scambiata tra impresa e legale di fiducia può sembrare meritevole di minor tutela rispetto a quella del detenuto, è qui giocoforza rilevare il principio, ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui si ricadrebbe in una violazione dell'art. 8 in connessione con l'art. 6, par. 3, lettere b) e c) CEDU qualora fosse concesso alla Commissione di visionare – e, ancor più, di acquisire al fascicolo d'indagine – tutta quella documentazione rilevante ai fini della preparazione dell'attività difensiva (non importa se predisposta da un legale interno o esterno). A tal proposito merita sottolineare, difatti, come la predetta tutela non solo sia insuscettibile di coprire l'intero spettro dei rapporti che possono intercorrere tra un'impresa ed un professionista, viceversa limitandosi a quanto è necessario in vista della specifica prospettiva difensiva, ma che inoltre essa debba cedere di fronte alla dimostrazione dell'abuso compiuto dal medesimo professionista.

Se ciò è corretto, ci sembra da un lato che l'obbligo di fedeltà – alla base dei timori della giurisprudenza comunitaria circa l'estensione del *legal privilege* anche ai legali interni all'impresa – non sia sufficiente a legittimare un eventuale concorso del professionista nelle attività anticoncorrenziali del proprio datore

¹³⁷ Sentenza del 25 marzo 1992, relativa all'affare *Campbell c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 233, punto 48. In argomento D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *op. cit.*, p. 206 s.

di lavoro, concorso altrimenti sanzionabile ai sensi degli articoli 81 e 82 CE¹³⁸. Dall'altro, si deve riconoscere come la disciplina convenzionale sia di ostacolo ad una prospettazione secondo cui debba gravare in capo al legale interno una sorta di presunzione assoluta di colpevolezza.

Di recente, nonostante la prassi di alcuni Stati membri in senso opposto, ci sembra tuttavia di cogliere qualche ripensamento nella giurisprudenza comunitaria. Si deve infatti registrare la presa di posizione del Presidente del Tribunale di primo grado nella causa *Akzo Nobel*, in cui si afferma che in alcuni casi ai documenti degli *in-house lawyers* può essere esteso il privilegio legale¹³⁹. La *Court of Appeal* inglese, tuttavia, in una sua recente decisione ha escluso che potessero rientrare nella tutela in oggetto quelle informazioni scambiate non tanto per ottenere una consulenza quanto per sottrarre determinate prove ad un (eventuale) futuro procedimento¹⁴⁰. Ad ogni modo, desta più di una perplessità il fatto che proprio nel momento del passaggio dalla notifica all'eccezione legale non si siano apprestate regole più consone per garantire una maggiore libertà di autovalutazione delle intese da parte degli *in-house lawyers*. Si potrebbe infatti assistere – ed in misura ancor più marcata rispetto al passato – al paradosso per cui l'impresa debba necessariamente rivolgersi all'esterno per evitare che la propria documentazione possa un giorno divenire oggetto di sequestro probatorio¹⁴¹.

Il limitato riconoscimento del *legal privilege*, inoltre, sembra violare il principio della tutela del segreto professionale nella parte in cui non prevede alcuna salvaguardia in caso di ispezioni compiute *ex* articoli 20 e 21 regolamento 1/03 presso lo studio professionale dell'avvocato dell'impresa indagata. Nella pronuncia *Niemietz*, la Corte europea aveva infatti ritenuto che l'ispezione compiuta presso lo studio professionale del ricorrente, finalizzata alla ricerca di non meglio precisati documenti correlati ad un procedimento penale in corso, non rivestisse il carattere della proporzionalità in quanto non era accompagnata da particolari procedure a tutela del diritto di difesa quali, ad. es., la presenza di un osservatore esterno. Se ne ricava che una misura ispettiva, qualora venga eseguita presso i locali in cui si svolge l'attività professionale di un avvocato, debba essere circondata di speciali garanzie in quanto potenzialmente atta ad avere ripercussioni sulla corretta amministrazione della giustizia¹⁴². Garanzie, in conclusione, non rinveni-

¹³⁸ Conforme R. RINALDI, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁹ Vedi l'ordinanza cautelare del Presidente del Tribunale di primo grado del 30 ottobre 2003, cause riunite T-125/03 R e T-253/03 R, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e Akros Chemicals Ltd. c. Commissione*, Raccolta, p. II-4771 ss.

¹⁴⁰ Vedi *Court of Appeal, Three Rivers District Council and Others v. Governor & Company of the Bank of England* [2003], citata in A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 1026. La conformità di questa decisione con le disposizioni convenzionali sembra dubbia.

¹⁴¹ Conforme R. RINALDI, *op. cit.*, p. 165. Come nota W. P. J. WILS, *Self-incrimination*, cit., p. 573, in alcuni ordinamenti quali quello inglese e belga il segreto professionale è tutelato anche con riguardo agli *in-house lawyers*. Resta da vedere se l'*obiter dictum* del Presidente del Tribunale di primo grado nell'ordinanza *Akzo Nobel*, punti 119-126, sarà confermato nella causa di merito.

¹⁴² Sentenza *Niemietz*, punto 37. Vedi P. VAN DIJK, G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 537.

bili nel complesso del procedimento *antitrust* comunitario, né in riferimento all'art. 21 regolamento 1/03 qualora si tratti di ispezioni domiciliari presso un avvocato indipendente, né tanto meno a favore dell'avvocato interno nel caso delle ispezioni aziendali di cui al precedente art. 20 regolamento 1/03.

Le conclusioni raggiunte sembrano *a fortiori* confermate in base all'art. 7 della Carta di Nizza, nella misura in cui tale norma estende la tutela della corrispondenza di cui all'art. 8 CEDU alle più ampie “comunicazioni”¹⁴³.

8. La tutela della corrispondenza tra impresa e avvocato, sancita nella giurisprudenza convenzionale, ci porta a riflettere, da ultimo, sulla possibilità di configurare un più ampio principio di tutela della riservatezza, tale da sottrarre alla Commissione anche tutti i documenti contenenti informazioni sensibili per l'attività d'impresa (i cd. segreti commerciali). Il problema merita di essere sollevato al fine non tanto di creare ulteriori ostacoli alla Commissione nello svolgimento delle proprie indagini, quanto piuttosto di impedire che un'impresa venga a conoscenza dei segreti aziendali di una sua concorrente che, in modo spontaneo o meno, li abbia rivelati ai funzionari di Bruxelles.

Da un punto di vista generale, la principale tutela nei confronti delle indebitate divulgazioni di documenti deriva dall'art. 287 TCE in tema di segreto professionale. Vi si afferma, infatti, che non possono essere divulgate le informazioni che per loro natura sono protette dal segreto professionale¹⁴⁴. In particolare, per informazione deve intendersi qualsiasi dato conoscitivo, notizia o manifestazione di scienza relativa sia a persone fisiche che giuridiche, mentre la sua qualificazione come segreto professionale non dipende dalla volontà dell'interessato ma dalla presenza di elementi oggettivi attinenti al contenuto della stessa¹⁴⁵.

Questa disposizione del Trattato è stata attuata, con riferimento alla normativa *antitrust*, mediante l'art. 28, par. 1 regolamento 1/03, secondo cui le informazioni raccolte durante le indagini preliminari possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte. Tuttavia, il principio soffre alcune limitazioni¹⁴⁶, derivanti dalla necessità di non pregiudicare sia il buon funzionamento del *network* tra Commissione e Autorità garanti nazionali che la cooperazione con le giurisdizioni degli Stati membri¹⁴⁷. Ai sensi del successivo art. 28,

¹⁴³ Su tale elemento di novità rispetto all'art. 8 CEDU si veda T. GROPPI, *op. cit.*, p. 77 e p. 81.

¹⁴⁴ Art. 287 TCE: “I membri delle istituzioni della Comunità, i membri dei comitati e parimenti i funzionari e agenti della Comunità sono tenuti, anche dopo la cessazione dalle loro funzioni, a non divulgare le informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi”. In proposito la sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 1985, causa 145/83, *Stanley George Adams c. Commissione*, Raccolta, p. 3539 ss.

¹⁴⁵ In proposito P. PIRODDI, *Sub art. 287 TCE*, in F. POCAR, *Commentario breve*, cit., p. 966 ss.

¹⁴⁶ Vedi A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 1027, il quale parla di “grosso vulnus” al diritto in questione.

¹⁴⁷ Sul cd. *European Competition Network* vedi R. SMITS, *The European Competition Network: Selected Aspects*, in *LIEI*, 2005, p. 175 ss., mentre sullo scambio di elementi di prova all'interno di tale *network* vedi K. DEKEYSER, E. DE SMIJTER, *The Exchange of Evidence Within the ECN*, *ivi*, p. 161 ss.

par. 2 regolamento 1/03, i funzionari della Commissione e delle autorità nazionali hanno l'obbligo, salvi i casi espressamente previsti, di non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione del medesimo regolamento e che, per loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio¹⁴⁸. Qualora voglia trasmettere al denunciante determinate informazioni, la Commissione – cui spetta la valutazione di sensibilità di un documento – deve dare modo all'impresa coinvolta di manifestare il proprio punto di vista, e solo successivamente può adottare una decisione motivata, che può essere impugnata innanzi al giudice comunitario.

In riferimento specifico ai segreti aziendali, pertanto, appaiono configurabili due situazioni meritevoli di protezione. La prima riguarda la tutela dell'impresa indagata – ma il discorso può essere esteso a tutti quei soggetti che in base all'art. 16, par. 2 regolamento 773/04 sono destinatari della comunicazione degli addebiti –, la quale ha interesse a che la Commissione non faccia uso di notizie commerciali ritenute riservate la cui diffusione durante lo svolgimento delle indagini (specie durante gli interrogatori degli altri soggetti) potrebbe pregiudicare l'attività economica. Al riguardo la disciplina risulta piuttosto restrittiva. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince infatti che la Commissione, nell'ambito della sua attività investigativa, ha il diritto di accedere a qualunque documento dell'impresa oggetto di indagine con il solo limite del rispetto del *legal privilege*¹⁴⁹. Inoltre, l'art. 27, par. 2 regolamento 1/03 – ripreso dall'art. 15, par. 3 regolamento 773/04 – stabilisce che la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti non può pregiudicare la divulgazione e l'utilizzo delle informazioni necessarie a dimostrare l'esistenza di un'infrazione. Le regole procedurali sono stabilite nell'art. 16 regolamento 773/04. Posto che ai sensi dell'art. 16, par. 1 regolamento 773/04 le informazioni contenenti segreti aziendali¹⁵⁰ non possono essere comunicate o rese accessibili, si prevede che l'onere di indicare le informazioni ritenute sensibili gravi in capo a chi le fornisce. Costoro, oltre ad effettuare detta indicazione, devono fornire una versione distinta e non riservata entro il medesimo termine stabilito dalla Commissione per la presentazione delle loro osservazioni *ex art.* 16, par. 2 regolamento 773/04. Di una certa importanza il successivo art. 16, par. 3 regolamento 773/04, ai sensi del quale la Commissione può chiedere ai soggetti che producono documenti e dichiarazioni nell'arco dell'intero procedimento¹⁵¹ di individuare entro un preciso termine i segreti aziendali e di indicare nei confronti di quali imprese debbano essere considerate

¹⁴⁸ Sentenza *Fedetab*, punto 46. Nella sentenza del 24 giugno 1986, causa 53/85, *Akzo Chemie B.V. e Chemie U.K. Ltd. c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1965 ss., punti 26-29, la Corte di giustizia ha sostenuto che la tutela del segreto commerciale è un principio generale che trova applicazione durante il procedimento amministrativo.

¹⁴⁹ Questo principio è ricavabile dalle sentenze *Hoechst*, punti 26-27, e *AM & S*, punti 18-28.

¹⁵⁰ La protezione si estende ad altre informazioni sensibili, quali ad es. quelle dei denunciati o delle persone informate sui fatti *ex art.* 19 regolamento 1/03.

¹⁵¹ Si tratta dei denunciati, delle imprese indagate, delle persone informate sui fatti, e dei terzi interessati.

informazioni riservate, oltre a segnalare le parti della comunicazione degli addebiti da loro considerate sensibili. La richiesta di riservatezza dev'essere motivata, fornita insieme alla versione non riservata e corredata di una descrizione succinta dei passaggi omessi. Decorso infruttuosamente tale termine, infine, l'art. 16, par. 4 regolamento 773/04 stabilisce una presunzione di non sensibilità dei predetti documenti o dichiarazioni. Se ne ricava che la tutela delle informazioni riservate dei partecipanti al procedimento è concessa solo ad istanza di parte e nella stretta misura in cui non pregiudichi la dimostrazione dell'avvenuta infrazione.

Relativamente alle disposizioni convenzionali, si potrebbe ipotizzare un'estensione alle predette informazioni della giurisprudenza della Corte europea in materia di trattamento dei dati personali. Come è stato affermato, la giustificazione per la raccolta e l'utilizzazione di dati personali è dipeso in larga misura dalle contrapposte giustificazioni addotte¹⁵². In alcuni casi l'interesse alla sicurezza nazionale è stato ritenuto sufficiente¹⁵³, così come le attività di censimento¹⁵⁴ e di identificazione personale¹⁵⁵. In un caso abbastanza noto, tuttavia, la Corte ha stabilito che l'accesso del pubblico dopo soli dieci anni agli atti di una delicata causa in materia di divulgazione di dati medici fosse insufficiente a salvaguardare i diritti del ricorrente¹⁵⁶. La *ratio* sottesa a queste vicende implica che, in presenza di un conflitto tra l'interesse alla repressione delle condotte illecite e il diritto alla riservatezza degli individui, quest'ultimo deve prevalere qualora non siano rinvenibili apprezzabili esigenze di tutela del primo¹⁵⁷. Di conseguenza, nella misura in cui gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 16 regolamento 773/04 legittimamente stabiliscono un termine per la richiesta di indicazione delle informazioni sensibili ai fini della successiva predisposizione di una versione non riservata destinata alla diffusione, non sembra in discussione la loro compatibilità con la giurisprudenza di Strasburgo.

La seconda situazione riguarda viceversa la protezione delle informazioni sensibili dell'impresa terza che, in quanto soggetta ad altra indagine preliminare o semplicemente perché coinvolta in qualche modo nel procedimento d'indagine pur senza essere destinataria della comunicazione degli addebiti, non intenda fornirle all'impresa indagata. Gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 15 regolamento 773/04, com'è noto, regolano il rapporto tra diritto di accesso al fascicolo d'indagine e obblighi di riservatezza conferendo alle parti destinatarie della comunicazione degli addebiti la possibilità di visionare e fare copia di suddetto

¹⁵² Vedi V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 312 s.

¹⁵³ Sentenza del 26 marzo 1987, relativa all'affare *Leander c. Svezia*, in *Série A*, n. 116.

¹⁵⁴ Commissione CEDU, rapporto relativo all'affare *X. c. Regno Unito*, in *DR*, 1982, n. 30, p. 239.

¹⁵⁵ Commissione CEDU, rapporto relativo all'affare *Reyntjens c. Belgio*, in *DR*, 1992, n. 73, p. 136.

¹⁵⁶ Vedi la sentenza del 25 febbraio 1997, relativa all'affare *Z. c. Finlandia*, in *Recueil*, 1997-I, 31, p. 323 ss. In argomento C. RUSSO, P. M. QUAINI, *op. cit.*, p. 101 ss.

¹⁵⁷ Così C. RUSSO, P. M. QUAINI, *op. cit.*, p. 103 in nota 48.

fascicolo, da cui però vengono espunti i segreti aziendali, le altre informazioni riservate e i documenti interni (compresa la corrispondenza) della Commissione o delle autorità garanti nazionali. La Corte di giustizia, dal canto suo, ha ribadito il dovere di proteggere i terzi che forniscono documenti o dichiarazioni nei confronti delle ritorsioni da parte delle imprese sotto indagine¹⁵⁸. Tuttavia, anche in questo caso la necessità di dimostrare l'esistenza di un'infrazione può essere di ostacolo ad una piena tutela della riservatezza delle imprese terze. Se ne deduce che le informazioni riservate fornite da chi non è in qualche modo partecipe del procedimento devono essere protette d'ufficio (a differenza della situazione precedente), sempre però nella misura in cui tale protezione non pregiudichi la dimostrazione della violazione oggetto del procedimento.

Dal punto di vista della disciplina convenzionale, si tratta in questo secondo caso di appurare la conformità ad essa del bilanciamento operato nel diritto comunitario tra l'esigenza dell'impresa indagata di accedere al fascicolo e la tutela della riservatezza dei terzi. La Corte europea ha sostenuto che il principio dell'equo processo di cui all'art. 6, par. 1 CEDU impone che in determinate circostanze gli interessi della difesa ad un accesso completo alle prove *ex art. 6, par. 3 lettere b) e d) CEDU* debbano cedere di fronte a quelli dei testimoni o delle vittime del reato chiamate a testimoniare, pur nella consapevolezza che una decisione non può essere basata esclusivamente su un esame precluso alla difesa¹⁵⁹. Se ne ricava che gli articoli 27, par. 2 regolamento 1/03 e 15 regolamento 773/04, in quanto assicurano la protezione dei terzi rispetto ad un accesso indiscriminato da parte dell'impresa indagata, sembrano conformi al dettato convenzionale.

9. All'esito dell'analisi delle pertinenti disposizioni normative, si deve trarre la conclusione che – tralasciando qualche norma di dettaglio finalizzata principalmente a recepire quanto già affermato in giurisprudenza dalla Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado – il nuovo regolamento 1/03 risulta piuttosto carente in punto di tutela dei diritti della difesa delle imprese sottoposte al procedimento *antitrust*, soprattutto rispetto all'ampio *corpus* normativo e giurisprudenziale predisposto dalla CEDU.

Innanzitutto, non vi è uniformità di vedute tra il sistema comunitario e la Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'estensione dell'ambito di applicazione del principio di non incriminazione. Mentre la Corte di Strasburgo ha affermato la conformità all'art. 6 CEDU della procedura diretta ad ottenere solamente i documenti (oltre alle spiegazioni su di essi), gli articoli 18, par. 4 e 20, par. 2, lett. e) regolamento 1/03 vanno invece in senso contrario legittimando la prassi della Commissione di assumere informazioni anche mediante (non sempre ben precisati) quesiti di mero fatto che, pur se meno lesivi delle

¹⁵⁸ Sentenza del 6 aprile 1995, causa C-310/93 P, *Bpb Industries Plc e British Gypsum Ltd c. Commissione*, Raccolta, p. I-865 ss., punti 24-27.

¹⁵⁹ Sentenza del 26 marzo 1996, relativa all'affare *Doorson c. Paesi Bassi*, in *Recueil*, 1996-II, 6, p. 446 ss.

richieste di valutazione dei fatti, sono tuttavia atti a pregiudicare il diritto dell'impresa indagata a rimanere in silenzio per non contribuire alla propria incriminazione.

Dal canto suo, l'art. 19 regolamento 1/03 sembra violare il principio dell'equo processo nel momento in cui non solo non prevede espressamente – come richiede l'art. 6, par. 3, lett. d) CEDU – la possibilità per l'impresa indagata di esaminare le persone informate sui fatti (perlomeno qualora non vi sia pregiudizio per la tutela della riservatezza di questi ultimi), ma soprattutto perché questi ultimi non sembrano godere di alcuna garanzia che le dichiarazioni non saranno usate contro di loro in un altro procedimento *antitrust*.

In punto di ispezioni, poi, si rilevano le maggiori discrasie rispetto alla disciplina dettata dall'art. 8 CEDU. Per quanto riguarda quelle compiute presso i locali aziendali, la procedura di cui all'art. 20, par. 4 regolamento 1/03 difetta sia di un controllo giurisdizionale preventivo sulla sua necessità, sia di determinate garanzie alternative in corso di esecuzione. Ciò appare in contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo nella misura in cui non prevede che almeno una di queste due condizioni alternative sia soddisfatta. Se, infatti, l'estensione del controllo del giudice nazionale sull'autenticità dell'ispezione aziendale e sulla sua non arbitrarietà o sproporzione risulta in termini pratici abbastanza circoscritto, già la sua stessa ammissibilità dipende da quanto stabilisce in proposito ogni singolo Stato membro. Al medesimo giudice, peraltro, non è concesso servirsi di un osservatore delegato ad appurare la validità non della decisione di ispezione quanto delle sue modalità esecutive, circostanza peraltro acuita dall'impossibilità di sanzionare con l'inutilizzabilità le prove raccolte in maniera illegittima. Per quanto riguarda, infine, il controllo sulla legittimità della misura ispettiva affidato al giudice comunitario, esso è carente in due momenti fondamentali: non è un controllo necessario e preventivo ma al contrario si caratterizza come eventuale e successivo, e inoltre qualora proposto non ha effetto sospensivo. Le ispezioni domiciliari, di cui all'art. 21 regolamento 1/03, presentano ancora maggiori problemi in quanto lesive di una categoria di soggetti molto più ampia dei semplici rappresentanti e membri dell'impresa. Nonostante limitate disposizioni aggiuntive in senso più garantista, pertanto, va esteso anche a questa misura il giudizio, precedentemente espresso in tema di ispezioni aziendali, di incompatibilità con l'art. 8 CEDU.

Appare non conforme agli articoli 6 e 8 CEDU anche la limitata tutela del diritto all'assistenza legale, in quanto la presenza del legale durante le ispezioni e i relativi interrogatori è facoltativa, non potendo l'ispezione essere altrimenti pregiudicata.

In tema di tutela del segreto professionale tra cliente e legale, inoltre, la disciplina dettata a livello comunitario appare nel complesso contraria agli articoli 6 e 8 CEDU, in quanto da un lato non prevede l'equiparazione tra avvocato interno e avvocato esterno all'impresa, e dall'altro non dispone alcuna norma di garanzia in occasione delle perquisizioni presso lo studio professionale di que-

st'ultimo (o presso i locali dell'ufficio legale dell'impresa, qualora si tratti di professionista interno).

Per altro verso, si deve invece registrare la sostanziale conformità delle disposizioni in tema di tutela dei segreti commerciali sia nei confronti dell'impresa indagata che dei soggetti terzi.

In conclusione, non si può mancare di sottolineare come, in occasione del passaggio al sistema di eccezione legale, non sia stata colta l'opportunità di orientare la fase delle indagini preliminari *antitrust* in senso conforme alla disciplina convenzionale. Un tale adeguamento sembra peraltro non ulteriormente procrastinabile, visto che la travagliata, e tuttora incerta, entrata in vigore del Trattato costituzionale avrebbe tra le sue immediate conseguenze, come si è già detto, quella di dotare di efficacia giuridica vincolante la Carta di Nizza e di fornire una sicura base giuridica per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, in tal modo consentendo alla Corte europea di giudicare direttamente in ordine alla conformità del procedimento comunitario *antitrust* con le disposizioni convenzionali.



Note e Commenti

Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale

SOMMARIO: 1. Premessa: il TEE ed il fenomeno della armonizzazione delle norme di diritto processuale civile comunitario. – 2. Il procedimento di ingiunzione europeo e l'iter di adozione del regolamento sul titolo esecutivo europeo. – 3. I caratteri generali del regolamento 805/2004. – 4. La disciplina prevista dal regolamento: l'ambito di applicazione. – 5. I requisiti della decisione da certificare e la procedura di certificazione del titolo. – 6. Gli eventi modificativi degli effetti esecutivi del TEE. – 7. Le norme minime di procedura. – 8. La disciplina dell'esecuzione forzata. – 9. Il rifiuto dell'esecuzione. – 10. Il TEE tra efficacia della tutela e garanzie della difesa. – 11. Il TEE e l'effettività della tutela giurisdizionale.

1. Il 21 gennaio 2005 è entrato in vigore il regolamento (CE) n. 805/2004¹ (d'ora in poi regolamento 805/2004), che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (in seguito TEE). Tale provvedimento, operante con-

¹ Il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, è stato pubblicato in *GUUE* L 143, 30 aprile 2004, p. 15. Su di esso vedi L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *RDIPP*, 2006, p. 23; G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano*, Milano, 2005, p. 415 ss.; C. BRUNELLI, *Il nuovo regolamento Ce 805/2004 sul titolo esecutivo europeo*, in *Consiglio nazionale del Notariato, Studi e materiali*, 2005, p. 554 ss.; G. CORNO, *Il regolamento n. 805/2004/CE istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, in *DCSI*, 2005, p. 309 ss.; M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, p. 3 ss.; I. LOMBARDINI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati alla luce del regolamento (CE) n. 805 del 2004*, in *Studium iuris*, 2005, p. 3 ss.; E. LUPO, *Osservatorio di diritto straniero. La nuova disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 302; H. PEROZ, *Le règlement CE n. 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées*, in *JDI*, 2005, p. 637 ss.; R. WAGNER, *Die neue Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel*, in *IPRax*, 2005, p. 189 ss.; P. AMICO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati inaugura una nuova stagione nella cooperazione giudiziaria in materia civile all'interno dell'UE*, in *I contratti*, 2004, p. 850 ss.; E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in *Riv. esec. forzata*, 2004, p. 647 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, 3-4, p. 141 ss.; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo, relazione tenuta a Bari il 25 settembre 2004*, in www.judicium.it. V. inoltre l'agile commento in *Guida al diritto - Diritto comunitario ed internazionale* – n. 5, 2005, p. 11 ss. L'interesse della nostra dottrina intorno al regolamento si è manifestato già prima della sua approvazione: vedi in particolare i contributi raccolti in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2002, fasc. 125, *Il titolo esecutivo europeo e le problematiche di coordinamento con la normativa processuale civilistica interna e con il diritto processuale civile internazionale*, nonché N. BOSCHIERO, *The Forthcoming*

cretamente a partire dal 21 ottobre 2005², consente che determinate decisioni, appositamente certificate, siano direttamente eseguite in uno Stato membro diverso da quello del giudice che le ha emesse, senza bisogno di alcuna procedura di riconoscimento e/o di *exequatur*.

Prosegue così l'impegno, assunto nel 1999 dalle istituzioni comunitarie³, di istituire progressivamente nei Paesi dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia semplificato l'accesso agli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti⁴.

European Enforcement Order. Towards a European Law-Enforcement Area, in *RDI*, 2003, p. 394 ss., e F. DE STEFANO, *Il titolo esecutivo europeo*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, p. 422 ss.

² Sulla posticipazione del momento di applicazione del regolamento rispetto alla data di entrata in vigore vedi *infra* par. 4.

³ Come è noto, a seguito del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, ratificato dall'Italia con Legge 16.6.1998 n. 209 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, e nell'ambito della comunitarizzazione di alcune politiche dell'Unione europea, anche la cooperazione giudiziaria e giuridica in materia civile, che faceva parte integrante del terzo pilastro nel Trattato di Maastricht, è stata "trasferita" all'interno del pilastro comunitario, convertendo quella che era una semplice cooperazione governativa in una vera e propria politica comune. In particolare le materie un tempo ricomprese nel titolo VI TUE "*Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni*" sono ora annoverate nel nuovo titolo IV TCE denominato "*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*", e l'intero settore della cooperazione giudiziaria in materia civile è stato oggetto di disciplina negli articoli 61, lett. c), 65 e 67 TCE, sicché nell'ambito del Trattato sull'Unione europea, al titolo VI sono rimaste le "*Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*". Ne consegue che in tutte le materie ricomprese nell'odierno titolo IV TCE è stata attribuita agli organi comunitari la competenza ad adottare misure normative, ovviando al modello più tradizionale consistente nella conclusione di accordi tra Stati. Sul tema v. F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European Conflict of Law Revolution»?*, in *RIDPP*, 2000, p. 873 ss.; L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 2000, p. 148; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 ss.; O. REMIEN, *European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in *CML Rev.*, 2001, p. 53 ss.; S. LEIBLE, A. STAUDINGER, *L'art. 65 Trattato Ce nel sistema delle competenze Ce*, in *European Legal Forum*, 2000, p. 225. Sulle conseguenze della comunitarizzazione proseguita con il Trattato di Nizza, v. S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 251 ss.; C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 65 ss.

⁴ In particolare si vedano le conclusioni del Consiglio europeo tenuto a Tampere nell'ottobre 1999: specif. v. il punto 30 che prevede l'introduzione di "norme minime che garantiscono un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione e specifiche norme procedurali comuni per semplificare e accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori, nonché le cause relative alle prestazioni alimentari, e in materia di crediti non contestati"; il punto 33 per il quale "il principio del reciproco riconoscimento...dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie" e il punto 34 che sollecita la Commissione in materia civile "a presentare una proposta al fine di ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o sentenze nello Stato richiesto... A ciò potrebbe accompagnarsi la definizione di

Il regolamento in commento si inserisce, dunque, nella scia della copiosa produzione normativa comunitaria nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile⁵. Tale cooperazione, come è noto, è espressamente prevista nell'art. 61, lett. c), TCE, che rimanda, per la indicazione delle misure da adottare, al successivo art. 65 TCE⁶; quest'ultima disposizione, a sua volta, individua,

norme minime su taluni aspetti del diritto di procedura civile” sul sito www.europa.eu.int/council/, e il “Progetto di programma di misure relative all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale” approvato dal Consiglio europeo il 30 novembre 2000, *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, p. 1.

⁵ I primi risultati della “comunitarizzazione” del settore civile e commerciale hanno superato le più ottimistiche previsioni; dall’anno 2000 ad oggi sono stati adottati numerosi strumenti normativi raggruppabili in tre categorie: 1) sulla competenza giurisdizionale si vedano il regolamento (CE) n. 44/2001, del 22 dicembre 2000 che disciplina la competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale pubblicato in *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss. come successivamente rettificato in *GUCE* L 307, 24 novembre 2001; il regolamento (CE) n. 1346/2000, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliere, pubblicato in *GUCE* L 160, 30 giugno 2000, p. 1 ss.; il regolamento (CE) n. 1347/2000, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli, pubblicato in *GUCE* L 160, 30 giugno 2000, p. 19 ss., di recente trasfuso nel nuovo regolamento (CE) n. 2201/2003, del 27 novembre 2003, sulla giurisdizione e l’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori, pubblicato in *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, p. 1; 2) in relazione alla regolamentazione di singoli aspetti relativi all’introduzione ed allo svolgimento di procedimenti giudiziari civili: il regolamento (CE) n. 1348/2000, del 29 maggio 2000, in materia di notificazioni e comunicazioni all’estero di atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, pubblicato in *GUCE* L 160, del 30 giugno 2000, p. 37 ss.; il regolamento (CE) n. 1206 /2001, del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore della assunzione delle prove in materia civile e commerciale, pubblicato in *GUCE* L 174, 27 giugno 2001, p. 1 ss.; 3) in ordine alle misure di accompagnamento volte ad organizzare la comparazione tra le autorità giudiziarie e a promuovere l’informazione diretta al pubblico, la decisione 2001/470 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla creazione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, pubblicata in *GUCE* L 174, 27 giugno 2001, p. 25 ss., ed il regolamento (CE) n. 743/2002, del 25 aprile 2002, che delinea un quadro generale comunitario di attività per agevolare le cooperazione giudiziaria un materia civile, istituendo un Atlante giudiziario europeo in materia civile, disponibile in tutte le lingue ufficiali dell’UE ed accessibile via internet, pubblicato in *GUCE* L 115, del 1° maggio 2002, p. 1 ss. Per un’analisi dei regolamenti comunitari riferibili al titolo IV TCE, v. per tutti S. M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004. Inoltre, sempre nell’ambito della creazione di uno spazio giudiziario in materia civile si ricordano anche la direttiva europea 2000/35/CE, del 29 giugno 2000, sul ritardo nei pagamenti nella transazioni commerciali, pubblicata in *GUCE* L 200, dell’8 agosto 2000, p. 35 ss. (già attuata, nell’ordinamento italiano, con il d.leg. n. 231 del 2002), e la direttiva 2002/8/CE, del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l’accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, *GUCE* L 26, 31 gennaio 2003, pp. 41-47.

⁶ Tale articolo funge da norma fondamentale per un completo allineamento del diritto internazionale privato e processuale attraverso fonti di diritto secondario degli organi della Comunità, precisa l’ambito di applicazione della nuova competenza comunitaria nella materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere e “per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno”. V. *amplius* F. CARUSO, *Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *op. cit.*, p. 21. Sul valore

seppure in termini molto ampi, le aree nelle quali intervenire per la creazione nel mercato interno di uno spazio giudiziario unitario in materia civile nel quale siano assicurati, per i procedimenti con implicazioni transnazionali, l'accesso alla giustizia, il rispetto delle fondamentali garanzie processuali e il riconoscimento di decisioni giudiziarie secondo regole comuni ed uniformi⁷.

Al fine di cogliere i tratti salienti ed innovativi dell'appena istituito titolo esecutivo europeo, ma anche di individuare le linee guida per i futuri sviluppi della attività normativa comunitaria nel settore che ci occupa, appare utile riprendere alcuni profili del dibattito sulla normazione europea in materia di processo civile. Il punto di partenza è la semplice considerazione che le divergenze nelle legislazioni processuali degli Stati membri si riflettono sul gioco della concorrenza ed alterano le regole del mercato unico: per evitare che i singoli siano disincentivati a concludere transazioni transfrontaliere, nell'incertezza che i loro diritti siano riconosciuti anche all'estero e che le sentenze rese dal giudice straniero possano poi essere applicate senza difficoltà né difformità nell'ambito dell'UE, diviene una priorità dell'Unione introdurre norme che assicurino in tutti gli Stati membri una protezione uguale o equivalente dei diritti sostanziali. Per raggiungere questo obiettivo, occorre muoversi su due piani: da un lato, si deve fare in modo che i cittadini e gli operatori economici europei non siano ostacolati o scoraggiati dalla complessità dei sistemi giudiziari o amministrativi dei singoli Stati membri per il solo fatto che i diritti in gioco devono essere provati, per un segmento, in un altro Stato membro⁸; dall'altro, si deve loro garantire l'accesso alla giustizia dinanzi ad un giudice di uno qualsiasi dei

“integrazionistico” della disciplina comunitaria di diritto processuale civile internazionale adottata in base all'art. 65 TCE, si veda spec. F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, *ivi*, p. 101. Più in generale sull'art. 65 TCE e sulla comunitarizzazione del diritto internazionale privato vedi R. CLERICI, *Art. 65*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 308 ss.; S. LEIBLE, A. STAUDINGER, *op. cit.*, p. 225 ss.; A. BORRÁS, *Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam*, in *REDI*, 1999, p. 383 ss.

⁷ In particolare ai sensi dell'art. 65, lett. a) del Trattato CE la competenza della Comunità europea comprende: misure per il miglioramento e la semplificazione del sistema per la notificazione internazionale di atti giudiziali e extragiudiziali, la cooperazione nell'assunzione di mezzi di prova, e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile commerciale; *ex* lett. b) sono poste le basi per rendere uniforme il diritto internazionale privato degli Stati membri e le disposizioni dirette ad evitare i conflitti di competenza; *ex* lett. c) si possono adottare misure per la rimozione degli ostacoli che si frappongono ad un'attuazione senza difficoltà del procedimento civile attraverso l'unificazione delle regole di diritto processuale civile in vigore negli Stati membri. Sul valore semplicemente esemplificativo, e non tassativo, degli interventi indicati nell'art. 65 TCE, S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria*, *cit.*, p. 285; F. CARUSO, *Considerazioni generali su unificazione*, *cit.*, p. 22; R. CLERICI, *Art. 65*, *cit.*; J. MARTINET, in P. LÉGER (a cura di), *Commentaire article par article des Traités UE et Ce*, Bale, Paris, Bruxelles, 2000, p. 585.

⁸ Sulle ragioni che hanno spinto al riavvicinamento delle legislazioni nazionali v. più diffusamente J. NORMAND, *Il riavvicinamento delle procedure civili nell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 685 ss., nonché sulle disfunzioni cui la frammentarietà delle singole discipline nazionali conduce, v. il libro verde della Commissione, del 9 febbraio 2000, Assistenza giudiziaria in materia civile: i problemi che si presentano al contendente transfrontaliero, presentato dalla

Paesi dell'Unione in modo semplice, come se si trattasse dei ricorsi al giudice nazionale⁹. Per assicurare l'equilibrio nel mercato unico, non basta, dunque, la sola semplificazione dei meccanismi di accesso alla giustizia, ma è anche necessario che la giustizia stessa fornisca, nell'intero ambito comunitario, prestazioni comparabili in termini di costi, di tempi processuali e di organizzazione giudiziaria¹⁰.

Nel rinviare alla fine del presente lavoro le considerazioni sul grado di effettiva tutela raggiunto attraverso l'istituzione del TEE, occorre anzitutto porre l'accento sulla scelta di metodo operata a livello europeo e, in particolare, sul fatto che, ancora una volta, per assicurare la libera circolazione delle decisioni straniere (ispirata al principio della reciproca fiducia nell'amministrazione della giustizia degli Stati aderenti all'UE) si è preferito optare per la armonizzazione delle norme processuali nazionali, e cioè sulla loro compatibilità, piuttosto che per la loro unificazione¹¹. D'altro canto in concreto sarebbe stato difficile percorrere una via diversa, atteso che un conto è imporre agli Stati membri di conformare i diritti nazionali a taluni principi dettati in sede sopranazionale (lasciando che tuttavia i regimi giuridici "interni" in una certa materia restino diversi), ben più complesso (e di ben più difficile realizzazione) sarebbe sostituire, in tale materia, le norme nazionali con una disciplina comune per creare un corpo di regole processuali identiche¹².

Commissione, COM(2000)51 def. non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, ma reperibile *on line* sul sito www.europa.eu.int.

⁹ Nel Piano di azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *GUCE C 19*, 23 gennaio 1999, p. 1 ss., si sottolinea come compito dell'amministrazione della giustizia in Europa sia quello di facilitare la vita quotidiana dei cittadini, instaurando una piena cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. In particolare in materia civile si sottolinea la necessità di semplificazione e facilitazione del contesto giudiziario in cui i cittadini operano ispirandosi ai principi di certezza del diritto e di parità di accesso alla giustizia. Di qui la necessità di assicurare la facile individuazione del giudice competente, la chiara indicazione del diritto applicabile, procedimenti rapidi ed equi, procedure esecutive efficaci.

¹⁰ Come è ovvio si svuoterebbero di incisività gli interventi normativi comunitari volti al riavvicinamento delle legislazioni nazionali se poi, di fatto, si creassero tra i cittadini europei situazioni di sostanziale disparità a causa di condizioni differenti di esercizio dell'attività giurisdizionale.

¹¹ In generale sulla armonizzazione per tutti vedi F. CARUSO, voce *Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella Comunità europea*, in *EG*, II, 1994, p. 5 ss. Sul ruolo integrativo svolto dalla norme di diritto processuale civile, vedi B. HESS, *The Integrating Effect of European Civil Procedure Law*, in *European Journal of Law Reform*, 2002, p. 3 ss.

¹² Sulla scelta di metodo operata nell'ambito del titolo IV TCE, v. spec. P. BIAVATI, *Gli interventi normativi dell'UE nell'ambito processuale e le prospettive di un diritto processuale comune europeo*, Relazione tenuta presso il CSM il 9-12 febbraio 2004 nell'ambito dell'incontro studio "I regolamenti sulla cooperazione giudiziaria civile. Verifica delle prime esperienze applicative negli Stati membri"; ID., *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003; nel senso di una vera e propria unificazione (e non di uniformizzazione) delle legislazioni statali derivante dalla scelta dello strumento normativo del regolamento vedi ancora F. CARUSO, *Considerazioni generali su unificazione*, cit., p. 26 ss.

Si tratta di una scelta metodologica ben consapevole ed ampiamente meditata: la riprova rinviene dal fatto che se ne trova già traccia nella relazione conclusiva presentata alla Commissione nel febbraio 1993 dal gruppo di lavoro di dodici esperti incaricati di valutare l'utilità e la realizzabilità di un progetto di armonizzazione delle legislazioni dei Paesi dell'UE presieduta dal prof. Storme¹³.

Ma è soprattutto il dato letterale dell'art. 65 TCE a non lasciare dubbi interpretativi: l'obiettivo delle istituzioni europee è la creazione non di un codice processuale unitario, ma di una rete di norme processuali comuni, di carattere generale, che assicurino l'integrazione progressiva dei sistemi processuali nazionali, dei quali va comunque rispettata l'autonomia¹⁴. Ed ancora, un riscontro assai significativo della scelta compiuta sembra desumibile dall'art. III-269 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il quale, riprendendo, modificando ed ampliando il contenuto dell'art. 65 TCE, porta quale dato innovativo solamente una diversa prospettiva in relazione alle condizioni per l'intervento del legislatore sopranazionale¹⁵, ma non una mutata scelta nella direzione della armonizzazione; infatti l'art. I-14, par. 2, lett j) dello stesso Trattato annovera le materie dello spazio, di libertà e giustizia tra quelle di competenza concorrente tra Comunità e Stati membri.

Nel porre mano al settore della cooperazione giudiziaria in materia civile si è dunque preferito rafforzare la tutela processuale e garantire la pienezza di difesa, pur nel rispetto dei sistemi processuali nazionali, in luogo della via poco

¹³ Il gruppo di lavoro, composto da un rappresentante per ciascuno dei Paesi allora facenti parte della Comunità, e presieduto dal Prof. Marcel Storme, era stato incaricato dalla fine del 1987 di elaborare proposte "for the approximation (not unification) of national law or civil procedure in the context of the completing of Internal market...to eliminate the most important and serious procedural divergences which exist in the various sets of national rules". Sugli obiettivi da raggiungere e sulle modalità per realizzarli si vedano M. STORME (a cura di), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne - Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Boston, London, 1995, nonché i contributi pubblicati da alcuni partecipanti al gruppo di esperti: *ex multis* G. TARZIA, *L'Europa del 1993 e il processo civile*, in *Rendiconti Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere*, Milano, 1991, p. 79 ss.; K. KERAMEUS, *Procedural Unification: the Need and the Limitations*, in *International Perspectives on Civil Justice, Essay in Honour of Sir Jack J.H. Jacob*, London, 1990, p. 47 ss.

¹⁴ L'obiettivo della Comunità è "l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili agli Stati membri".

¹⁵ Si noti che nella nuova formulazione dell'art. III-269 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa la "necessità per il corretto funzionamento del mercato interno", non è più condizione per l'esercizio dell'azione comunitaria, essendo richiesta solo la sussistenza di "implicazioni transnazionali". Il dato letterale è assai importante e tradisce una nuova e diversa considerazione attribuita alla politica della "creazione di uno spazio di libertà e giustizia" non più ricollegata al mercato, ma derivante direttamente alla cittadinanza della Unione. Sulla rilevanza attribuita alla cittadinanza nell'Unione v. le riflessioni di E. TRIGGIANI, *Un trattato per la futura "unità europea"*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, settembre-ottobre 2004, Bari, 2004, p. 9 ss.

realistica di un codice unico per un processo civile europeo¹⁶; e così fino ad oggi l'intervento normativo comunitario ha implicato la creazione di un *corpus* di regole comuni che investe solo le materie per le quali il riavvicinamento delle leggi nazionali sul processo civile appare necessario ai fini del buon funzionamento del mercato unico. In particolare, *ex art. 65 TCE*, lett. c), in assenza di una vera propria unificazione a livello comunitario, gli interventi volti alla "eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri" per il buon funzionamento del mercato, sono stati considerati in settori specifici una valida alternativa¹⁷.

Nello scenario normativo appena descritto si colloca il regolamento 805/2004, che – è bene precisarlo subito – non impone agli Stati membri l'obbligo di adeguare gli ordinamenti nazionali alle norme minime procedurali contenute nello stesso regolamento, ma offre un incentivo agevolando una più efficiente e rapida esecuzione delle decisioni giudiziarie in un altro Stato membro solo a condizione che siano rispettate tali norme minime. Esso è dunque da ricondursi tra le misure volte al miglioramento e alla semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

2. Gli incoraggianti risultati relativi all'incremento della libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale conseguiti dal regolamento n. 44/2001 (cd. quinta libertà), hanno ben presto posto in evidenza l'inadeguatezza della stessa disciplina sotto il profilo della esecuzione.

In particolare, il procedimento concernente l'esecuzione in ambito comunitario delle decisioni straniere, nonostante le semplificazioni introdotte nei regolamenti n. 2201/2003 (che ha modificato il regolamento n. 1347/2000)¹⁸ e n.

¹⁶ Sui rapporti tra ordinamento comunitario e singoli ordinamenti statuali vedi M. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *RIDPC*, 2001, p. 979. In modo sintetico ma efficace P. BIAVATI, *Gli interventi normativi dell'UE in ambito processuale e le prospettive di un diritto processuale comune europeo*, relazione tenuta presso il CSM in occasione dell'incontro di studio *I regolamenti sulla cooperazione giudiziaria civile. Verifica delle prime esperienze applicative negli Stati membri*, tenuto a Roma il 9-12 febbraio 2004, osserva che per raggiungere una maggiore omogeneità in tutto ciò che si riferisce alla tendenziale equivalenza dell'esercizio della funzione giurisdizionale in Europa, per evitare sacche di disuguaglianza nella giustizia civile sul territorio dell'Unione, è indispensabile incidere su tre nuclei: norme minime di procedura, il raccordo fra le tutele sostanziali e quelle processuali e le condizioni di esercizio dell'attività giurisdizionale, in modo che al termine del percorso di armonizzazione non si abbia un codice di procedura europeo, ma una pluralità di soluzioni nazionali reciprocamente compatibili.

¹⁷ Sulle norme di armonizzazione dei diritti nazionali processuali civili vedi *ex multis* G. RAITI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il Trattato di Amsterdam (in particolare alla luce delle più recenti discipline sul riconoscimento e l'exequatur delle decisioni)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 241 ss.; G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 902 ss.; P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *DUE*, 2000, p. 717 ss.

¹⁸ Sulla riduzione degli ostacoli alla circolazione delle decisioni *ex* regolamento 2201/2003 vedi F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., spec. p.120; da ultimo si veda E. M.

44/2001¹⁹, risultava per alcuni versi ancora perfettibile: di qui il progetto della Commissione europea di elaborare uno strumento di accesso immediato alla tutela giurisdizionale esecutiva²⁰.

La spinta ad intervenire è scaturita dalla necessità di garantire ai creditori una tutela privilegiata, tale da non far loro subire i ritardi propri dei sistemi giurisdizionali degli altri Paesi.

Tale iniziativa comunitaria discende dalla constatazione che la tutela del credito costituisce essa stessa un fattore economico: il rapido recupero dei crediti non contestati riveste una importanza primaria per gli operatori europei – e di conseguenza per il corretto funzionamento del mercato interno – poiché i ritardi nei pagamenti rappresentano una delle principali cause di insolvenza in grado di minacciare la sopravvivenza stessa delle aziende e produrre numerosi licenziamenti.

Come si potrà osservare meglio nelle pagine seguenti, tuttavia, il risultato raggiunto con il regolamento 805/2004 attesta il superamento della prospettiva

MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *RDIPP*, 2005, p. 339 ss. ove ampi riferimenti di dottrina; sul precedente regolamento 1347/2000, il quale ha disposto non solo che le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati senza la necessità di ricorrere ad alcun procedimento, ma anche che non è necessario alcun procedimento per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro, si veda A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *RDI*, 2001, p. 298 ss.

¹⁹ È utile ricordare brevemente che il regolamento 44/2001 ha notevolmente semplificato il procedimento di riconoscimento e di delibazione rispetto alla Convenzione di Bruxelles 1968, riducendo l'apposizione dell'*exequatur* ad un mero provvedimento certificativo di una efficacia anche esecutiva insita nella stessa sentenza comunitaria. L'art. 41 dispone che "La decisione è dichiarata esecutiva immediatamente dopo l'espletamento delle formalità di cui all'art. 53, senza alcun esame ai sensi degli articoli 34 e 35. La parte contro cui l'esecuzione viene chiesta non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni". Sulle novità introdotte dal regolamento 44/2001 rispetto alla disciplina convenzionale ed in particolare sulla riduzione dei controlli di compatibilità della decisione straniera con l'ordinamento di ricezione, vedi *ex multis* F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, Padova, 2003, pp. 227 e 260; R. CAFARI PANICO, *L'efficacia esecutiva degli atti pubblici nel reg. cd. "Bruxelles I"*, in *Int'l Lis*, 2003/2004, 1, p. 43; P. LOMBARDI, C. MARTINETTI, *Prime riflessioni sul regolamento (Ce) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr./E.*, 2001, p. 371 ss.; O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento per l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale degli Stati membri della Comunità europea*, in *RDI*, 2001, p. 629 ss.; G. DROZ, H. GAUDEMET TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil*, in *Rev. cr. DIP*, 2001, p. 664 ss.; B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"*, *ivi*, 2001, p. 453 ss.; W. KENNET, *The Brussel I Regulation*, in *ICLQ*, 2001, p. 732 ss.

²⁰ Così al punto 11 della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo "Verso una maggiore efficienza nell'ottenimento e nell'esecuzione delle decisioni nell'ambito dell'Unione europea" laddove si legge: "la Commissione ritiene che sia opportuno compiere un ulteriore passo in avanti e affrontare il dibattito sulla problematica del processo in Europa non più solo sotto l'angolo della cooperazione fra giurisdizioni ma sotto un angolo molto più vasto, quello dell'accesso rapido, efficace ed economico all'autorità giudiziaria...".

“mercantile” del recupero del credito, per affermare ed applicare il “diritto all’esecuzione” inteso quale segmento imprescindibile della effettiva tutela giurisdizionale riconosciuta e garantita alle persone fisiche e giuridiche²¹.

Inizialmente, per la verità, il problema del rapido recupero dei crediti commerciali in ambito europeo aveva sollecitato un intervento comunitario di portata ben più ampia teso alla creazione di un’unica “procedura di ingiunzione europea”²².

La proposta di creare a livello sovranazionale una procedura uniforme di ingiunzione in grado di dar luogo ad un titolo esecutivo in tempi brevi, suscettibile di circolazione attraverso i Paesi dell’Unione senza bisogno di alcun filtro autorizzativo nel Paese di esecuzione, fu presentata per la prima volta nel luglio 2000 sotto la Presidenza francese dell’Unione²³: in un primo momento, in una prospettiva di più efficace tutela del creditore, si era pensato ad una piena armonizzazione per mezzo di una procedura monitoria uniforme la quale avrebbe avuto inizio con la notifica, da parte dell’ufficiale giudiziario, di una dichiarazione di messa in mora indicante sia la fonte dell’obbligazione, sia l’ammontare del credito e conferente la contestuale domanda di pagamento. Il debitore, a sua volta, avrebbe avuto la possibilità di contestare la richiesta avanzata davanti al

²¹ Vedi più diffusamente oltre par. 11. In questo senso anche N. BOSCHIERO, *The Forthcoming European Enforcement Order*, cit., spec. p. 396, la quale oltre a ritenere che “effective enforcement is an essential element of justice”, ricorda che “Effectiveness of enforcement” è un principio riconosciuto (nei principi 26 e 35) anche nei *Draft Principles and Rules of Transnational civil procedure*, uno studio condotto nel 2002 dall’American Law Institute insieme con l’UNIDROIT Working Group.

²² La nozione di “titolo esecutivo europeo” ha una doppia valenza che evidenzia una duplicità di scopo: in senso più restrittivo, esso può voler indicare un titolo comunitario per l’esecuzione ottenuto avviando alla procedura dell’*exequatur*, nel significato più ampio, implica la creazione una procedura di ingiunzione di pagamento volta ad ottenere una decisione che sia direttamente eseguibile in tutti gli Stati dell’Unione (ovviamente senza più ricorrere all’*exequatur*). Per ulteriori dettagli vedi G. TARZIA, *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.* 1999, p. 955 ss. Occorre, inoltre, precisare che l’idea di creare un titolo esecutivo europeo ottenuto al termine di un procedimento comunitario speciale, uniforme ed armonizzato non è stata abbandonata, ed anzi è al vaglio del Consiglio e del Parlamento europeo una recente proposta della Commissione del marzo 2004, di cui si dirà meglio nel par. 10 che segue.

²³ Per l’inclusione del titolo esecutivo europeo fra gli obiettivi del programma comunitario di incremento della cooperazione giudiziaria civile, v., già prima dell’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la risoluzione del Consiglio 18 dicembre 1997, Priorità della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni per il periodo dal 1° gennaio 1998 alla data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, in *GUCE* C 11, 15 gennaio 1998, p. 1 ss.; successivamente al Trattato (e al Consiglio europeo di Tampere, dell’ottobre 1999), v. il progetto di programma di misure relative all’attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, p. 1 ss.; v., da ultimo, il programma contenuto nella comunicazione 30 ottobre 2001 della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull’Aggiornamento semestrale del quadro di controllo per l’esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di «libertà, sicurezza e giustizia» nell’Unione europea, Bruxelles, 2001, p. 27. Cfr. al riguardo, G. VERDE, *Un processo comune per l’Europa*, in *EDP*, 1999, p. 3 ss., in particolare p. 21.

giudice del suo domicilio competente per il merito; in mancanza, il creditore avrebbe potuto rivolgersi al giudice competente per l’emanazione del Titolo esecutivo europeo²⁴.

Di fronte alle innegabili difficoltà di armonizzazione di una procedura ingiuntiva non prevista in tutti i Paesi dell’UE²⁵, è prevalsa, nella fase attuale, una soluzione di portata più ridotta, ma non per questo meno significativa: un sistema che elimina l’*exequatur* solo per la esecuzione di determinati tipi di decisioni, senza però incidere sul modo di creazione del titolo esecutivo che rimane, invece, rimesso alle disposizioni nazionali.

Come meglio si illustrerà in seguito²⁶, il “passaporto” per la libera circolazione di un titolo idoneo a procedere all’esecuzione forzata negli Stati comunitari è costituito dal rispetto rigoroso di regole processuali comuni intese come standard minimo di garanzia, sul presupposto ormai acquisito della reciproca fiducia degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti giudiziari²⁷.

Orbene, il fatto che già da lungo tempo si auspicasse la creazione di uno strumento di accesso alla tutela giurisdizionale esecutiva rapido, efficace ed economico da garantirsi per mezzo di norme minime comuni, ha comportato una certa celerità dell’*iter* normativo di adozione dell’atto istitutivo del TEE. Infatti la procedura di codecisione è stata avviata con una proposta della Commissione

²⁴ Il progetto così articolato è stato presentato per la prima volta in Francia dalla Camera Nazionale degli ufficiali giudiziari, nel 1992 e successivamente ripreso ed approfondito all’epoca dei successivi convegni organizzati dalla stessa Camera nel 1993 e dall’Unione Internazionale degli ufficiali giudiziari nel 1995. Per un suo attento e critico esame v. G. TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull’esecuzione forzata nelle Comunità economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 205 ss.; Id., *Modelli europei per un processo civile uniforme*, *ivi*, 1999, p. 955 ss.; Id., *L’ordine europeo*, cit., p. 921 ss.; nonché B. CAPPONI, *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo*, in *Documenti e giustizia*, 1993, p. 1389 ss.; N. PICARDI, *I presupposti socio-economici del titolo esecutivo europeo*, in *Documenti e giustizia speciale*, 1996, n. 1, p. 168, e, più recentemente, F. DE STEFANO, *Il titolo esecutivo europeo*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, p. 422 ss.; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo e la sua attuazione nell’ordinamento italiano*, *ivi*, 2000, p. 62 ss.; F. CARPI, *L’ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 668 ss.; P. DE CESARI, *L’esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 277 ss. Tra la dottrina straniera si segnalano H. ISNARD, *Les deux visages de l’esquisse d’un droit de l’exécution dans l’Union européenne. L’exequatur simplifié et le titre exécutoire européen*, in *Droit et procédures*, 2001, 1, p. 1 ss.; J. P. CORREA DEL CASSO, *Le titre exécutoire européen et l’inversion du contentieux*, in *RIDC*, 2001, p. 61 ss.

²⁵ Senza dubbio la prima difficoltà nell’armonizzazione è data dalla presenza nel panorama europeo di procedimenti monitori che variano in funzione di aspetti fondamentali come l’ambito di applicazione, la competenza ad emettere un’ingiunzione o le condizioni formali e sostanziali per ottenere una decisione favorevole, riconducibili essenzialmente a due diverse famiglie giuridiche a quella germanica (cd. procedimento monitorio “puro”), ed alla tradizione franco-italiana (cd. procedimento “documentale”).

²⁶ Vedi par. 7.

²⁷ Sull’obbligo di mutuo riconoscimento del prodotto giudiziario tra Stati, che consente di far valere il diritto alla libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo si veda da ultimo F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 119.

trasmessa al Parlamento europeo per il parere del 18 aprile 2002²⁸; acquisito il parere del Comitato economico e sociale europeo²⁹, tale proposta è stata approvata dal Parlamento europeo con riserva di alcuni emendamenti l'8 aprile 2003³⁰. Essa è stata modificata dalla Commissione, prima l'11 giugno 2003³¹ e di seguito, ulteriormente ritoccata sulla base della posizione comune del Consiglio e del parere favorevole del Parlamento europeo³², finché il 21 aprile 2004 il regolamento è stato definitivamente approvato.

3. Prima di analizzare nel dettaglio la disciplina prevista dal regolamento 805/2004, è opportuno svolgere ancora qualche considerazione di carattere generale al fine di porne in evidenza le peculiarità rispetto alle altre fonti normative riconducibili al titolo IV del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Innanzitutto, con il regolamento in commento viene introdotto negli ordinamenti dei singoli Stati membri un istituto giuridico innovativo³³ che, mediante la definizione di norme procedurali minime, consente la circolazione intracomunitaria non solo delle decisioni ma anche delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici aventi ad oggetto crediti non contestati, senza alcuna procedura intermedia necessaria per l'autorizzazione alla esecuzione nello Stato membro di ricezione³⁴. Quest'ultimo aspetto costituisce senza dubbio un dato interessante giacché la valutazione del credito avviene sulla base di un provvedimento con carattere e provenienza non necessariamente giudiziari ma che, avendo tutti i requisiti essenziali del TEE, è perfettamente idoneo a rendere effettiva la tutela del diritto ad essa presupposto.

Con riferimento specifico alle decisioni giudiziarie, il meccanismo predisposto dal regolamento 805/2004 dà concretezza al principio della fiducia reciproca circa la validità e l'efficacia di giudicato dei provvedimenti giurisdizionali dei Paesi comunitari (vera e propria pietra angolare del regolamento): la decisione

²⁸ Vedi COM(2002)159 def., *GUCE* C 203, 27 agosto 2002, p. 86.

²⁹ In *GUUE* C 85, 8 aprile 2003, p. 1.

³⁰ Il parere del Parlamento europeo è pubblicato in *GUUE* C 6, 12 marzo 2004, p. 79.

³¹ Vedi COM(2003)341 def., reperibile *on line* sul sito www.europa.eu.int/eur-lex.

³² Rispettivamente del 6 febbraio 2004 e del 30 marzo 2004.

³³ Per la verità il TEE è stato per la prima volta introdotto dagli articoli 41 e 42 del regolamento 2201/2003 per i provvedimenti concernenti il diritto di visita e di ritorno del minore illegalmente sottratto al genitore affidatario: tali norme prevedono l'esecuzione delle decisioni in materia, che siano state certificate nello Stato membro di origine, "senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento".

³⁴ Preliminarmente, può essere utile ricordare che per riconoscimento deve intendersi l'attribuzione alla sentenza straniera di tutti gli effetti tipici dell'atto giurisdizionale, laddove, invece, per esecuzione si intende l'attribuzione di una determinata categoria di effetti: gli effetti esecutivi. In ambito internazionale e specificamente in ambito comunitario il regolamento 44/2001, facendo propria la sistematica della Convenzione di Bruxelles del 1968, non contrappone la nozione di riconoscimento a quella di esecuzione; esso contrappone al riconoscimento che ha luogo in via automatica per dati effetti dell'atto giurisdizionale (quali gli effetti di accertamento, dichiarativi e costitutivi), il riconoscimento previo accertamento dei requisiti indicati dalla legge per gli effetti esecutivi.

giudiziaria certificata quale TEE dal giudice d'origine sarà trattata, ai fini dell'esecuzione, come se fosse stata pronunciata nello Stato membro nel quale si chiede l'esecuzione, rendendo più celere e semplice la procedura volta al pieno soddisfacimento del diritto del creditore³⁵.

In secondo luogo, e di conseguenza, il meccanismo predisposto ha il pregio di rimuovere ostacoli burocratici che possono rallentare la concreta soddisfazione del diritto del creditore: i vantaggi che ne discendono in termini di semplificazione della procedura sono notevoli ove si consideri, da un lato, che venendo meno l'intervento dell'ordinamento giudiziario dello Stato membro di esecuzione si evitano ritardi procedurali e costi connessi, dall'altro lato, che l'utilizzo per la certificazione di modelli standard multilingue rende superfluo il costoso servizio di traduzione del titolo. Senza dubbio, quindi, il regolamento costituisce un vantaggio tangibile per i creditori che hanno ottenuto in uno Stato membro una decisione esecutiva passata in giudicato in merito ad un credito non contestato dal debitore né nelle modalità né nell'importo ed intendono eseguirla in uno qualsiasi dei Paesi membri.

Ancora, il regolamento sul TEE assume un significato particolare perché riflette l'evoluzione storica della Unione. La sua approvazione, infatti, ha comportato un cambiamento negli ordinamenti nazionali di non poco conto, atteso che segna un mutamento di prospettiva notevole: fino ad oggi, infatti, in nome del principio dell'autonomia processuale nazionale, i legislatori statali avevano fatto sì che l'efficacia esecutiva di un atto straniero necessitasse sempre di un previo intervento autorizzativo da parte degli organi giudiziari dello Stato di ricezione³⁶, perché quest'ultimo era il titolare esclusivo dell'uso legale della

³⁵ Così in particolare si legge nell'ottavo considerando.

³⁶ Il carattere pubblicistico delle norme regolatrici del processo civile ha sempre indotto il legislatore nazionale a determinarne direttamente ed in via esclusiva la disciplina, trattandosi di un settore tradizionalmente inteso alla salvaguardia di interessi primari nazionali. Da una posizione di sostanziale indifferenza riservata alle sovranità altrui, enunciata negli abrogati articoli 2 e 3 c.p.c., si è passati con la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale ad un atteggiamento di maggiore attenzione sia rispetto alla attività giurisdizionale svolta all'estero, sia agli effetti dei provvedimenti stranieri nel nostro ordinamento. Invero nel sistema delineato dalla Legge n. 218/1995, il principio di automaticità del riconoscimento, seppur proclamato in modo solenne dall'art. 64, non trova una incondizionata applicazione, atteso che esso è automatico solo se sussistono le condizioni indicate nello stesso articolo *sub* lettere a), b), c), d), e), f), g); parimenti gli effetti esecutivi del provvedimento straniero non discendono automaticamente dal suo riconoscimento nello Stato italiano, ma è sempre necessario proporre dinanzi la Corte d'Appello un giudizio di delibazione per ottenere l'*exequatur*. Analogamente in ambito comunitario fino ad oggi non era mai stato posto in discussione il principio per cui solo l'efficacia di giudicato può essere oggetto di riconoscimento e circolazione automatica, mentre l'efficacia esecutiva richiede sempre un intervento autorizzativo degli organi giudiziari dello Stato di esecuzione, che seppur limitato all'accertamento dei requisiti del riconoscimento è integrativo dell'efficacia della pronuncia straniera. Sul tema si vedano le riflessioni di G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 1 ss.; S. BARIATTI, *Art. 67*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, pag. 338 ss.; F. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 97; L. NIVARRA, *L'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Vita Notarile*, 1996, p. 554 ss.; G. GIACALONE, *Azione di delibazione di sentenze stra-*

forza attribuita agli organi dell'esecuzione. Tuttavia in un'ottica squisitamente europeista di progressiva erosione della sovranità nazionale è indispensabile procedere attraverso uno "step by step approach"³⁷: così dapprima si è raggiunto il risultato del reciproco riconoscimento delle decisioni straniere per mezzo del regolamento "Bruxelles I"³⁸ ed oggi, come innanzi detto, si avvia a generalizzare il riconoscimento automatico della stessa efficacia esecutiva³⁹.

In ultimo, un altro dato va considerato: questo regolamento, sebbene sia ispirato ai medesimi principi della preesistente normazione europea in materia processuale (effettività della tutela, trasparenza della informazione ai soggetti del processo ed ai cittadini, uso di un linguaggio semplificato, largo impiego di formulari, apertura alle tecniche informatiche), si differenzia dagli altri perché non è riconducibile ad alcuna convenzione internazionale precedentemente stipulata⁴⁰. Il dato è rilevante non solo perché attesta la novità della disciplina predisposta, ma anche perché dimostra un salto di qualità nel diritto processuale europeo il quale non governa più solamente situazioni di potenziale conflitto, ma si spinge a regolare il nodo vitale della tutela giurisdizionale sotto il profilo della

niere: natura ed effetti (Nota a Cass., sez. un., 1° ottobre 1996, n. 8590), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2818 ss. Più in generale sui provvedimenti giudiziari esteri vedi G. CARELLA, *Sentenza civile straniera*, in *EdD*, 1989, vol. XLI, p. 1272 ss.

³⁷ Così N. BOSCHIERO, *The Forthcoming European Enforcement Order*, cit., p. 397, che rileva che le istituzioni comunitarie ogni qualvolta si siano prefissate un obiettivo molto ambizioso da raggiungere, abbiano sempre preferito intervenire con un approccio graduale, piuttosto che con riforme troppo radicali.

³⁸ In particolare nel regolamento 44/2001, la disciplina concernente il riconoscimento delle decisioni straniere è contenuta negli articoli da 33 a 37, mentre l'esecuzione delle stesse è dettagliatamente indicata negli articoli da 38 a 52, rispettivamente sezioni 1 e 2 del capo III. In estrema sintesi, la disciplina ivi prevista prescrive che il riconoscimento delle decisioni straniere sia automatico, senza cioè che sia necessario il ricorso ad alcuno specifico procedimento, a meno che non sia sollevata opposizione al riconoscimento da parte del soggetto nei cui confronti la sentenza produce effetti; con riferimento al procedimento per ottenere l'*exequatur*, si tratta di procedimento che si articola in due distinti momenti: una prima fase, in cui la parte che ha interesse ad ottenere il riconoscimento degli effetti stranieri presenta un ricorso, ed una seconda fase, solo eventuale, che si celebra in contraddittorio con la parte contro cui si fanno valere tali effetti. Copiosa è la dottrina sul tema, ma in modo chiaro e sintetico per tutti si veda S. M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, cit., p. 42 ss.

³⁹ In modo molto efficace M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale*, cit., p. 141 ha affermato che l'esordio del TEE pone "in crisi la distinzione tra *iurisdictio* ed *imperium* che tradizionalmente caratterizza la normativa in tema di riconoscimento delle sentenze straniere".

⁴⁰ Si ricorda infatti che il regolamento 44/2001 ricalca la Convenzione di Bruxelles 1968 ed il regolamento 1206/2001 si rifà alla Convenzione dell'Aja 1970 sull'assunzione di prove all'estero; dei tre regolamenti approvati il 29 maggio 2000, due riprendono le convenzioni stabilite dal Consiglio ai sensi del vecchio art. K3 TUE: il regolamento 1348/2002 riproduce ampiamente la Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965, concernente la notifica all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, ed il regolamento 2201/2003 (che modifica il regolamento 1347/2000) è a sua volta ispirato alla Convenzione firmata il 28 maggio 1998 e mai entrata in vigore detta "Bruxelles II"; il regolamento 1346/2000, infine, riprende la Convenzione relativa alle procedure di insolvenza, aperta alla firma dei Paesi europei il 3 novembre 1995 non entrata in vigore.

protezione dei diritti, giacché attraverso l'esecuzione si realizza coattivamente la pretesa del creditore.

4. Il regolamento 805/2004 consta di 33 articoli, suddivisi in otto capi, e sei formulari allegati. Secondo quanto disposto dall'art. 26, esso "si applicherà alle decisioni giudiziarie rese, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e agli atti pubblici redatti o registrati posteriormente alla sua entrata in vigore". A norma del successivo art. 33 la data di entrata in vigore del regolamento è fissata per il 21 gennaio 2005, ma la sua applicazione è stata differita, come si è detto, al 21 ottobre 2005⁴¹. In pratica, a partire dal 21 ottobre 2005 il creditore di una somma di denaro provata da un titolo rappresentativo di un credito non contestato, in materia civile o commerciale, per procedere all'attuazione del titolo può, in alternativa al classico procedimento di *exequatur* previsto dal regolamento 44/2001, utilizzare la certificazione di titolo esecutivo europeo con riferimento alle decisioni giudiziarie rese, alle transazioni giudiziarie approvate o concluse e agli atti pubblici redatti o registrati dopo il 21 gennaio 2005.

Non diversamente dagli altri regolamenti relativi al riavvicinamento delle legislazioni nel settore civile e commerciale, anche il regolamento 805/2004 ricalca, nella parte introduttiva, quello concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale: il campo di applicazione *ratione materiae* è stato al momento circoscritto, a norma dell'art. 2, ai soli crediti pecuniari liquidi ed esigibili che non siano stati contestati, nelle stesse materie rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento 44/2001 (ossia diritto civile e commerciale) indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale di riferimento, con totale esclusione delle materie relative allo stato ed alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi, alle successioni, alla procedura fallimentare, alla sicurezza sociale e all'arbitrato⁴².

⁴¹ Eccettuati gli articoli 30 (Informazioni relative ai rimedi giuridici, alle lingue ed alle autorità), 31 (Modifiche agli allegati), e 32 (Comitato) che operano a decorrere dal 21 gennaio 2005. Vale la pena ricordare che una soluzione analoga di differimento dell'applicazione del regolamento rispetto alla data di entrata in vigore, è stata adottata anche per il regolamento 1206/2001 entrato in vigore il 1° luglio 2001, ma applicabile dal 1° gennaio 2004, ad eccezione di poche norme recanti le modalità di applicazione e le misure necessarie per il coordinamento con accordi previgenti.

⁴² Valgono qui i criteri interpretativi elaborati dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nell'ambito della Convenzione di Bruxelles '68, prima, e del regolamento 44/2001, poi: restano escluse dall'ambito di applicazione le controversie sullo stato e capacità delle persone oltre che sul regime patrimoniale tra coniugi, non riconducibili al regime matrimoniale; in materia di sicurezza sociale, l'esclusione riguarda solo le controversie tra l'ente pubblico o privato responsabile della sicurezza sociale ed il soggetto privato titolare della pretesa sociale, ma rientrano nella applicazione della normativa comunitaria le controversie tra contitolari dei diritti verso l'ente sociale al pagamento dell'indennizzo e quelle tra quest'ultimo ed eventuali terzi responsabili del danno indennizzato o delle spese anticipate dall'ente. In particolare sul tema della delimitazione dei confini della "materia civile" si veda di recente Corte di giustizia del 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Gement Steenbergen c. Baten*, Raccolta, p. I -10489 con note di E. LAMARQUE, *Verso una nozione*

Va subito evidenziato che la norma, pur coincidendo sostanzialmente con il disposto dell'art. 1 regolamento 44/2001 (non rientrano, infatti, nella materia civile e commerciale, pur riconducibili alla *civil law* secondo il diritto inglese, le materia fiscale, doganale o amministrativa), rispetto a quest'ultimo esplicita che è esclusa dal campo di applicazione la responsabilità dello Stato per gli *acta jure imperii*⁴³.

Con riferimento all'ambito di applicazione *ratione loci*, invece, il regolamento è immediatamente applicabile in tutti i Paesi dell'Unione ad eccezione della Danimarca⁴⁴.

Possono essere certificate quale "titolo esecutivo europeo" le decisioni giudiziarie⁴⁵ (siano esse sentenze, ordinanze, decreti, provvedimenti cautelari, prov-

europaea di "materia civile"?, in *Int'l Lis*, 2003, 2, p. 65; S. ALVAREZ GONZALEZ, in *REDI*, 2002, pp. 897 – 902; J. LHERNOULD, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2003, p. 102, nonché le pronunce più risalenti Corte di giustizia del 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *Van den Boogaard*, in *Raccolta*, p. I-1147 e Corte di giustizia del 6 marzo 1980, causa C-120/79, *De Cavel*, *Raccolta*, p. I-713.

⁴³ Tale precisazione ha fatto ritenere che sia automaticamente da ricomprendere nell'ambito di applicazione del regolamento n. 805/2004 la responsabilità per gli atti o omissioni *jure gestionis*. Sul punto v. in particolare, G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 418. Invero, nello stesso senso si era già espressa la Corte di giustizia nella sentenza 21 aprile 1993, causa C-17/91, *Sonntag*, *Raccolta*, p. I-1990, in relazione all'ambito di applicazione del regolamento 44/2001 secondo cui rientrano nella materia civile e commerciale tutti quei rapporti di cui sia partecipe la Pubblica amministrazione o un ente pubblico quando si tratti di rapporti conclusi, o pretese fondate su situazioni *jure privatorum* e senza che quindi vi sia a loro fondamento l'esercizio di un "potere autoritativo" da parte del soggetto pubblico. In dottrina, spec. sul tema vedi S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, Torino, 2002, p. 24; R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000, p. 84; L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 83. Sulla superfluità ed addirittura inopportunità della precisazione indicata nell'art. 2 del regolamento 805/2004 così come è stata introdotta nella posizione comune del Consiglio, in COM(2004)90 def., vedi E. CONSALVI, *op. cit.*, p. 653, il quale ritiene che tale espresso richiamo potrebbe legittimare interpretazioni difformi da quelle indicate dalla univoca e consolidata giurisprudenza comunitaria, nelle materie in cui l'orientamento giurisprudenziale comunitario non ha trovato un formale riscontro normativo. Sul punto si veda anche M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 21 s.

⁴⁴ Come è noto, la Danimarca ha scelto di non partecipare alla adozione dei nuovi regolamenti e di non essere vincolata o soggetta alla loro approvazione, come espressamente previsto dagli articoli 1 e 2 del Protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al Trattato UE ed al Trattato CE. Parzialmente diversa è la posizione assunta dal Regno Unito ed Irlanda, i quali, dopo essersi riservati la facoltà di non sottoporsi alle misure assunte in virtù dei medesimi Trattati (cfr. il Protocollo n. 4 del 1997 sulla posizione del Regno Unito ed Irlanda), hanno dichiarato di voler partecipare all'adozione ed all'applicazione dei Regolamenti previsti dal Titolo IV del Trattato CE.

⁴⁵ Utilizzando un criterio non formalistico, le decisioni giudiziarie sono state definite in modo identico dall'art. 4, par. 1 del regolamento 805/2004 e dall'art. 32 regolamento 44/2001 come "qualsiasi decisione emessa da un giudice di uno Stato membro". Ai fini della determinazione della natura giurisdizionale della decisione si deve far riferimento ai criteri enucleati dalla Corte di Lussemburgo in tema di rinvio pregiudiziale, sulla nozione di giurisdizione vale a dire l'origine legale e non convenzionale dell'organo giudicante, la sua obbligatorietà, la stabilità, l'applicazione del diritto, l'indipendenza e la terzietà. La giurisprudenza comunitaria sul punto è costante: *ex multis* si vedano Corte di giustizia del 30 giugno 1966, causa C-61/65, *Vaassen – Gebbels*, *Raccolta*, p. 407, punti 1-14, e più di recente Corte di giustizia del 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit e Cardonier*

vedimenti sommari⁴⁶ ed altri provvedimenti aventi natura decisoria, ivi compresa la determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere), le transazioni giudiziarie (concluse, cioè, davanti al giudice o da questo approvate nel corso di un procedimento giudiziario⁴⁷) e gli atti pubblici (intesi come qualsiasi documento redatto o registrato e la cui autenticità riguardi la sottoscrizione ed il contenuto⁴⁸, con attestazione da parte di un'autorità pubblica autorizzata dallo Stato di origine, ed anche qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa davanti alle autorità amministrative o da queste autenticate⁴⁹), purché si riferiscano a “crediti non contestati”.

c. Transorient, Raccolta, p. I-923, pubblicata anche in *Guida al Diritto - Diritto comunitario ed internazionale* - n. 2, 2005, p. 40, con nota di A. DAMATO, *La natura non giurisdizionale dell'autorità blocca la possibilità di intervento del giudice*, e in *Int'l Lis*, 2005, 2, p. 61, con nota di F. RICCI e C. CONSOLO, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, nonché Corte di giustizia del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait and others, Raccolta*, p. I-4609, con nota di M. CASTELLANETA, *Il potere di avocazione della Commissione esclude la natura giurisdizionale dell'organo*, in *Guida al Diritto* n. 25, 2005, p. 98. In dottrina sul tema v. per tutti S. BARIATTI, *What are Judgments under Brussel Convention?*, in *RDIPP*, 2001, p. 5 ss.

⁴⁶ In Italia riconducibili ai provvedimenti anticipatori di condanna *ex* articoli 186-*bis*, 186-*ter*, 186-*quater* c.p.c., nonché alle ordinanze per il pagamento delle somme di denaro nell'ambito delle controversie di lavoro *ex* art. 423 c.p.c.

⁴⁷ V. art. 24 regolamento 805/2004 e Allegato II. Secondo il nostro ordinamento sono transazioni giudiziarie i verbali di conciliazione sottoscritti ai sensi degli articoli 183, 1° co., 185, 320, 2° co., 420, 1° e 3° co. c.p.c. nonché dell'art. 16 d. leg. 5/2003. In particolare G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit. segnala che la disciplina del regolamento è applicabile sia ai verbali di conciliazione redatti dinanzi le commissioni provinciali del lavoro istituiti presso gli uffici provinciali del lavoro ai sensi degli articoli 410 e 411 c.p.c. (essendo tali verbali sottoscritti dopo un tentativo obbligatorio di conciliazione ed acquisendo efficacia esecutiva solo a seguito del decreto del giudice che ne ha accertato la regolarità formale), sia ai verbali di conciliazione delle controversie assoggettate al rito societario redatti ai sensi dell'art. 40, n. 8, d. leg. 5/2003 da organismi costituiti da enti privati iscritti nel registro presso il Ministero della Giustizia (essendo necessaria la loro omologazione da parte del Presidente del Tribunale). Si segnala in questa sede che il legislatore nazionale sembra essersi mosso in senso opposto rispetto alla scelta legislativa europea, dacché nel recente decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, riformulando l'art. 474, 2° co., c.p.c. ha qualificato titoli esecutivi non solo gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, ma anche le “scritture private autenticate”, sempre relativamente alle somme di denaro in esse contenute.

⁴⁸ Sulla definizione comunitaria di atti autentici si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1999, causa C-260/99, *Unibank AS c. Christensen, Raccolta*, p. I-3715.

⁴⁹ V. articoli 4, par. 3 e 25 regolamento 805/2004 ed Allegato III. Nel nostro ordinamento saranno certificabili come titolo esecutivo europeo dall'autorità appositamente designata, l'atto pubblico indicato dall'art. 2699 c.c. e la scrittura privata autenticata *ex* art. 2703 c.c., nonché le fattispecie di cui agli articoli 474, 2° co., n. 3 c.p.c., 322, 2° co., c.p.c., 411 e 412 c.p.c. e all'art. 40 d.leg. 5/2003. Sull'esecutività degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie, vedi spec. G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 441 ss.

Risulta credito non contestato⁵⁰, a norma dell'art. 3, il credito che sia stato espressamente riconosciuto dal debitore in sede giudiziale⁵¹ o in un atto pubblico (art. 3, par. 1, lettere a, d) oppure che non sia mai stato contestato dal debitore nel corso del giudizio in conformità delle norme di procedura vigenti nel Paese di origine (art. 3, par. 1, lett. b)⁵²; sono inoltre da considerarsi crediti non contestati i crediti oggetto di procedimenti nei quali il debitore, pur avendo inizialmente sollevato contestazione, non sia successivamente comparso all'udienza, sempre che tale mancata comparizione equivalga ad un'ammissione tacita del credito o dei fatti che ne sono assunti a fondamento secondo la legislazione dello Stato *a quo* (art. 3, par. 1 lett. c)⁵³. È interessante rimarcare che, in assenza di una nozione uniforme di "credito non contestato", il rinvio ai singoli ordinamenti nazionali (per verificare se nella fattispecie concreta si abbia una non contestazione oppure un'ammissione tacita del credito e dei fatti allegati dal creditore) condiziona l'applicazione della disciplina del TEE perché è la *lex fori* a determinare la natura non contestata del credito in base alla condotta processuale del debitore, e tale apprezzamento è fatto dallo stesso giudice che provvede alla certificazione. Va ricordato, inoltre, che la mancata espressa contestazione delle spese giudiziali e dei tassi di interesse rende incontestate, *ex art. 7*, anche le spese accessorie.

A norma dell'art. 3, par. 2 il regolamento si applica poi anche alle decisioni pronunciate a seguito della impugnazione di decisioni o transazioni giudiziarie o atti pubblici già certificati come titoli esecutivi europei⁵⁴.

⁵⁰ La definizione di credito non contestato è stata fornita per la prima volta dalla direttiva 2000/35/CE, cit.

⁵¹ La dichiarazione resa dal debitore ai fini della configurazione dell'ipotesi di credito non contestato deve riguardare un debito definitivo non suscettibile di prova contraria. Tale dichiarazione sarà resa nel nostro ordinamento solo nei casi di confessione giudiziale spontanea o provocata mediante interrogatorio formale, e nell'ipotesi di confessione stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta, e non nelle ipotesi previste *ex art.* 1988, 2733, 2° co., 2734, 2735, 1° co., c.c.

⁵² Si segnala che in particolare la non contestazione descritta dalla lett. b) dell'art. 3, par. 1 del regolamento ha sollevato problemi interpretativi in relazione al nostro ordinamento: rientra senza dubbio nell'ipotesi su descritta il caso in cui il debitore non abbia preso posizione specifica sui fatti posti dall'attore a fondamento del credito entro l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. o – nel rito del lavoro – entro l'udienza *ex art.* 420 c.p.c.; più dibattuta è, invece, l'ipotesi di contumacia del convenuto. Si ritiene che la mancata costituzione, intesa quale totale assenza del convenuto in giudizio per tramite di un procuratore abilitato a svolgere l'attività difensiva, non può essere assunta a mancata contestazione del credito, gravando sull'attore – creditore l'onere probatorio dell'avvenuta conoscenza del giudizio da parte del debitore, con la conseguenza che alla contumacia del convenuto non può assegnarsi il valore della non contestazione del credito, se non nel caso previsto *ex art.* 186 *ter*, 5° co., c.p.c. e, nelle controversie soggette al rito societario, *ex art.* 12, 2° co., d.leg. 5/2003. Così G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 428 ss.; G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit..

⁵³ Si tratta in questo caso dell'ipotesi in cui il convenuto, una volta costituito resti successivamente inerte o si assenti da una o più attività processuali. Per ulteriori approfondimenti sul punto vedi E. CONSALVI, *op. cit.*, p. 656 e M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 31.

⁵⁴ Per una nozione comunitaria di impugnazione cfr. Corte di giustizia del 22 novembre 1977, causa C-43/77, *Industrial Diamond Supplies c. Riva*, *Raccolta*, p. I-2175, punto 37, secondo cui

Il credito, oltre ad essere non contestato, deve anche essere, *ex art. 4, par. 2*, “di uno specifico importo di denaro esigibile o la cui data di esigibilità è indicata nella decisione giudiziaria, nella transazione o nell’atto pubblico”.

Con riferimento all’ordinamento italiano, i requisiti del credito richiesti dalla disciplina comunitaria per rilasciare la certificazione di titolo esecutivo europeo non sembrano discostarsi molto, nella sostanza, da quelli indicati dall’art. 474 c.p.c. secondo cui l’esecuzione può essere promossa solo in base ad un diritto immediatamente realizzabile ed avente un oggetto chiaramente determinato, le cui precise caratteristiche devono risultare dal titolo: esso deve infatti essere un diritto certo, liquido ed esigibile⁵⁵.

Invero, la specificità dell’importo di denaro da riscuotere, richiesta dal regolamento, sembra equivalere alla liquidità del credito, nel senso che il diritto deve essere determinato nel *quantum* o determinabile sulla base di dati certi indicati nel titolo; parimenti non sorgono dubbi interpretativi circa il requisito della esigibilità del diritto: il diritto del creditore procedente non deve essere sottoposto a condizione o a termine, né subordinato a controprestazione (a meno che la controprestazione sia eseguita o offerta).

Una qualche diversa sfumatura si rileva, per la verità, con riferimento al requisito della certezza del diritto (invece che del debito)⁵⁶ richiesto dall’ordinamento processuale italiano per dar luogo all’esecuzione forzata, ed al carattere incontestato del credito previsto dalla disciplina regolamentare.

Secondo la comune interpretazione dell’art. 474 c.p.c., la certezza del diritto si riferisce ad un diritto di cui non è in dubbio l’esistenza e, più che risultare dal titolo, tale requisito è una conseguenza del titolo stesso⁵⁷: si tratta dunque di una certezza relativa, che l’ordinamento nazionale giudica sufficiente per fondare l’esecuzione forzata, nel momento in cui enuncia che un determinato atto costituisce titolo esecutivo; non sarebbe preciso dunque, con riguardo all’ordinamento processuale nazionale, identificare “la certezza” con la “incontestabilità” del diritto, essendo stati previsti dal legislatore italiano idonei meccanismi di oppo-

è impugnazione “qualsiasi gravame che possa comportare l’annullamento o la riforma della decisione giudiziaria costituente l’oggetto del procedimento di certificazione e la cui applicazione sia collegata dalla legge ad un preciso termine che decorra a causa della decisione stessa di cui si chiede l’esecuzione, oppure cominci a decorrere a causa di una notifica o comunicazione della decisione”.

⁵⁵ Resta naturalmente la fondamentale differenza che, nel diritto interno non è richiesta la non contestazione del credito.

⁵⁶ Come si è osservato in dottrina l’espressione “diritto certo” si riferisce essenzialmente alla esecuzione per consegna o per rilascio ed all’esecuzione per gli obblighi di fare mentre l’espressione “diritto liquido” si riferisce essenzialmente ai crediti relativi a somme di denaro. Così F. LUISO, *Il diritto processuale civile*, III, Milano, p. 17, V. ANDRIOLI, *Commentario al c.p.c.*, III, Napoli, 1957, p. 12.

⁵⁷ Più precisamente, in relazione al fatto che il titolo contiene un atto di accertamento, si potrà dire che il diritto risulta “certo” in quella concreta misura che l’ordinamento ha determinato e indicato come sufficiente, nel momento in cui disciplinando i singoli atti che costituiscono titolo esecutivo, ha attribuito a quegli atti la qualità, appunto, di titolo esecutivo. Così C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2003, p. 38.

sizione⁵⁸. Pertanto, più che di un'equivalenza vera e propria tra il requisito della certezza e quello della mancata contestazione, appare più opportuno discorrere di una loro sostanziale assimilabilità.

5. Il procedimento per la certificazione (art. 6), che nel sostituirsi alla procedura di delibazione è senza dubbio l'elemento pregnante del regolamento, è snello e celere: il creditore in qualunque momento può presentare all'autorità giurisdizionale dello Stato membro dell'Unione in cui la decisione è stata emessa (o la transazione giudiziaria conclusa o l'atto pubblico redatto) istanza per far apporre la certificazione di "titolo esecutivo europeo", senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività. Così la garanzia dei controlli "a valle" (cioè nell'ordinamento dello Stato di esecuzione) è sostituita da una certificazione da rilasciarsi "a monte" (cioè nello Stato *a quo*) e, per mezzo di un formulario multilingue allegato, viene verificata la sussistenza dei requisiti preliminari di applicabilità della normativa e l'avvenuto rispetto di alcune garanzie processuali minime in materia di notificazione e di diritto di difesa⁵⁹.

È opportuno segnalare che mentre la disciplina della procedura di *exequatur*, prevista nel regolamento 44/2001, esclude espressamente la partecipazione del controinteressato al procedimento di delibazione, nessuna indicazione circa la necessità e la modalità di instaurazione del contraddittorio nella fase della certificazione si ritrova nel regolamento *de quo*, con la conseguenza che si dovrà fare obbligatoriamente riferimento alla *lex fori* che nel caso concreto si applicherà⁶⁰.

Il giudice d'origine, nell'ipotesi che il credito sia stato accertato per mezzo di una decisione giudiziaria⁶¹, prima di provvedere alla certificazione dovrà verificare che la stessa decisione soddisfi cumulativamente ulteriori condizioni, di

⁵⁸ Ex articoli 615 e 512 c.p.c.

⁵⁹ Circa la natura "amministrativa" dell'attività di rilascio del certificato del TEE, vedi *amplius* M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, cit., p. 35, il quale precisa che la certificazione ha una mera funzione di attestare la ricorrenza delle condizioni che una decisione giudiziaria emessa in uno degli Stati membri deve soddisfare per essere sottratta all'*exequatur* e non anche quella di attribuire alle parti diritti sostanziali e processuali, con la conseguenza che essa è solo una rappresentazione documentale, formata dal giudice su richiesta del creditore degli elementi indicati all'art. 5 del regolamento.

⁶⁰ In Italia la dottrina propende per l'applicazione della disciplina dei procedimenti di volontaria giurisdizione ex art. 737 e ss. c.p.c., e di conseguenza, poiché gli effetti del provvedimento incideranno direttamente sul soggetto debitore, a costui il creditore che richiede la certificazione all'autorità giurisdizionale italiana, dovrà notificare il ricorso recante in calce il decreto di fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti in camera di consiglio. Così spec. E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 661, e più in generale G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*; sembra propendere invece per l'applicazione della disciplina del procedimento contenzioso e degli strumenti ivi previsti G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit.

⁶¹ Occorre precisare che l'art. 6 del regolamento si riferisce ai soli titoli giudiziari, ma il richiamo operato dagli articoli 24 e 25 rende applicabile lo stesso procedimento su descritto anche alla ipotesi in cui credito non contestato sia provato da una transazione giudiziaria o da un atto pubblico.

seguito indicate. Innanzitutto, essa deve essere esecutiva alla luce della *lex loci sententiae*⁶². La scelta del rinvio alle disposizioni degli ordinamenti nazionali non ha tuttavia mancato di sollevare voci critiche che hanno evidenziato come non sia stato eliminato il problema del *forum shopping* giacché l'insufficiente grado di armonizzazione tra i titoli giudiziari nei Paesi dell'UE conduce ad inevitabili discriminazioni tra i cittadini comunitari⁶³.

In secondo luogo, la decisione deve essere stata emessa nel rispetto dei criteri di competenza giurisdizionale fissati dal capo II, sezioni 3 e 6 del regolamento 44/2001⁶⁴, in particolare, per rafforzare la tutela giurisdizionale dei contraenti deboli, è prescritto che in ipotesi di contratti conclusi con i consumatori⁶⁵, la decisione giudiziaria da certificare deve essere pronunciata nello Stato membro del domicilio del debitore⁶⁶. La disciplina suindicata evidenzia il chiaro intento di estendere anche nel procedimento finalizzato alla esecuzione il *favor*, già manifestato in altre occasioni dal legislatore sopranazionale, verso i contraenti "deboli" (siano essi consumatori o contraenti un contratto di assicurazione); e tuttavia in questa sede non si può sottacere una certa perplessità nel rilevare che resta inspiegabilmente esclusa dall'applicazione delle norme maggiormente protettive l'intera categoria dei contratti di lavoro⁶⁷.

Infine il terzo requisito richiesto, affinché una decisione sia certificata come titolo esecutivo europeo, è che la decisione deve essere il risultato di un procedimento nel quale sia stato garantito al debitore il rispetto dei diritti basilari alla difesa di cui all'art. 6, par. 1, lett. c)⁶⁸.

Con riferimento al diritto italiano e con riguardo alle caratteristiche tecniche del titolo certificato è utile precisare che la certificazione di cui all'art. 6 non

⁶² Al proposito è interessante notare che nella originaria formulazione del testo si richiedeva espressamente che la decisione oltre ad essere esecutiva avesse acquisito l'autorità della cosa giudicata nello Stato membro di origine, mentre nella versione definitiva del testo, non c'è più alcun riferimento alle caratteristiche della sentenza.

⁶³ Così E. CONSALVI, *op. cit.*, p. 657; le stesse perplessità erano state manifestate prima ancora dell'approvazione del regolamento da B. CAPPONI, *op. cit.*, p. 1930, G. TARZIA, *Prospettive di armonizzazione*, cit., p. 210.

⁶⁴ Ove si tratti di materie che siano rispettivamente soggette a regole di competenza giurisdizionale in materia assicurativa o esclusiva, il giudice di origine dovrà verificare il rispetto delle norme previste agli articoli 8-14 e 22 del regolamento n. 44/2001.

⁶⁵ *Ex multis* si veda Corte di giustizia del 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, *Raccolta*, p. I-3767.

⁶⁶ In dottrina è stato osservato che il disposto dell'art. 6, par. 1, lett. d), del regolamento di fatto riduce notevolmente l'utilità del titolo esecutivo europeo in danno del consumatore - debitore perché il creditore avrà interesse ad ottenere tale certificazione nella prospettiva non molto frequente di procedere all'esecuzione su beni allocati in uno Stato diverso da quello della pronuncia del provvedimento e del domicilio del debitore. Così G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit.

⁶⁷ A meno di voler considerare che la disciplina indicata nell'articolo in commento, sia stata predisposta sulla falsa riga dell'art. 35 del regolamento n. 44/2001, laddove per il riconoscimento delle decisioni straniere si richiede espressamente il rispetto delle norme ivi previste solo in materia di assicurazioni, contratti conclusi con i consumatori e competenze esclusive.

⁶⁸ Vedi oltre, par. 7.

necessiterebbe della spedizione in forma esecutiva del titolo (*ex art. 475 c.p.c.*), richiedendo la disciplina regolamentare solo l' idoneità a dar luogo all' esecuzione forzata (valutabile ai sensi dell' art. 474 c.p.c.)⁶⁹.

Qualora solo alcune parti della decisione giudiziaria siano conformi ai requisiti suindicati, è previsto il rilascio di un certificato di titolo esecutivo europeo "parziale", esclusivamente per la parte incontestata, fatta salva la possibilità per il creditore di munirsi di *exequatur* per il restante importo del credito⁷⁰.

In concreto il certificato di "Titolo esecutivo europeo" è rilasciato utilizzando il modello contenuto nell' Allegato I, II e III, rispettivamente se si tratti di una decisione, di una transazione giudiziaria o di atto pubblico, compilato nella lingua in cui è stata resa la decisione o redatta la transazione o l' atto pubblico (art. 9)⁷¹.

La norma comunitaria tace circa l' ipotesi di mancato accoglimento della richiesta di certificazione, legittimando ancora una volta il rinvio alla *lex fori*. Al creditore che agisce dinanzi all' autorità giudiziaria italiana saranno date due opzioni: egli potrebbe iniziare la procedura di delibazione di cui all' art. 27 regolamento 44/2001 nel Paese dove intende procedere alla esecuzione, oppure potrebbe avvalersi degli strumenti di impugnazione del rito camerale e proporre reclamo avverso il provvedimento di rigetto della istanza presentata⁷², per ottenere un titolo spendibile in tutti i Paesi europei. Ovviamente la scelta dipenderà, oltre che da valutazioni inerenti ai tempi processuali, anche da considerazioni di opportunità legate alla localizzazione dei beni del debitore. Ove, infatti, quest' ultimi dovessero essere in un unico Stato, per il creditore sarebbe sostanzialmente indifferente "impugnare" il provvedimento di rigetto della certificazione per ottenere un titolo esecutivo europeo oppure iniziare un giudizio volto ad ottenere l' *exequatur*; diversamente, se il patrimonio del debitore fosse dislocato

⁶⁹ Così in dottrina P. BIAVATI, *Europa e processo civile*, cit., p. 142 ss.; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio*, cit., p. 146; G. OLIVIERI, *op. cit.*, il quale evidenzia la inutilità dell' apposizione della formula esecutiva in quanto sarebbe un superfluo esame sull' esistenza del titolo ad opera del cancelliere; nello stesso senso G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 432. *Contra* E. CONSALVI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 622, nota 58.

⁷⁰ Vedi in particolare l' art. 8 ed il quinto considerando del regolamento 805/2004.

⁷¹ L' utilizzo di formulari uniformi per la semplificazione degli atti processuali e la loro conseguente standardizzazione è stato introdotto e diffuso dai regolamenti comunitari attuativi dell' art. 65 TCE, quali ad esempio il regolamento 44/2001, regolamento 1348/2000, regolamento 1206/2001; tuttavia nel caso del regolamento in commento, l' impiego del formulario, particolarmente analitico, oltre a rispondere alla necessità di uniformazione della certificazione del titolo, è finalizzato a garantire una indifferenziata e attenta verifica, da parte dei giudici europei certificanti, della sussistenza dei requisiti richiesti dall' art. 6. Sul valore dei formulari al fine della sicurezza della tutela giudiziaria in Europa si vedano le considerazioni di G. TARZIA, *L' ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 919.

⁷² Segnatamente rilevando la disciplina della volontaria giurisdizione, il creditore potrà proporre reclamo *ex art. 742 c.p.c.*, cfr. G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 427 ss.; diversamente G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., ritiene che il rifiuto del rilascio della certificazione non sembrerebbe suscettibile di alcun controllo, né impedirebbe la riproposizione della richiesta.

in più Stati europei sarebbe senza dubbio più conveniente iniziare un giudizio di impugnazione per ottenere un titolo con efficacia paneuropea.

6. La decisione giudiziaria certificata (ovvero la transazione giudiziaria o l'atto pubblico) è idonea a valere automaticamente come titolo esecutivo sull'intero territorio comunitario, salvo il rispetto delle formalità documentali e di eventuali esigenze linguistiche. Essa è riconosciuta ed eseguita negli Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, sicché il debitore, a differenza di quanto previsto nel regolamento "Bruxelles I", terminato il giudizio monitorio non ha più alcuna possibilità di impugnare il provvedimento certificato (art. 10, par. 4)⁷³.

Il titolo europeo, non è però in assoluto immodificabile, e nel regolamento 805/2004 sono stati previsti degli strumenti giuridici atti ad incidere sugli effetti del TEE, sia nella fase del giudizio di cognizione per la formazione del titolo, sia in quella successiva del giudizio di esecuzione nel Paese destinatario del provvedimento.

È fatta salva la possibilità di modificare il titolo già certificato solo in caso di errore materiale nella sua redazione (art. 10, par. 1, lett. a) che abbia determinato una divergenza tra la decisione⁷⁴ ed il titolo esecutivo europeo, ovvero di revocare lo stesso se sia stato rilasciato per un errore manifesto (art. 10, par. 1, lett. b): tale competenza di rettifica⁷⁵ o di revoca è stata attribuita allo stesso giudice che ha provveduto alla certificazione e la ritualità della istanza di modifica o di revoca, nonché la disciplina procedurale, devono essere valutati alla luce della *lex fori*.

La *ratio* della norma è chiaramente quella di evitare richieste di riesame del titolo esecutivo europeo avanzate a fini meramente dilatori; tuttavia il debitore, come si dirà in seguito, non resta del tutto privo di rimedi giacché, *ex* articoli 19 e 23, può chiedere il riesame della decisione certificata (nella fase di formazione del titolo) o la sospensione o limitazione dell'esecuzione (in quella successiva) per far valere il diritto di difesa o contestare che la decisione certificata come TEE potrebbe non aver ancora acquisito autorità di cosa giudicata.

⁷³ Ne consegue che la decisione certificata come titolo esecutivo europeo sarà inoppugnabile non solo ai fini della esecuzione, ma anche ai fini della sua riconoscibilità in un qualsiasi procedimento giudiziario instaurato in uno Stato membro.

⁷⁴ È utile precisare che sebbene l'art. 10, par. 1, lett. a), regolamento 805/2004 si riferisca letteralmente alle sole decisioni, la rettifica è prevista anche in caso di discrasia tra la certificazione e transazione ed atti pubblici, come indicato negli articoli 24, 25 e dall'Allegato VI.

⁷⁵ Si rammenta che il disposto dell'art. 10, par. 1, lett. a), del regolamento 805/2004 riprende l'art. 43 del regolamento 2201/2003, in tema di esecuzione delle decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore, il quale prescrive che il certificato rilasciato attestante l'esecutività della decisione non è soggetto ad alcun mezzo di impugnazione e può solo essere oggetto di rettifica alla luce dell'ordinamento dello Stato di origine; in Italia rileverà la disciplina degli articoli 737, 739, e 742 c.p.c., così G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 427 ss.; diversamente la rettifica sarà eseguita a norma dell'art. 288 c.p.c., cfr. così G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit.

Gli effetti del titolo esecutivo certificato possono essere limitati nell'ordinamento di esecuzione – ben inteso, fermo restando il divieto assoluto per il giudice dello Stato di esecuzione di riesame nel merito sia della decisione che della sua certificazione – a causa di vicende che incidono sul titolo stesso, se adeguatamente comprovate da idonea certificazione.

L'esecutività del titolo certificato può essere modificata, a norma dell'art. 6, par. 2, nell'ipotesi del venir meno, della sospensione o della limitazione dell'esecutorietà della decisione certificata: in questo caso il debitore potrà far valere la modifica dell'esecutività nell'ordinamento di esecuzione solo dopo aver ottenuto il corrispondente certificato dal giudice di origine, adoperando il modello all'Allegato IV. Il paragrafo 3 del medesimo articolo, inoltre, prevede il rilascio di un certificato sostitutivo allorché sia proposta una impugnazione contro la decisione già certificata come titolo esecutivo europeo, e la fase si sia conclusa con la pronuncia di una sentenza anch'essa esecutiva.

In ultimo, anche la revoca del certificato di titolo esecutivo europeo, comprovata dalla relativa documentazione rilasciata dal giudice di origine, potrà essere utilizzata dal debitore nel Paese di destinazione per impedire radicalmente la procedura di esecuzione.

7. I potenziali significativi effetti prorompenti di un titolo esecutivo esportabile nei Paesi dell'UE non sono stati sottovalutati in sede di elaborazione del regolamento ed il legislatore comunitario, ancorando la certificabilità del titolo all'osservanza delle norme minime di procedura⁷⁶, ha cercato di bilanciare la tutela delle ragioni del creditore, il quale vorrebbe vedere soddisfatto il proprio diritto in tempi rapidi, con le garanzie minime di difesa del debitore, il quale, invece, inconsapevolmente potrebbe essere esposto ad una "espropriazione paneuropea".

Lo sforzo di contemperare la soppressione di qualsiasi controllo nello Stato membro dell'esecuzione con la necessità di assicurare garanzie sufficienti del rispetto dei diritti della difesa (conformemente a quanto previsto *ex art.* 6 CEDU e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), è manifestamente dichiarato nei decimo, undicesimo e dodicesimo considerando⁷⁷: lo spirito

⁷⁶ L'approccio degli standard minimi di tutela è una tecnica comune anche agli altri regolamenti *ex art.* 65 TCE che si è rivelata particolarmente utile per superare l'ottica della rigida tutela della sovranità nazionale e sviluppare la cooperazione giudiziaria; si vuole con tale modalità raggiungere l'armonizzazione del diritto processuale tutti gli Stati assicurando un livello comune di garanzie pur nel rispetto dell'autonomia e delle peculiarità degli ordinamenti processuali nazionali, senza obbligo per gli Stati membri di adeguare gli ordinamenti nazionali alle norme minime procedurali. Con particolare riferimento al regolamento *de quo* vedi diciannovesimo considerando; sull'utilizzo dei *minima standards* come strumento per l'armonizzazione del diritto processuale europeo vedi *amplius* N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 419, P. BIAVATI, *Is Flexibility a Way to the Harmonisation of Civil Procedural Law in Europe*, in *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*, Torino, 2001, p. 85 ss.

⁷⁷ Quest'ultimo testualmente recita "...dovrebbero pertanto essere fissate norme procedurali minime per i procedimenti giudiziari che sfociano nella decisione, per garantire che il debitore

garantista verso il debitore emerge dalla previsione che questi deve essere messo in condizione di conoscere l'esistenza del procedimento a suo danno, di poter partecipare attivamente al processo al fine di contestare il credito, e di essere consapevole delle conseguenze della sua inerzia.

Per la corretta instaurazione del contraddittorio anche nei confronti del cattivo pagatore, devono essere osservate alcune norme specifiche (cd. *minima standards*) circa la notifica della domanda giudiziale al destinatario (articoli 13-14-15), nonché circa il contenuto minimo obbligatorio della domanda giudiziale, sia con riferimento al credito che agli adempimenti procedurali necessari per contestarlo (articoli 16-17). Infine per tutelare la posizione del convenuto, il Capo III del regolamento prescrive garanzie minime in materia di rimessione in termini (articoli 18-19).

Per quanto riguarda il primo profilo, le modalità di notifica degli atti giudiziari tra i Paesi UE sono state notevolmente semplificate con il recente regolamento 1348/2000 espressamente richiamato dal provvedimento che qui si commenta: il Consiglio ed il Parlamento europeo hanno optato per la scelta di una qualunque delle forme di notificazione ammissibili, ma con la possibilità di procedere alla stessa per via postale, senza attestato di ricevimento o di avvenuta consegna, in presenza di circostanza produttive del medesimo effetto processuale⁷⁸.

La regolare notifica, se è conosciuto l'indirizzo del debitore, dovrà essere fatta: a) in mani proprie, attestata da una dichiarazione di ricevimento datata e sottoscritta dal debitore; b) in mani proprie, attestata da un documento firmato dalla persona competente che ha provveduto alla notificazione, nel quale si dichiara che il debitore ha ricevuto il documento o lo ha ingiustificatamente rifiutato e con l'indicazione della data della notificazione; c) a mezzo posta, attestata da una dichiarazione di ricevimento datata, sottoscritta e rinviata dal debitore; d) con mezzi elettronici, attestata da una dichiarazione di ricevimento datata, sottoscritta e rinviata dal debitore⁷⁹.

È interessante notare che oltre queste modalità di notificazioni, che richiedono tutte la prova dell'avvenuto ricevimento, il regolamento ammette anche forme di notificazione alternative, che non necessitano della prova dell'avvenuta

abbia conoscenza in tempo utile ed in modo tale da potersi difendere, da una parte, dell'esistenza dell'azione giudiziaria promossa nei suoi confronti, nonché degli adempimenti necessari per poter partecipare attivamente al procedimento al fine di contestare il credito e, dall'altra, delle conseguenze della sua mancata partecipazione”.

⁷⁸ Si è confermato qui l'approccio “sostanzialistico” e non formale della conoscenza dell'atto introduttivo del giudizio già indicato nell'art. 34, par. 2, regolamento 44/2001, a norma del quale una irregolarità formale della notifica o della comunicazione della domanda giudiziale o dell'atto equivalente al convenuto contumace non è causa ostativa al riconoscimento della decisione, qualora il convenuto, pur avendo avuto la possibilità di presentare le proprie difese, non abbia impugnato la decisione. Così E. CONSALVI, *op. cit.*, p. 659.

⁷⁹ Per l'ordinamento nazionale dovranno ritenersi valide le notifiche eseguite a norma degli articoli 137, 150 e 151 c.p.c., ma non quella eseguita *ex art.* 143 c.p.c., in contrasto con il disposto dell'art. 14, par. 2, del regolamento.

ta ricezione (o rifiuto) personale da parte del destinatario, quali ad esempio la notifica nei locali commerciali del lavoratore autonomo o della persona giuridica, il deposito presso l'ufficio postale o un'autorità pubblica competente, la notifica elettronica attestata da una semplice conferma automatica della trasmissione, a condizione però che il debitore abbia preventivamente accettato esplicitamente tale metodo di notifica.

Dovrà quindi ritenersi rituale la notifica avvenuta all'indirizzo personale del debitore a mani di un convivente o dipendente che lavori nell'abitazione, o nei locali commerciali se ricevuta da un collaboratore dipendente e da costoro controfirmata, ma dovrà ritenersi rituale anche la notificazione avvenuta con il semplice deposito nella cassetta della posta con allegata la sola attestazione redatta dall'ufficiale giudiziario italiano, o dall'omologo agente notificatore europeo.

Maggiori perplessità, in termini di garanzia per la effettiva conoscenza del giudizio da parte del debitore, desta la forma particolare di notifica prevista dal regolamento all'art. 14, par. 1, lett. e), per l'ipotesi in cui il debitore sia domiciliato nello stesso Stato membro del giudice che pronuncia la decisione: sarà rituale una notifica avvenuta per posta all'indirizzo certo, anche se sprovvista dell'avviso di ricevimento, dell'attestazione sottoscritta dalla persona competente che ha provveduto alla notifica, o di una dichiarazione di ricevimento sottoscritta dalla persona convivente, o da un dipendente nelle cui mani è stata effettuata la notificazione.

Con riferimento, invece, al contenuto minimo obbligatorio della domanda introduttiva del giudizio, essa dovrà contenere tutte le informazioni essenziali per consentire al debitore di conoscere esattamente il credito per cui si procede ed il luogo, e renderlo edotto, fin dal principio del processo, circa le modalità ed i termini per difendersi opportunamente⁸⁰.

Dal disposto degli articoli 16 e 17 del regolamento risulta che l'atto introduttivo del giudizio volto ad ottenere un titolo esecutivo europeo sarà più articolato di quello italiano giacché dovrà contenere il nome e l'indirizzo delle parti, l'importo del credito, se è richiesto il pagamento di interessi, il tasso d'interesse ed il periodo per il quale questi sono richiesti (salvo che la legislazione dello Stato membro d'origine preveda un interesse legale che si aggiunga automaticamente al capitale), una dichiarazione riguardante le motivazioni della domanda, con le informazioni circa i termini ed i modi di una eventuale contestazione, nonché l'avvertimento circa le conseguenze negative scaturenti dalla mancata contestazione del credito.

L'inosservanza delle norme minime di procedura su descritte vizia *ab origine* il titolo certificato e tuttavia, il regolamento in commento appresta una apposita disciplina a maggiore tutela del debitore sia per l'ipotesi di sanatoria dell'inosservanza delle norme minime, sia per il riesame in casi eccezionali della

⁸⁰ In particolare con riferimento alla non certificabilità ai fini delle esecuzione europea di una sentenza resa in un procedimento contumaciale, vedi G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 428 ss.

decisione certificata (rispettivamente agli articoli 18 e 19), facendo dipendere il superamento della irregolarità formale o del vizio sostanziale dal comportamento processuale del debitore.

Il mancato rispetto dei *minima standards* nella fase afferente al giudizio di accertamento del credito, può essere sanato a norma dell'art. 8 se concorrono cumulativamente le seguenti condizioni: la decisione (nonostante tutto già certificata) sia stata notificata al debitore in conformità a quanto indicato dagli articoli sulle notifiche ed il debitore stesso, informato con la decisione o con un atto ad essa contestuale delle modalità per proporre tale ricorso⁸¹ e pur avendo avuto la possibilità di ricorrere contro la decisione per un completo riesame⁸², non abbia impugnato la decisione con specifico riferimento ai requisiti processuali previsti dal regolamento.

È così ancora una volta ribadito il principio secondo cui il deliberato disinteresse del debitore verso le vicende processuali che lo riguardano giova al creditore procedente: la mancanza di una reazione processuale da parte del convenuto, ossia la sua consapevole inerzia, quando sia stato reso edotto della possibilità offerta dall'ordinamento dello Stato di origine di riesaminare integralmente una decisione pronunciata senza che siano state osservate le norme minime, hanno un'efficacia sanante di un provvedimento altrimenti non certificabile⁸³.

Inoltre, anche un comportamento processuale del debitore che dimostri l'avvenuta ricezione del documento in tempo utile per potersi difendere, nonostante l'inosservanza nel procedimento svoltosi nello Stato membro d'origine dei requisiti procedurali di cui agli articoli 13 o 14, spiega un'efficacia sanante, perché evidenzia che non c'è stato alcun pregiudizio per la predisposizione della difesa⁸⁴.

Inoltre, in osservanza del principio di effettività della tutela giurisdizionale del debitore (intesa come effettiva conoscenza della domanda e concrete possibilità di difesa), il legislatore comunitario all'art. 19 subordina la possibilità di conseguire il titolo esecutivo europeo ad un'ulteriore condizione: l'ordinamento nazionale del Paese di origine della certificazione deve predisporre un meccanismo giudiziario appropriato che consenta al debitore di chiedere il riesame⁸⁵

⁸¹ Anche in questo caso dovrà essere indicato il nome e l'indirizzo dell'istituzione dinanzi alla quale deve essere proposto il ricorso ed il termine previsto per il deposito.

⁸² Cfr. art. 34, par. 2, regolamento 44/2001.

⁸³ Sulla non operatività della sanatoria *ex art. 18* del regolamento nell'ordinamento italiano in caso di personale notificazione della sentenza alla parte contumace o di passaggio in giudicato per decorso dell'anno dalla pubblicazione della sentenza, vedi G. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, cit. In questi casi, secondo l'A., la nullità della notificazione sembrerebbe impedire il rilascio della certificazione di esecutività, nonostante la sanatoria prodotta (e rilevante nel diritto interno) dal giudicato.

⁸⁴ Così art. 18, par. 2, regolamento 805/2004.

⁸⁵ Nel senso che l'espressione "riesame" non deve essere intesa quale impugnazione in senso tecnico, ma deve comprendere qualsiasi rimedio che consenta al convenuto debitore di eliminare le conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla inosservanza del termine minimo a comparire, o dall'impossibilità di esercitare attività difensive per cause di forza maggiore, vedi G. OLIVIERI,

della decisione certificata nei casi in cui, nonostante il rispetto delle modalità prescritte, la notifica della domanda giudiziale o dell'atto equivalente non sia andata a buon fine per ragioni non imputabili al debitore.

In particolare il debitore deve essere legittimato a richiedere un nuovo controllo sul provvedimento volto alla sua non certificabilità in due ipotesi: allorché, a seguito di una notifica *ex art. 14* (cioè non fatta personalmente al destinatario), il debitore non abbia avuto tempo utile per presentare le idonee difese per ragioni a lui non imputabili (art. 19, lett. a) e allorché la mancata contestazione del credito da parte del debitore sia stata causata da situazioni di forza maggiore o da circostanze eccezionali per ragioni a lui non imputabili (art. 19, lett. b)⁸⁶. In questi casi si richiede solo che il debitore agisca tempestivamente, adoperando gli strumenti processuali previsti dall'ordinamento di origine. È chiaramente indicato che le norme su descritte per il riesame sono solo norme minime procedurali, fatte salve forme di tutela per l'accesso al riesame maggiormente garantiste previste nei singoli ordinamenti dai Paesi membri dell'Unione.

Il disposto della norma in commento prevede la possibilità di riesame solo di una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo, nulla disponendo circa la possibilità di controllo nel Paese di origine delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici. C'è da chiedersi allora se le medesime forme di tutela siano garantite anche ai debitori il cui credito sia stato accertato per tramite di una transazione giudiziaria o di un atto pubblico: il silenzio della norma e l'assenza di alcun riferimento normativo successivo spingerebbero ad intendere che il debitore in questo caso non potrà opporre alcuna eccezione alla esecuzione, né potrà in alcun modo far valere eventuali irregolarità formali del titolo stesso nel Paese di origine⁸⁷. La conseguenza è il prodursi di una grave limitazione della tutela che si vuole apprestare e di una palese discriminazione tra i creditori in base al titolo della propria obbligazione.

Il complesso di norme su descritto evidenzia l'aspetto qualificante della nuova disciplina comunitaria che ancor più marcatamente spinge verso una completa e reciproca fiducia tra gli ordinamenti processuali dei Paesi dell'Unione e tra i giudici degli altri Stati membri: disponendo che sia il medesimo giudice⁸⁸ competente del processo, da cui trae origine la decisione giudiziaria, a valutare la sussistenza dei requisiti per la sua certificabilità, viene in concreto eliminata

Il titolo esecutivo europeo, cit., che con riferimento al nostro ordinamento indica l'applicabilità degli articoli 184 *bis*, 294, 327, 2° co, 650 c.p.c.

⁸⁶ Analogamente v. art. 19 regolamento 1348/2000 che autorizza la parte convenuta ad essere rimessa in termini per recuperare le possibilità difensive incolpevolmente perdute.

⁸⁷ In dottrina così F. CARPI, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia*, cit., spec. p. 697.

⁸⁸ È bene precisare che per "medesimo giudice" intendiamo il medesimo ufficio giudiziario e non necessariamente la medesima persona fisica, auspicando che a livello di organizzazione interna dell'apparato giudiziario non sia lo stesso giudice che ha emesso il certificato a dover poi decidere della sua revoca.

ogni possibilità di riesame “orizzontale”⁸⁹ da parte di un organo giudiziario terzo.

Poiché, secondo il meccanismo descritto dal regolamento, il debitore è stato privato della possibilità di impugnare nello Stato *ad quem* il titolo esecutivo europeo in un momento successivo alla sua certificazione, sembra corretto ritenere che l’istanza di revoca indicata dall’articolo 10.1, lett. b) costituisca l’unico rimedio giurisdizionale contro l’attribuzione del certificato di titolo esecutivo europeo emesso in assenza dei requisiti prescritti e che essa come tale sia, al di là della terminologia usata, una vera e propria impugnazione diretta a censurare l’errore, a prescindere dal suo carattere “manifesto”, in cui è incorso il giudice nel concedere il certificato⁹⁰.

8. La decisione certificata come TEE equivarrà, nello Stato membro nel quale deve essere eseguita, ad una decisione emessa da un giudice interno e l’esecuzione forzata sarà effettuata secondo la *lex executionis*⁹¹, salve le norme comuni previste negli articoli da 20 a 23.

Per procedere alla espropriazione dei beni del debitore, al creditore occorrono pochi e semplici documenti da fornire alle autorità competenti dello Stato dell’esecuzione: una copia della decisione in forma autenticata, una copia del certificato di titolo esecutivo europeo, anch’essa in forma autenticata nonché, se del caso, una trascrizione del certificato di titolo esecutivo europeo o una sua traduzione asseverata nella lingua ufficiale dello Stato membro dell’esecuzione (oppure, nell’eventuale diversa lingua che lo Stato in questione abbia ufficialmente dichiarato di accettare).

Al fine di non creare situazioni discriminatorie tra i creditori domiciliati o residenti in un Paese dell’Unione, e quelli domiciliati o residenti altrove, l’art. 20, par. 3, prescrive che cauzioni, garanzie o depositi di somme, per la esecuzione del titolo esecutivo europeo potranno essere richiesti solo se nell’ordinamento di esecuzione è previsto che gravino sui cittadini domiciliati e residenti.

Una volta forniti i documenti su indicati al giudice dello Stato membro di esecuzione, la decisione certificata dovrà essere eseguita alle stesse condizioni di una decisione nazionale.

Con riferimento al nostro ordinamento, invero, sarebbe forse improprio parlare di equivalenza nella fase della esecuzione tra il titolo europeo e quello naziona-

⁸⁹ Vertendo in un contesto di controversie transfrontaliere nei rapporti tra Stati è escluso un controllo verticale accentrato da parte di un giudice dell’impugnazione suscettibile di essere attivato ad istanza del singolo.

⁹⁰ Così M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 148, con richiami ivi indicati, il quale evidenzia come la possibilità di richiedere la revoca non solo non pare una misura idonea a soddisfare appieno le esigenze di tutela del convenuto, ma anche rischia di appesantire e rendere poco appetibile il ricorso alla procedura di certificazione, comparata alla possibilità di ottenere in via relativamente agevole un *exequatur* già nello Stato di esecuzione, in base al procedimento semplificato introdotto dal regolamento 44/2001.

⁹¹ Così art. 20 del regolamento 805/2004 ed analogamente l’art. 38 del regolamento 44/2001.

le, alla luce del fatto che, come innanzi detto⁹², il titolo esecutivo europeo non necessiterebbe della “spedizione in forma esecutiva” (prescritta per i titoli nazionali *ex art* 475 c.p.c.)⁹³. Sarebbe infatti in contrasto con lo spirito dell’intero regolamento, teso alla concreta attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in tempi celeri, nonché ultroneo, subordinare l’esecutività di un titolo già controllato a monte dal giudice dell’ordinamento nel cui ambito è stato emesso, alla ulteriore verifica solo formale (dell’esistenza della certificazione e del suo riferimento al titolo straniero) a cura del cancelliere.

9. Il titolo esecutivo europeo sebbene non possa essere oggetto di riesame nel merito da parte del giudice dello Stato a valle, non è del tutto sottratto ai controlli che quest’ultimo può esercitare prima di dare inizio all’esecuzione.

Al giudice dello Stato richiesto per l’esecuzione è dato, infatti, il potere di incidere sugli effetti del titolo certificato rifiutando, sospendendo o limitando l’esecuzione secondo quanto indicato dagli articoli 21 e 23 del regolamento.

L’unico motivo ostativo all’esecuzione – a differenza di quanto previsto dagli articoli 33, 34 e 35 del regolamento 44/2001 – è l’esistenza di una incompatibilità tra la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo ed un’altra decisione anteriore (anche non passata in giudicato), intervenuta tra gli stessi soggetti e che abbia il medesimo oggetto, pronunciata nel medesimo Stato di esecuzione, o in un altro Stato membro dell’UE o in un Paese terzo, e riconoscibile in quello dell’esecuzione, rispetto alla quale il debitore non abbia fatto valere l’incompatibilità nel procedimento svoltosi nello Stato membro di origine per causa a lui non imputabile (art. 21).

Fermo il divieto di riesame nel merito della decisione e della certificazione, il giudice a valle, sollecitato dal debitore esecutato, è chiamato, pertanto, ad un controllo successivo sul titolo solo con riferimento a circostanze del tutto ignote al giudice certificante, solo cioè se si invoca l’esistenza di una decisione incompatibile ovunque pronunciata, anteriore al titolo esecutivo europeo la cui incompatibilità non si sia potuta far valere nel procedimento svolto nello Stato membro di origine⁹⁴.

Invero viene da chiedersi quali siano gli spazi di applicazione pratica della norma e quali possano in concreto essere le cause non imputabili al debitore che gli abbiano impedito di far valere, nel procedimento svoltosi nello Stato di origine, la incompatibilità della pronuncia anteriore e la decisione certificata⁹⁵. Infatti, se

⁹² Vedi nota 69.

⁹³ Sulla assimilabilità tra certificazione del TEE e la spedizione in forma esecutiva si veda M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 36.

⁹⁴ Con riferimento al nostro ordinamento i motivi di incompatibilità saranno fatti valere con l’opposizione al precetto, se il pignoramento non è ancora iniziato, o con l’opposizione alla esecuzione se il procedimento esecutivo è già stato avviato. Vedi *amplius* G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 435 ss., secondo i quali il debitore, prima che l’esecuzione abbia inizio potrebbe anche instaurare un autonomo giudizio di cognizione in accertamento negativo della validità del titolo.

⁹⁵ Sul punto vedi *amplius* M. FARINA, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 49 ss., il quale osserva che l’espressione “non abbia fatto valere e non abbia avuto la possibilità di far valere” indicata nell’art. 21 debba essere intesa nel senso di dare rilievo esclusivamente alla impossibilità per il

sono state rispettate le norme sui *minima standards*, il debitore è stato reso edotto della possibilità di partecipare al giudizio e far valere l'eccezione di giudicato; nel caso di non corretta instaurazione del contraddittorio, egli può avvalersi del rimedio indicato *ex art.* 18, par. 1, lett. b) ed invocare un riesame completo del procedimento svoltosi nello Stato di origine; infine, nel momento successivo alla certificazione stessa il debitore può richiederne la revoca *ex art.* 10, par. 1, lett. b).

Balza subito agli occhi che anche l'estrema barriera opposta alla diretta esecuzione dei provvedimenti stranieri – cd. manifesta violazione dell'ordine pubblico dello Stato in cui il provvedimento è invocato – è abbattuta. Nel regolamento, infatti, non vi è alcuna menzione al rispetto delle norme di ordine pubblico, ed a ben vedere l'intero sistema procedurale per la certificazione del TEE non lascia spazio ad una valutazione di tale genere essendo l'eventuale contrasto con l'ordine pubblico interno del Paese di esecuzione non rilevabile né al termine del processo di cognizione dal giudice dello Stato *a quo*, perché questi ignora *a priori* dove il titolo sarà speso, e quindi l'ordinamento del Paese di esecuzione, né nel procedimento esecutivo dal giudice dello Stato *ad quem*, perché egli non ha potere di sindacare il provvedimento certificato⁹⁶.

Il controllo del giudice dello Stato richiesto per l'esecuzione incide sul titolo certificato anche a norma dell'art. 23, nei casi di sospensione o eccezionalmente di limitazione dell'esecuzione, se il debitore abbia impugnato una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo (anche con domanda di riesame ai sensi dell'art. 19) o nel caso che abbia chiesto la revoca o la rettifica del certificato: instaurati i procedimenti giudiziari che potrebbero concludersi con l'emanazione di decisioni che riformano o annullano il titolo esecutivo europeo, il giudice (o l'autorità competente dello Stato a valle) può limitare il procedimento di esecuzione a meri provvedimenti conservativi, oppure subordinare⁹⁷ l'esecuzione stessa alla prestazione di una cauzione di cui determina l'importo o ancora in casi eccezionali sospendere il procedimento in attesa della definizione del procedimento nello Stato membro di origine.

Il TEE è uno strumento supplementare ai fini della dichiarazione di eseguibilità conformemente al regolamento “Bruxelles I”, sicché il creditore è libero di scegliere se avvalersi (ovviamente solo nell'ipotesi di decisioni, transazioni giu-

debitore di sollevare la relativa eccezione nel corso del procedimento svoltosi in uno Stato membro, e che tale impossibilità discenda dal fatto che la decisione in contrasto con quella certificata sia venuta ad esistenza prima di quest'ultima, ma dopo la scadenza del termine utile a contestare il credito cui la decisione certificata titolo esecutivo si riferisce.

⁹⁶ Sul punto si vedano le interessanti osservazioni di G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 420, i quali osservano che secondo il meccanismo previsto nel regolamento si potrebbe anche procedere all'esecuzione forzata di una decisione che abbia applicato interessi considerati usurari nel Paese *ad quem*, perché non contestata dal debitore. Diversamente per l'esecuzione degli atti pubblici il contrasto con le norme di ordine pubblico, se non è stato verificato in una fase precedente alla redazione dell'atto stesso, può essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione come causa di nullità del negozio sotteso.

⁹⁷ Nell'ordinamento italiano siffatti provvedimenti vanno resi con ordinanza *ex art.* 487 c.p.c. soggetta a opposizione agli atti esecutivi.

diziarie ed atti pubblici riguardanti i crediti non contestati successivi al 21 gennaio 2005) della procedura indicata nel regolamento in esame, ovvero dei meccanismi di riconoscimento ed esecuzione previsti dal regolamento 44/2001 già sperimentati.

La soppressione dell'*exequatur*, pur agevolando l'esecuzione di una decisione giudiziaria in un altro Stato, non elimina le notevoli disparità fra le procedure di esecuzione nei diversi Stati membri e per questo motivo l'art. 29 prevede espressamente la collaborazione fra gli Stati membri per fornire ai cittadini informazioni su questo tipo di procedure anche attraverso la rete giudiziaria europea.

10. La disciplina del regolamento fin qui descritta non è stata esente da critiche, soprattutto con riferimento ai meccanismi previsti a garanzia del debitore⁹⁸.

Le perplessità, manifestate durante l'intero corso dell'elaborazione della norma comunitaria sul TEE, sono espressione di una sensibilità giuridica, particolarmente attenta nel concedere gradualmente la completa e totale fiducia ad ordinamenti processuali ed a giudici di altri Stati membri, nonché nel considerare la giustizia resa dagli altri come equivalente alla propria.

Le posizioni critiche più significative della dottrina italiana hanno posto in dubbio che il risultato raggiunto dal regolamento garantisca un equo bilanciamento tra le esigenze di rapida ed efficiente soddisfazione delle ragioni del creditore e la tutela del debitore. Si è segnalato, infatti, che l'omessa facoltà del debitore di contestare nello Stato *ad quem*, in un momento successivo alla formazione del titolo, la presenza dei requisiti per la certificazione non può essere bilanciata dal novero dei *minima standards* previsti. In particolare, non è unanimemente condivisa la scelta, prevalsa in sede comunitaria, di surrogare la cancellazione di ogni possibilità per il convenuto di contestare lesioni di diritto alla difesa o dell'ordine pubblico con una dichiarazione unilaterale ed autoreferenziale del giudice dello Stato *a quo*, la quale dichiarazione potrebbe anche provenire dal medesimo giudice che ha pronunciato la decisione giudiziaria da certificare come titolo esecutivo europeo⁹⁹.

In una diversa prospettiva sono stati inoltre avanzati dubbi circa la possibilità di chiedere una rettifica della certificazione, prevista dall'art. 10 del regolamento 805/2004: tale rimedio, non paragonabile dal punto di vista della tutela del debitore ad un controllo esercitabile da parte di un giudice dell'impugnazione in posizione di terzietà rispetto al giudice della sentenza, corre il rischio di

⁹⁸ In generale, per un'ampia panoramica circa le perplessità sull'incidenza del regolamento nel nostro ordinamento, si vedano gli interventi raccolti nel volume *Il titolo esecutivo europeo e le problematiche di coordinamento con la normativa processuale civilistica interna*, cit., *supra*, nota 1.

⁹⁹ Così M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio*, cit., p. 148. Sul punto in particolare M. FARINA, *op. cit.*, p. 38, nota 106, ha evidenziato la necessità di evitare almeno a livello di distribuzione del lavoro negli uffici giudiziari la coincidenza tra giudice-persona fisica che ha emesso la decisione o rilasciato il certificato e giudice-persona fisica chiamato a decidere sulla revoca opposizione.

rendere “più burocratico”, e dunque meno appetibile, per il creditore il ricorso alla procedura del TEE, ben potendo quest’ultimo optare per il più collaudato procedimento dell’*exequatur*, semplificato dal regolamento “Bruxelles I”¹⁰⁰.

Infine, non si può omettere di rilevare che la scelta prudente di istituire come “progetto pilota” un TEE limitato ai crediti pecuniari non contestati ha lasciato insoddisfatti gli operatori del diritto italiani¹⁰¹, ben sapendo che i casi di mancata contestazione del credito sono numericamente pochi rispetto alle controversie relative a rapporti obbligatori transfrontalieri¹⁰².

Tale insoddisfazione si ritrova del resto nelle osservazioni espresse, in fase consultiva *ex art.* 262 TCE, dal Comitato economico e sociale¹⁰³, il quale, preoccupato dell’impatto applicativo del TEE, non ha mancato di rilevare che la facoltà di scelta, lasciata agli Stati membri di adeguare o meno le regole processuali nazionali alle norme minime indicate nel regolamento, ne avrebbe limitato l’applicazione; infatti il mancato allineamento della legislazione nazionale alle norme minime avrebbe comportato, di riflesso, l’impossibilità di utilizzare le sentenze sui crediti non contestati emesse nello Stato membro in questione ai fini della certificazione come titolo esecutivo europeo. Inoltre, il Comitato ha lamentato che il regolamento, nella misura in cui si limita ad intervenire sulla costituzione del titolo senza operare alcuna uniformazione delle legislazioni in materia di esecuzione, lascia irrisolta la questione del *deficit* di trasparenza in cui il creditore è destinato a imbattersi e, quindi, i problemi che questi può incontrare per la mancata conoscenza del processo esecutivo dello Stato nel quale il titolo deve essere azionato¹⁰⁴.

I rilievi sopra indicati gettano ombre sulla bontà delle scelte compiute dal legislatore comunitario, ma è forse prematuro esprimere giudizi prima che gli

¹⁰⁰ Così M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio*, cit., p. 148, e G. TARZIA, *L’ordine europeo*, cit., p. 925, i quali rilevano che forse sarebbe stata preferibile una soluzione che, pur riconoscendo automatica ed immediata efficacia esecutiva alle decisioni intracomunitarie, avesse attribuito al debitore la possibilità di reazione dinanzi al giudice del Paese dove viene azionato il titolo, entro un breve termine perentorio decorrente dal primo atto di esecuzione. Per maggiori dettagli si rinvia alla bibliografia richiamata da M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*

¹⁰¹ Critici sulla restrizione dell’ambito di applicazione del regolamento ai soli crediti pecuniari liquidi ed esigibili che non siano contestati N. BOSCHIERO, *The forthcoming European Enforcement Order*, cit., p. 415; P. AMICO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, cit., p. 852; G. OBERTO, *Brevi osservazioni sul testo della proposta di regolamento del Consiglio in materia di titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., p. 143.

¹⁰² Invero a livello comunitario i riscontri raccolti indicano che la percentuale dei crediti non contestati varia da circa il 50% ad oltre l’80% delle cause trattate dai giudici civili ordinari di primo grado. Così è stato rilevato da un questionario sui procedimenti nazionali relativi a controversie di modesta entità distribuito nel 2000 dalla Commissione agli Stati membri.

¹⁰³ Nel parere in merito alla Proposta di regolamento già richiamato *supra*, nota 29.

¹⁰⁴ V. in particolare il parere citato, al punto 3.6. Si deve peraltro sottolineare che lo stesso Comitato economico e sociale ha osservato come l’armonizzazione delle regole sul processo esecutivo (così come di quelle in tema di fallimento e di sovraindebitamento, anch’esse rilevanti nella prospettiva del TEE) rappresentino un obiettivo al di fuori della portata della disciplina del regolamento in commento.

operatori del diritto ed i semplici cittadini – siano essi creditori o debitori – si siano misurati con l'applicazione concreta del regolamento.

D'altro canto, le valutazioni sul risultato raggiunto dalla norma comunitaria già approvata appaiono evidentemente parziali nella misura in cui non considerano che l'istituto TEE, con tutti i suoi limiti, rappresenta soltanto la prima fase di una più ampia strategia del legislatore europeo, la cui realizzazione è oggi all'ordine del giorno delle politiche da realizzare. Come già si è avuto modo di osservare, infatti, l'introduzione del TEE per i crediti non contestati costituisce il "progetto pilota" in vista della soppressione dell'*exequatur* e si inserisce in un disegno normativo di più ampio respiro e di più lunga scadenza: si è tornati a lavorare sull'idea di creare un procedimento speciale uniforme ed armonizzato oggetto della proposta avanzata dalla Commissione di un nuovo regolamento per istituire un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento¹⁰⁵, al fine di giungere con modalità analoghe e nei medesimi tempi, ad un ordine di esecuzione europeo. La recente proposta raccoglie da un lato i risultati del libro verde¹⁰⁶ del 20 dicembre 2002, sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento e sulle misure atte ad accelerare e semplificare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità, dall'altro lato quelli dell'ampia opera di consultazione condotta in tutti gli Stati membri, cui si è accompagnato lo studio comparativo dei modelli di procedimento d'ingiunzione attualmente presenti nello spazio giudiziario europeo.

I due atti (il regolamento 805/2004 e la nuova proposta di regolamento) non si sovrappongono, né l'uno intende perfezionare o superare l'altro. Al contrario, essi si completerebbero reciprocamente per realizzare un disegno caratterizzato da un approccio duplice: il riconoscimento reciproco delle decisioni nazionali relative ai crediti non contestati, da un lato, e l'istituzione di un procedimento d'ingiunzione di pagamento, unificato a livello europeo, volto a semplificare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità, dall'altro.

In questo senso, la natura sperimentale della norma in commento, anziché presentare un carattere riduttivo, sembra costituire, al contrario, un valore aggiunto giacché, in vista del raggiungimento di un obiettivo più ampio e generale, il regolamento si pone quale utile tappa intermedia e costituisce un valido banco di prova del processo di eliminazione dell'*exequatur*.

11. Al di là dei rilievi critici sopra esposti, non pare porsi in dubbio che il regolamento 805/2004 rappresenti un contributo significativo non solo al buon funzionamento del mercato interno, ma anche alla crescita del diritto comunitario.

Infatti, se è pur vero che la sua genesi, così come quella di tutti gli atti vincolanti riconducibili al titolo IV TCE, va ricondotta a fattori di tipo economico-

¹⁰⁵ Vedi COM(2004)173 def. del 25 maggio 2004, recante la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento.

¹⁰⁶ COM(2002)746 def., esaminato in dottrina da A. CARRATTA, A. CHIZZINI, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Risposte al Libro Verde sul procedimento ingiuntivo Europeo*, in *Int'l Lis*, 2003, 3-4, p. 146.

liberista¹⁰⁷, è anche vero che esso trascende le logiche di puro mercato perché, affrontando il tema della esecuzione forzata, giunge a toccare il cuore della tutela giurisdizionale.

Questa considerazione comporta alcune riflessioni ulteriori, in particolare con riferimento al rilievo che la problematica della effettività della tutela giurisdizionale assume nel contesto normativo comunitario. Tale problematica, infatti, si sviluppa su due livelli: da un lato, in relazione alla effettività della tutela dei diritti attribuiti dal diritto comunitario; dall'altro, in relazione alla effettività della tutela di tutte le situazioni giuridiche protette dagli ordinamenti nazionali nello spazio giuridico europeo.

Al primo profilo fa riferimento il principio di effettività così come formulato, prima, dalla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, e poi dall'art. II-107 del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa". Al secondo fa invece capo l'insieme degli interventi normativi volti a facilitare la realizzazione della quinta libertà, che trovano il loro principale punto di riferimento normativo negli articoli 65 ss. TCE.

Si tratta con evidenza di due profili così strettamente connessi l'uno con l'altro da doversi considerare due facce della stessa medaglia: il principio stesso dell'effettività dell'ordinamento risulterebbe compromesso, poiché la garanzia dell'applicazione del diritto non può prescindere da quello della tutela dei diritti riconosciuto dall'ordinamento.

Come è ben noto, infatti, essendo l'ordinamento europeo in sé non autosufficiente, la tutela dei diritti che trovano la loro fonte nell'ordinamento comunitario non può che transitare attraverso gli organi giurisdizionali degli Stati membri, con la conseguenza che la effettività del diritto comunitario si realizza (anche, ma non solo) attraverso gli strumenti forniti dagli ordinamenti processuali nazionali¹⁰⁸: le norme processuali nazionali sono dunque strumentali non solo rispetto al corretto accertamento del diritto sostanziale garantito dal Trattato stesso, ma anche rispetto alla attuazione coattiva dello stesso¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Risulta chiaro, infatti, che il regolamento nasce per garantire una tutela privilegiata per i creditori di Paesi ad economia forte.

¹⁰⁸ Il tema è ovviamente di più ampio respiro e meriterebbe una più approfondita riflessione. Pur non soffermandoci sulle molteplici modalità attraverso cui l'ordinamento comunitario realizza la propria effettività, e limitando le nostre considerazioni a quello che più direttamente ci interessa, ricordiamo qui che da un punto di vista logico-giuridico il principio di effettività del diritto comunitario (è cioè il suo vigore giuridico) ed il principio della tutela giurisdizionale effettiva non sono coincidenti, essendo piuttosto il secondo strumentale rispetto al primo. Mentre il primo attiene più in generale al rapporto tra diritto sopranazionale e diritto degli Stati membri, ha la propria fonte direttamente nella supremazia del diritto della Comunità, e precede e giustifica il principio della tutela piena ed effettiva, il secondo si riferisce più nel dettaglio alla esigenze di una tutela individuale piena.

¹⁰⁹ In particolare sull'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno, classificabile in tre diverse categorie, a seconda del grado di intensità dell'incidenza dell'ordinamento sopranazionale, ricche di spunti sono le pagine di L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *DUE*, 2001, p. 61 ss., il quale ben evidenzia il superamento della concezione delle regole di diritto processuale come "neutrali" rispetto alla

A ciò consegue la primaria rilevanza che, dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, va riconosciuta al diritto processuale interno degli Stati membri. Non deve quindi stupire la sempre maggiore permeabilità degli ordinamenti municipali al diritto comunitario, permeabilità che giunge financo a plasmare il diritto processuale nazionale¹¹⁰: è solo in questa prospettiva che si può giungere a giustificare l'arretramento del principio della autonomia procedurale nazionale dinanzi al fenomeno dell'armonizzazione delle regole processuali.

D'altro canto, l'interesse del sistema comunitario ad incidere sul diritto processuale degli Stati membri¹¹¹ si è manifestato chiaramente, già prima degli anni Novanta, nella attività ermeneutica della Corte di giustizia, che ha gradualmente ampliato i margini di operatività in campo processuale dei principi comunitari di non discriminazione¹¹², equivalenza¹¹³ ed effettività¹¹⁴, imponendo anche alle

realizzazione degli interessi che il diritto sostanziale persegue; sul tema vedi anche M. MARESCA *Principi generali del diritto comunitario sulla disciplina del processo*, in *DUE*, 1997, p. 341 ss.

¹¹⁰ Sul rapporto tra la autonomia del diritto processuale nazionale ed il diritto comunitario v. in particolare le riflessioni di C. N. KAKOURIS, *Do the Member States Posses Judicial Procedural "Autonomy"?*, in *CML Rev.*, 1997, p. 1411 ss.

¹¹¹ Sull'influenza dei principi generali del diritto comunitario nella dinamica del processo nazionale cfr. i contributi più risalenti A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *RIDPC*, 1994, p. 567; L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 153 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RIDU*, 1992, p. 42; F. MATSCHER, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 1; E. FAZZALARI, *Per un processo comune europeo*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 623 ss.

¹¹² Il principio di non discriminazione in base alla cittadinanza, in virtù del quale si richiede che sia garantito al cittadino di uno Stato membro il trattamento più favorevole riservato ai cittadini nazionali, è enunciato direttamente dal Trattato ed è stato spesso invocato dalla Corte di Lussemburgo per limitare l'applicazione delle norme processuali nazionali; si vedano *ex multis* le sentenze della Corte di giustizia del 10 gennaio 1994, causa C-398/92, *Mund & Fester*, *Raccolta*, p. I-476 ss.; del 26 settembre 1996, causa C-43/95, *Data Delecta*, p. I-4661; del 2 ottobre 1997, causa C-12/96, *Saldanha*, 1997, p. I-5336.

¹¹³ In estrema sintesi il principio di equivalenza, inteso quale particolare accezione del principio di non discriminazione, richiede che le modalità procedurali imposte per le azioni aventi ad oggetto diritti di derivazione comunitaria non devono essere più restrittive di quelle previste per la tutela giudiziaria di diritti di analogo contenuto, ma derivanti da norme interne. Tale principio, insieme con quello di effettività, è stato utilizzato dalla Corte di giustizia del 9 febbraio 1999, causa C-343/96, *Dilexport*, *Raccolta*, p. I-579 ss.

¹¹⁴ Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, elaborato dalla giurisprudenza, è il rovescio della medaglia rispetto al principio di equivalenza ed esige che le modalità per la tutela giurisdizionale apprestate dal diritto processuale interno non rendano troppo difficile o eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti fondati sull'ordinamento dell'Unione. Si vedano in particolare le sentenze della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa 213/89, *Factortame*, *Raccolta*, p. I-2433 ss.; del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, *ivi*, 1991, p. I-415 ss.; del 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*, *Raccolta*, p. I-3761 ss.; del 1 luglio 1993, nella causa C-20/92, *Hubbard*, *ivi*, 1993, p. I-3777 ss.; del 10 febbraio 1994, causa C-398/92, *Mund & Fenster*, *cit.*; del 14 dicembre 1995, causa C-3 12/93, *Peterbroeck*, *ivi*, p. I-4599 ss.; del 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel*, *ivi*, p. I-4705 ss.; del 26 settembre 1996, causa C-43/95, *Data Delecta*, *cit.*; 20 marzo 1997, C-323/95, *Hayes*, *ivi*, I, p. 1711 ss.; 2

norme processuali nazionali¹¹⁵ una verifica di legittimità comunitaria; soltanto in un secondo momento l'armonizzazione concreta partita "dal basso" ad opera dei giudici di Lussemburgo ha trovato una giusta cornice nell'ambito della attività di normazione armonizzatrice (non solo per mezzo di regolamenti, ma anche di direttive) vera e propria. Tutti i ridetti interventi, siano essi giurisprudenziali o normativi, sono da ricondurre all'esigenza di assicurare in tutto il territorio europeo la stessa effettiva tutela giurisdizionale alle posizioni soggettive che sono fondate su regole comunitarie o a queste collegate. Tale criterio, da un lato, implica il riconoscimento del ruolo preminente del legislatore nazionale cui spetta il compito di dettare regole procedurali per l'esercizio dei diritti aventi un'origine comunitaria, dall'altro impone di far valere, come correttivo, l'esigenza essenziale che tali regole rendano in pratica possibile l'esercizio dei diritti stessi¹¹⁶.

Pertanto, le "misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile" adottate dalla Comunità, pur dovendo essere prese "per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno", hanno in realtà uno spettro di azione ben più ampio rispetto al semplice miglioramento e alla semplificazione dell'accesso al giustizia: l'obiettivo ultimo, invero, sembrerebbe essere quello di creare un "diritto processuale civile e commerciale comunitario"¹¹⁷ che assicuri all'individuo, il quale lamenta la violazione dei diritti e delle libertà garantite dall'ordinamento comunitario, la certezza di poter esperire un ricorso effettivo

ottobre 1997, C-122/96, *Saldanha*, cit.; del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, *ivi*, p. I-7637 ss. nonché le più recenti pronunce del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, *ivi*, p. I-10239; del 9 dicembre 2003, causa 129/00, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-14637; del 27 febbraio 2003, causa C -327/00, *Santex*, *ivi*, p. I-1877.

¹¹⁵ Per una attenta analisi del rapporto tra le norme di diritto processuale degli Stati e quelle di diritto comunitario v. A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite al diritto comunitario*, in *DUE*, 2001, p. 45. In particolare il test di conformità delle norme processuali nazionali rispetto al diritto comunitario, volto ad evitare che le situazioni soggettive conferite dal diritto comunitario siano tutelate in modo meno efficace rispetto a quelle conferite dalle norme nazionali, è valutata non solo in base ai principi su indicati, ma anche in base al cd. principio della equivalenza in virtù del quale le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna. L'A. dopo aver ricostruito compiutamente le più significative pronunce della Corte di giustizia, la quale in assenza di normative comunitarie di armonizzazione ha svolto un ruolo pretorio di progressiva e sempre più pregnante incidenza sul diritto processuale degli ordinamenti nazionali, denuncia che la normativa fino ad allora adottata fosse molto frammentaria ed estremamente generale, auspicando che l'art. 65 TCE potesse fornire un fondamento giuridico più sicuro alle iniziative di armonizzazione.

¹¹⁶ Così A. SAGGIO, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 114.

¹¹⁷ Fa riferimento ad un diritto "comune europeo del processo civile" G. TARZIA, *Relazione introduttiva*, in *Le discipline comunitarie relative al processo civile. Atti del 23° convegno nazionale dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Perugia 28-29 settembre 2001, Milano, 2002, p. 1 ss.

dinanzi un giudice indipendente ed imparziale, precostituito per legge, che decida in termini ragionevoli, nell'ambito di un processo pubblico equo¹¹⁸.

Ma il principio di effettività non funge solo da filtro per valutare la compatibilità con il diritto comunitario di norme processuali nazionali che incidono sulle concrete possibilità di realizzazione delle posizioni soggettive individuali; infatti esso implica necessariamente, in virtù del principio di non discriminazione, anche la tutela equivalente di tutte le situazioni giuridiche protette dagli ordinamenti nazionali nell'intero spazio giuridico europeo.

In quest'ottica il regolamento 805/2004 testimonia la crescente attenzione del legislatore comunitario anche ai profili di tutela giurisdizionale scaturenti dal diritto nazionale: in tal caso, infatti, non si è tanto creato uno strumento per la tutela effettiva di diritti scaturenti dall'ordinamento comunitario, ma si è attribuito a tutti cittadini dell'Unione un nuovo diritto: il diritto alla esecuzione diretta.

Volendo trarre le somme, sembra, dunque, di potersi affermare che il fenomeno della armonizzazione delle legislazioni processuali non è più accessorio alla circolazione del mercato interno, ma è strumentale rispetto all'effettività della giustizia¹¹⁹ nei Paesi membri; un primo passo per la effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale nell'UE è stato quindi assicurare l'equivalenza tra i rispettivi provvedimenti giurisdizionali. Va rimarcato, tuttavia, che con il regolamento 805/2004, si è andati oltre perché si generalizza il riconoscimento automatico della stessa efficacia esecutiva, raggiungendo un grado di automatismo nella "circolazione" delle decisioni civili e commerciali che supera quello riscontrabile nell'ordinamento federale degli Stati Uniti¹²⁰.

¹¹⁸ Il principio di effettività, espressamente previsto dall'art. II-107 del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, ha oggi assunto un tenore costituzionale vero e proprio. La norma corrisponde all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza secondo la numerazione precedente all'inserimento della Carta nel Trattato costituzionale, e riconosce ad ogni individuo i cui diritti o le cui libertà derivanti da diritto dell'Unione siano stati violati, delle garanzie più ampie non solo in termini quantitativi ma anche in termini qualitativi di quelle previste dall'art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. Si fa riferimento in particolare alla possibilità per l'individuo di farsi "consigliare", oltre che difendere e rappresentare in giudizio da un difensore di propria scelta, ed al diritto al patrocinio statale gratuito "qualora sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Per un ampio commento vedi N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.; L. P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *NGCC*, 2001, II, p. 471; S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *RIDPC*, 2001, p. 187. Più in generale sul tema dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel nuovo Trattato-Costituzione, v. L. S. ROSSI, *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *RDIPP*, 2004, p. 63 ss.

¹¹⁹ Da intendersi nella doppia valenza sia come *diritto/potere effettivo di accesso alle corti* (e cioè a dire, il diritto potere di spendere mezzi processuali di azione o difesa), sia come *right to an effective remedy* (ossia l'effettività delle forme di tutela che chi accede all'organo di giustizia ed agisce o si difende nel corso del giudizio sia in grado di ottenere dal giudice per conseguire una adeguata ed efficace reintegrazione dei suoi diritti violati).

¹²⁰ Così M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale*, cit., p. 141.

Ed allora proprio in nome del riconoscimento del “diritto all’esecuzione”, elemento imprescindibile della effettiva tutela giurisdizionale riconosciuta e garantita alle persone fisiche ed a quelle giuridiche ed in applicazione del principio di effettività, sembra si sia giunti oggi a giustificare l’ingerenza dell’ordinamento comunitario nei diritti processuali degli Stati membri al fine di predisporre una disciplina comune per quegli aspetti che tradizionalmente suppongono un conflitto nell’esercizio della sovranità, nonché a scardinare il “monopolio statale dell’*imperium*”¹²¹. Il tutto sempre nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità¹²².

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² I principi di sussidiarietà e di proporzionalità sono infatti richiamati oltre che nel ventiduesimo considerando del regolamento 805/2004, anche nel quarto considerando del regolamento 1348/2000 sulle notifiche, nel quarto considerando del regolamento 44/2001 sulla giurisdizione e riconoscimento delle decisioni, nel quinto considerando del regolamento 1206/2001 sull’assunzione delle prove. È stato osservato in dottrina G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *op. cit.*, p. 10, che “il principio di sussidiarietà assolve ad una funzione espansiva in chiave dinamica della normativa comunitaria con il concomitante (e prudente) limite dato dal principio di proporzionalità, che sembra temperare l’audacia comunitarista del primo”.

L'obbligo di interpretazione conforme “sconfina” nel terzo pilastro: note a margine della sentenza *Pupino*

SOMMARIO: 1. La sentenza *Pupino*. – 2. L'obbligo di interpretazione conforme tra diritto internazionale e diritto comunitario: a) le differenze. – 3. *Segue*: b) i presupposti della sua maggiore estensione nel diritto comunitario. – 4. Lo “sconfinamento” della giurisprudenza della Corte nel terzo pilastro. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Con la sentenza in commento¹, “per la prima volta”² la Corte di giustizia si è pronunciata, in via pregiudiziale, sull'interpretazione di una decisione quadro. Si tratta della decisione quadro 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale³. Prima di analizzare i passaggi del ragionamento seguito dalla Corte, occorre riassumere in breve i fatti in causa. La signora Maria Pupino, insegnante di scuola materna, era indagata dalla Procura della

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Maria Pupino* (d'ora in poi *Pupino*), non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per i primi commenti si vedano V. DI COMITE, *Il principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale alle decisioni quadro del terzo pilastro. Un nuovo passo in avanti nel processo di integrazione europea*, in *Sud in Europa*, 2005, fasc. 4, p. 9 s. (<http://www.sudineuropa.net>, reperibile *on line*); R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Ue e diritto comunitario* (<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, reperibile *on line*).

² Sono le parole dell'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, dell'11 novembre 2004, causa C-105/03, *Pupino*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 1. Al momento attuale, la Corte si è pronunciata sulla base dell'art. 35 TUE nell'ambito del terzo pilastro in altri due casi: la sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Procedimento penale a carico di Filomeno Maria Miraglia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, riguardante alcune norme dell'*acquis* di Schengen, e la sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, concernente l'annullamento di una decisione quadro. Sono invece pendenti sette procedimenti (sei domande pregiudiziali e un ricorso per annullamento) che investono prevalentemente norme dell'*acquis* di Schengen. Uno di questi, che riguarda invece la decisione quadro 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, potrebbe rivelarsi particolarmente interessante sotto vari profili, sui quali si veda *infra*, in nota 57. Si tratta della causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld c. Ministerraad (Advocaten voor de Wereld)*, *GUUE C* 271, 29 ottobre 2005, p. 14.

³ Cfr. decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, *GUCE L* 82, 22 marzo 2001, p. 1 ss.

Repubblica presso il Tribunale di Firenze in merito alla commissione dei reati di abuso dei mezzi di disciplina e lesioni aggravate. L'insegnante avrebbe inflitto l'uno e le altre ad alcuni dei propri alunni, tutti di età inferiore ai cinque anni all'epoca dei fatti. Nel corso del procedimento il pubblico ministero ha chiesto al giudice per le indagini preliminari l'acquisizione delle testimonianze delle persone offese tramite il meccanismo dell'incidente probatorio e secondo le modalità previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.⁴. Non ammettendo le norme di rito tale possibilità⁵, il giudice si è domandato se esse dovessero essere interpretate alla luce della decisione quadro suddetta⁶. Questa, infatti, impone agli Stati membri l'obbligo di provvedere, entro il termine, già allora scaduto, del 22 marzo 2002, ad adeguare i rispettivi ordinamenti ad alcuni principi di garanzia nei confronti della vittima nel procedimento penale, contenuti nella stessa decisione quadro. Tra questi, in particolare, il principio, enunciato dall'art. 8, secondo cui, "ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento"⁷. Il giudice *a quo*, in altre parole, di fronte alla maggiore ampiezza delle condizioni previste dalla decisione quadro rispetto alle norme di rito interne, ha domandato alla Corte se (e a quali condizioni) le seconde dovessero essere lette

⁴ L'incidente probatorio è un istituto processual-penalistico che consente l'assunzione delle prove, in via del tutto eccezionale e solo in presenza di specifiche condizioni, al di fuori della sede dibattimentale, ove invece, in linea di principio, esse dovrebbero formarsi. Il ricorso all'incidente probatorio può essere giustificato da varie ragioni: il pericolo di non poter assumere la testimonianza nel dibattimento (ad esempio, per infermità del teste), la salvaguardia dei minori nell'ambito di procedimenti aventi ad oggetto reati sessuali, ecc. L'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., prevede invece che il g.i.p. (o anche il g.u.p., come poi ha avuto modo di dire la Corte costituzionale in una sentenza additiva del 1994), nell'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente, provveda a disporre che la testimonianza del minore per i reati previsti dagli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqüies* e 609-*octies* venga assunta con "modalità particolari": per esempio, il giudice può decidere che essa si svolga fuori del Tribunale, in strutture specializzate o anche nell'abitazione del minore. È evidente che le norme di rito qui traggono la loro *ratio* da due esigenze: in primo luogo, dalla maggiore tutela che la giovane età delle vittime e la natura del reato impongono; poi, dalla necessità di mantenere la genuinità della prova, che in tali casi potrebbe essere compromessa dal naturale processo di rimozione dell'evento che le vittime molto giovani normalmente subiscono.

⁵ Nel caso di specie, l'art. 392 c.p.p., secondo lo stesso giudice *a quo* (si veda l'ordinanza di rinvio, pubblicata in *Foro it.*, 2005, II, c. 58), non consentirebbe l'accoglimento della richiesta di assumere le testimonianze delle vittime tramite l'incidente probatorio in quanto tale fattispecie non rientrerebbe in alcuna di quelle contemplate dal medesimo articolo. Né d'altra parte sarebbe possibile ricorrere all'interpretazione analogica, stante l'eccezionalità dell'istituto stesso. L'impossibilità di accedere all'incidente probatorio preclude pure, com'è ovvio, il ricorso all'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.

⁶ *Ivi*, c. 59.

⁷ Il g.i.p. ha pure richiamato, nell'ordinanza di rinvio (*ivi*, c. 59 s.), alcune norme contenute negli articoli 2 e 3 della medesima decisione quadro.

alla luce delle prime. La questione pregiudiziale schiudeva così le porte dei giudici di Lussemburgo ad una serie di interrogativi complessi e per la prima volta formulati. Essi in definitiva investono l'esistenza dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle decisioni quadro.

La Corte risponde in modo affermativo alla domanda contenuta nell'ordinanza di rinvio, argomentando sulla base dei passaggi che ora si esporranno. Essa innanzitutto si dichiara competente, in linea di principio, a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale, giusta la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 35 TUE e delle condizioni di ricevibilità della domanda⁸. In merito alla questione principale, la soluzione affermativa prende le mosse dal presupposto che le decisioni quadro abbiano lo stesso carattere vincolante delle direttive. La Corte muove dalla formulazione dell'art. 34, par. 2, lett. b) TUE, "strettamente ispirata"⁹, da quanto si legge nella sentenza, a quella dell'art. 249, comma 3 TCE. Il carattere vincolante delle direttive, dunque, si "trasmetterebbe" alle decisioni quadro, per le quali tale carattere è formulato "in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma, CE"¹⁰. Tale circostanza – aggiunge succintamente la Corte – "comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale"¹¹.

La sentenza respinge le obiezioni sollevate dai governi britannico e svedese, secondo i quali un paragone con il pilastro comunitario sarebbe fuori luogo in un contesto dal marcato carattere intergovernativo come quello offerto dal titolo VI. Secondo la Corte, infatti, "è perfettamente comprensibile che gli autori del

⁸ La Corte afferma nella sentenza *Pupino*, punto 19, che, stante il rinvio che l'art. 46, lett. b), TUE opera (anche) verso l'art. 234 TCE, il regime previsto da detta norma "è destinato ad applicarsi alla competenza pregiudiziale della Corte ai sensi dell'art. 35 UE, fatte salve le condizioni previste da tale disposizione". Il rinvio operato dall'art. 46, lett. b), TUE non aggiungerebbe in verità nulla a quanto contenuto nell'art. 35, giacché esso pone già da solo tutte le norme che regolano la competenza pregiudiziale nel titolo VI. Il rinvio, in realtà, fa riferimento ai concetti elaborati dalla giurisprudenza nel pilastro comunitario. In altre parole, l'art. 46, lett. b), TUE afferma che, tutte le volte che si debba interpretare una norma del titolo VI relativa alla competenza pregiudiziale, si possa ricorrere alla giurisprudenza elaborata in merito nel pilastro comunitario. È in tal senso che la Corte si muove nella sentenza in commento: prima infatti richiama la giurisprudenza comunitaria sul concetto di giurisdizione (punti 21-22); poi afferma che essa, relativamente "alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali proposte ai sensi dell'art. 234 CE è, in linea di principio, trasponibile alle domande di pronuncia pregiudiziale proposte [...] in forza dell'art. 35 UE" (punto 29). È proprio facendo ricorso alla nozione di "presunzione di pertinenza" elaborata nel primo pilastro che la Corte respinge l'obiezione del governo italiano, secondo cui "la soluzione della Corte non sarebbe utile alla definizione della controversia nella causa principale" (punto 23). Si noti, tra l'altro, che, avendo l'Italia accettato la competenza pregiudiziale della Corte nel titolo VI secondo i termini previsti dalla lett. b) del par. 3 dell'art. 35 TUE, "ogni giurisdizione" ha la facoltà di proporre la domanda pregiudiziale. È poi lasciata aperta, dalla Dichiarazione n. 10 adottata dalla CIG contestualmente al Trattato di Amsterdam, riguardante l'art. K.7 del Trattato sull'Unione europea, la possibilità che gli Stati si riservano, nelle rispettive legislazioni, di rendere obbligatorio il rinvio per i giudici d'ultima istanza.

⁹ Sentenza *Pupino*, punto 33.

¹⁰ Sentenza *Pupino*, punto 34.

¹¹ *Ibidem*.

Trattato sull'Unione europea abbiano ritenuto utile prevedere, nell'ambito del titolo VI di tale Trattato, il ricorso a strumenti giuridici che comportano effetti analoghi a quelli previsti dal Trattato CE, al fine di contribuire efficacemente al perseguimento degli obiettivi dell'Unione"¹². D'altra parte – soggiunge – se diversamente fosse, la stessa competenza pregiudiziale nel titolo VI “sarebbe privata dell'aspetto essenziale del suo effetto utile”¹³. In definitiva, la Corte ritiene che, per le decisioni quadro, si possa procedere analogamente a quanto fatto per le direttive nel pilastro comunitario¹⁴. E infatti il passaggio successivo consiste nel trovare all'obbligo in discorso un fondamento identico a quello che era stato individuato per le direttive: la Corte, rispondendo alle eccezioni sollevate dai governi italiano e britannico, afferma che, nonostante l'inesistenza nel TUE di una norma analoga a quella esplicitata nell'art. 10 TCE, un obbligo di leale collaborazione sussista comunque. Esso discenderebbe sia da una lettura sistematica del titolo VI¹⁵, sia dall'art. 1 TUE il quale, formulando la missione dell'Unione, presuppone che, per adempierla, gli Stati collaborino, principalmente, con le istituzioni europee.

Trovato dunque un fondamento all'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle norme contenute nelle decisioni quadro, la Corte, su sollecitazione del governo olandese, esamina il problema se, nel caso in giudizio, il suddetto obbligo superi i limiti cui la giurisprudenza comunitaria lo ha condizionato. Nella fattispecie, la Corte anzitutto esclude che l'obbligo in questione possa violare il principio dell'irretroattività della legge: in particolare, di quel suo corollario in base al quale detto obbligo non “possa condurre a determinare o ad aggravare [...] la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle [...] disposizioni”¹⁶ di una decisione quadro. La Corte afferma infatti che il caso sottoposto verte sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova, non venendo in rilievo la portata della responsabilità penale dell'indagata. In secondo luogo, essa esclude pure che l'obbligo di interpretazione conforme possa, nella fattispecie, condurre ad un risultato *contra legem*. In

¹² Sentenza *Pupino*, punto 36.

¹³ Sentenza *Pupino*, punto 39.

¹⁴ Sul punto si veda *infra*, par. 2.

¹⁵ Sul punto, la Corte si richiama alle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale, a sua volta, afferma (punto 26) che “la cooperazione leale degli Stati membri e delle istituzioni è [...] oggetto centrale del titolo VI [...] e si ritrova nel titolo – Disposizioni sulla *cooperazione* di polizia e giudiziaria in materia penale – e in quasi tutti gli articoli”.

¹⁶ Sentenza *Pupino*, punto 45. Il limite in questione era stato affermato fin dalla sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1986, causa 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) (Marshall)*, Raccolta, p. 749, punto 48, e poi nella sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò c. ignoti (Pretore di Salò)*, Raccolta, p. 2570, punto 19, e nella sentenza della Corte di giustizia dell'8 ottobre 1987, causa 80/86, *Causa penale a carico di Kolpinghuis Nijmegen BV (Kolpinghuis)*, Raccolta, p. 3986, punto 13.

proposito, la sentenza richiama le conclusioni dell'Avvocato generale¹⁷, secondo cui vi sarebbero buoni margini per giungere agli obiettivi fissati nella decisione quadro senza stravolgere la portata delle norme interne¹⁸. Nel merito, la Corte conclude che queste ultime debbano essere interpretate nel senso di consentire al giudice nazionale “di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima”¹⁹.

2. L'obbligo di interpretazione conforme non costituisce una novità assoluta nel panorama del diritto internazionale: da tempo, infatti, la maggior parte delle corti nazionali, in conformità al principio *pacta sunt servanda*, fa ricorso a que-

¹⁷ Sentenza *Pupino*, punto 40. Il limite in parola era stato affermato, sebbene in modo non del tutto esplicito, fin dalla sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 14/83, *Sabine Von Colson ed Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen (Von Colson)*, *Raccolta*, p. 1909, punto 28.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Pupino*, punto 40. Una terza condizione, su cui naturalmente la Corte non si sofferma, è la scadenza del termine previsto nella decisione quadro per l'esecuzione delle norme in essa contenute. Sulla necessità che sussista tale condizione, almeno rispetto alle direttive, si vedano: nella giurisprudenza la sentenza della Corte di giustizia, del 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero e Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades e altri* (d'ora in poi *Océano*), *Raccolta*, p. I-4975, punto 31, la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000, causa C-456/98, *Centrosteel Srl c. Adipol GmbH (Centrosteel)*, *Raccolta*, p. I-6027, punto 17, e la sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith e altri c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV (Pfeiffer)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 117. In dottrina F. M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuata: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive*, in *RDE*, 1994, p. 506; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation - Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 403; M. ZULEEG, *Interpretazione 'comunitariamente conforme' e creazione giurisprudenziale del diritto negli 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 s.; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, p. 185; S. DRAKE, *Twenty Years after Von Colson: the Impact of 'Indirect Effect' on the Protection of the Individual's Community Rights*, in *ELR*, 2005, p. 340 s. *Contra* cfr. P. MANIN, *L'invocabilità des directives: Quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990, p. 675; D. CURTIN, *Directives: the Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, in *CML Rev.*, 1990, p. 724; L. SCAMBIATO, *Considerazioni in tema di efficacia 'orizzontale' delle direttive comunitarie alla luce delle sentenze 1271/95 e 2275/95 della Corte di Cassazione e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RIDPC*, 1996, p. 1035; P. CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *ELR*, 1997, p. 525, i quali ultimi tuttavia si basavano, testualmente – e correttamente – sulle precise parole della Corte, espresse in tal senso nella sentenza *Kolpinghuis*, p. 3987, punto 15, la quale deve considerarsi ormai superata dalla successiva giurisprudenza citata *supra*. Non è invece necessario, affinché l'obbligo di interpretazione conforme possa sorgere, né che le disposizioni comunitarie siano chiare, incondizionate e precise né che esse vengano invocate nei confronti dello Stato, cioè in rapporti cd. verticali.

¹⁹ Sentenza *Pupino*, punto 62.

sto criterio ermeneutico per scongiurare un possibile conflitto tra norme interne e obblighi internazionali dello Stato²⁰. Ove la norma interna si presti a diverse interpretazioni, infatti, deve essere scelta quella che consente il rispetto degli obblighi internazionali, dovendosi presumere la volontà dello Stato di assolverli²¹. In altre parole, l'obbligo di interpretazione conforme risolve sul piano ermeneutico un conflitto tra norme. Esso presenta l'indubbio vantaggio di assicurare la prevalenza degli obblighi internazionali dello Stato senza che il giudice debba attendere l'intervento della Corte costituzionale o l'abrogazione ad opera del legislatore²². L'obbligo in parola è tuttavia limitato sotto vari profili: è ammesso solo ove la norma interna abbia un margine di incertezza ed è escluso per le norme internazionali non recepite²³. Si tratta di due condizioni fisiologiche: con la prima si intende, infatti, escludere che l'interpretazione conforme possa risolvere un conflitto insanabile tra norme; con l'altra condizione si esprime una caratteristica propria della nozione di antinomia normativa, la quale non può che sussistere tra norme appartenenti allo stesso ordinamento²⁴. Per quanto concerne l'Italia, questa seconda condizione limita l'obbligo in discorso alle norme con-

²⁰ In tal senso L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 175; F. TERESI, *Direttive comunitarie inattuato e interpretazione conforme: dalla 'interpositio legislatoris' all'applicazione giudiziaria*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, 1998, p. 790; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, VI ed., p. 321. Si noti che nell'ordinamento italiano il conflitto tra norme interne e obblighi internazionali dello Stato viene risolto facendo ricorso anche a criteri diversi. Questi, peraltro, dipendono dal rango che la norma internazionale confliggente assume nell'ordinamento italiano e dunque dal meccanismo di adattamento di volta in volta previsto.

²¹ *Ibidem*. È molto significativo, in proposito, che recenti sentenze della Corte si esprimano proprio in termini di *presunzione* di conformità. Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial (Wagner Miret)*, *Raccolta*, p. I-6932, punto 20, e della sentenza *Pfeiffer*, punto 112.

²² In Italia, il meccanismo descritto consente di evitare che, nel caso di conflitti tra norme interne e norme internazionali, il giudice di merito debba sollevare una pregiudiziale di costituzionalità e attendere il giudizio della Corte costituzionale. Si può allora affermare che l'obbligo di interpretazione conforme non assicura soltanto la prevalenza delle norme convenzionali – prevalenza che, peraltro, oggi viene garantita dalla nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. – ma soprattutto ne assicura, sebbene limitatamente al singolo giudizio di merito, l'immediata operatività. Come messo già in evidenza in nota 20, l'interpretazione conforme non è il solo criterio che consente al giudice di merito di affermare l'immediata prevalenza della norma internazionale sulla norma interna: come autorevolmente sostenuto (B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 321 ss.), il giudice di merito potrebbe fare ricorso anche ad un criterio di specialità *sui generis*.

²³ Va detto che, secondo lo stesso B. CONFORTI, *ivi*, p. 320, una *facoltà* di interpretazione conforme sussisterebbe anche nei confronti delle norme non recepite. L'Avvocato generale Kokott, nelle sue conclusioni nella causa *Pupino*, si spinge anche oltre, affermando l'esistenza, anche nel diritto internazionale, di un *obbligo* di interpretazione conforme rispetto alle norme non recepite (punto 37). Quest'ultima tesi va respinta, potendosi ammettere solo quanto affermato da B. CONFORTI, tenendo tuttavia presente che, secondo quanto riportato da questo Autore (*ivi*, p. 319 s.) con riferimento a quella italiana, la giurisprudenza interna non ammette neppure una facoltà di interpretazione conforme.

²⁴ Si veda F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto, La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1993, ristampa integrata, p. 116 ss.

suetudinarie, cui rinvia l'art. 10 Cost., e alle norme contenute in trattati e in atti obbligatori di organizzazioni internazionali recepite tramite i consolidati meccanismi di adattamento.

Com'è noto, la necessità di garantire la prevalenza del diritto comunitario è stata perseguita dalla Corte di giustizia tramite una strada diversa. Essa non solo ha affermato il principio del primato²⁵, ma soprattutto l'obbligo dei giudici nazionali di disapplicare direttamente la norma interna confliggente²⁶. In ciò, evidentemente, si estrinseca un essenziale aspetto della differente penetrazione delle norme comunitarie rispetto a quelle internazionali. Tuttavia, non tutte le norme comunitarie sono dotate di questa caratteristica: in particolare, ai giudici interni resterebbe preclusa la possibilità di far prevalere le norme non direttamente applicabili e/o prive dell'effetto diretto²⁷. Il meccanismo che la Corte ha allora utilizzato per garantire la piena efficacia delle norme comunitarie è stato quello dell'interpretazione conforme, affermato per la prima volta nella sentenza *Von Colson*²⁸. In essa l'obbligo in parola veniva riconosciuto limitatamente alla

²⁵ A partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L. (Costa)*, *Raccolta*, p. 1127 ss.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal (Simmenthal)*, *Raccolta*, p. 629 ss.

²⁷ Il principio del primato è circoscritto alle norme direttamente applicabili e a quelle dotate di effetto diretto, sempre che si voglia distinguere tra le due ipotesi (sul punto, si veda G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, IV ed., p. 165). Per quanto riguarda le direttive, l'effetto diretto, subordinato comunque alla scadenza del termine di attuazione, è ammesso per le sole norme sufficientemente chiare, precise e incondizionate e limitatamente ai rapporti cd. verticali. Soprattutto quest'ultima condizione, affermata dalla Corte fin dalla sentenza *Marshall*, p. 749, punto 48, e, con qualche ambiguità, ancora oggi – per una pronuncia più recente, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1996, causa C-192/94, *El Corte Inglés SA c. Cristina Blázquez Rivero (El Corte Inglés)*, *Raccolta*, p. I-1303, punto 15 – è stata criticata da una parte della dottrina: si vedano, per citarne solo alcuni, F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in *DCSI*, 1987, p. 103 s.; S. PRECHAL, *Remedies after Marshall*, in *CML Rev.*, 1990, p. 456; A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 142 s., il quale afferma esplicitamente trattarsi di “uno dei passaggi più sconcertanti dell'intera giurisprudenza comunitaria in tema di efficacia delle direttive” (*ivi*, c. 141); L. SCAMBIATO, *op. cit.*, p. 1033 s.; P. CRAIG, *op. cit.*, p. 519 ss.; R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *DUE*, 1998, *passim*; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 176 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Torino, 2005, III ed., p. 208 ss. *Contra*, con argomentazioni peraltro convincenti, si veda R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, in *RDI*, 1989, p. 266 ss. Anche la giurisprudenza interna, come documentato, limitatamente a quella italiana, da A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive tra certezze (comunitarie) e fraintendimenti (nazionali)*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 359 s., e R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 85 s., ha mostrato un “diffuso disagio nei confronti della soluzione adottata dalla Corte” (*ivi*, p. 86).

²⁸ Sentenza *Von Colson*, p. 1891 ss. L'obbligo di interpretazione conforme sarebbe stato, secondo S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, cit., p. 183, “touched, in some way by the Court” in pronunce precedenti: in particolare nella sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1974, causa 32/74, *Friedrich Haaga GmbH*, *Raccolta*, p. 1201 ss., nella sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Koeln*,

“legge nazionale espressamente adottata per l’attuazione della direttiva”²⁹: questa è la ragione per cui, dal momento che un identico meccanismo operava rispetto alle norme (receptite) del diritto internazionale, la suddetta giurisprudenza non ha inizialmente richiamato “l’attenzione della dottrina, tanto essa pareva naturale”³⁰.

Tale situazione sarebbe radicalmente mutata allorché la Corte ha affermato l’obbligo in discorso rispetto a norme di direttive inattuate³¹. Ciò è avvenuto con la sentenza *Marleasing*, nella quale essa ha stabilito che l’obbligo in parola grava sui giudici interni “a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva”³². La differenza parrebbe evidente: mentre la giurisprudenza interna si era limitata ad affermare tale obbligo per i contrasti tra

Raccolta, p. 297 ss., e nella sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 1976, causa 111/75, *Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzolai c. Ferrovia del Renon*, *Raccolta*, p. 657 ss.

²⁹ Sentenza *Von Colson*, p. 1909, punto 26.

³⁰ L. DANIELE, *op. cit.*, c. 175, ricorda che, rappresentando la direttiva l’*occasio* e la *ratio legis* delle norme interne di attuazione, essa ne deve pure costituire il parametro interpretativo. Addirittura, andando più a ritroso, si rinviene una considerazione della Commissione, riportata nella sentenza *Simmenthal*, p. 638, che anticipa ciò che poi la Corte affermerà nella sentenza *Von Colson*. La suddetta considerazione, peraltro, era condivisa dall’Avvocato generale Reischl nelle sue conclusioni del 16 febbraio 1978, *Raccolta*, p. 650.

³¹ L. DANIELE, *op. cit.*, c. 176, parla apertamente di una “notevole novità”. In tal senso si esprime anche F. TERESI, *op. cit.*, p. 792.

³² Sentenza della Corte di giustizia dell’8 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA (Marleasing)*, *Raccolta*, p. I-4159, punto 8. La Corte, peraltro, torna sul punto, in modo più specifico, nella recente sentenza *Pfeiffer*, punto 115, affermando che l’obbligo di interpretazione conforme “esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva”. Tuttavia, sul valore innovativo della giurisprudenza inaugurata con la sentenza dianzi citata, si veda *infra*, in questo stesso paragrafo. Va detto che l’obbligo di interpretazione conforme rispetto alle norme di direttive inattuate è stato forse affermato già prima della sentenza *Marleasing*, e precisamente nella sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 1989, causa 125/88, *Procedimento penale a carico di H. F. M. Nijman (Nijman)*, *Raccolta*, p. 3543 ss. In essa, in effetti, le norme interne difformi da quelle contenute in una direttiva del 1978 erano previste da una legge nazionale del 1962, sebbene nella Relazione d’udienza (*Raccolta*, p. 3535) si precisi che detta legge doveva “essere considerata adottata [...] per l’attuazione della menzionata direttiva 79/117/CEE”. Sta di fatto che la Corte (sentenza *Nijman*, p. 3546, punto 6), richiamando espressamente la sentenza *Von Colson*, non restringe l’obbligo di interpretazione conforme alla normativa d’attuazione, ma menziona, in generale, “il diritto nazionale”. La circostanza che la dottrina non si sia soffermata su questa pronuncia si potrebbe spiegare con il fatto che in essa, a differenza che nella successiva sentenza *Marleasing*, il riconoscimento dell’obbligo in discorso non ebbe alcuna incidenza sull’esito della controversia. Tuttavia, l’obbligo di interpretazione conforme rispetto alle direttive inattuate andrebbe ricondotto, astrattamente, alla sentenza *Nijman*. Del resto, anche le osservazioni del governo britannico, riportate nella Relazione d’udienza (cit., p. 3537), sembrano deporre in tal senso. Diversa è invece l’ipotesi, ancora precedente, prefigurata nella sentenza *Kolpinghuis*: in essa, in effetti, la normativa interna è precedente alla direttiva ma, come parrebbe potersi evincere dalle conclusioni dell’Avvocato generale Mischo del 17 marzo 1987, *Raccolta*, p. 3978, punto 21, essa era stata oggetto di una comunicazione da parte del governo olandese alla Commissione secondo cui “la normativa nazionale era già tale da rendere superfluo ogni provvedimento di attuazione”.

norme interne e norme internazionali recepite, la Corte si è spinta oltre estendendo il detto obbligo ai conflitti tra norme interne e norme contenute in direttive inattuato, le quali rimangono completamente “esterne” al diritto nazionale³³. Ci si deve allora chiedere quale fondamento la Corte abbia dato a questa notevole estensione dell’obbligo di interpretazione conforme.

I giudici di Lussemburgo hanno, in modo quasi sempre uniforme³⁴, fatto leva su due argomenti: un primo fornito dall’art. 249 (ex art. 189), comma 3, TCE e costituito dal carattere vincolante delle direttive; un secondo contenuto nell’art. 10 (ex art. 5) TCE che enuncia l’obbligo di leale collaborazione gravante sugli Stati membri. Quanto al primo riferimento, l’art. 249, comma 3, TCE ci dice soltanto che la direttiva impone allo Stato membro un obbligo di risultato, ma non ci dice *anche* che, per giungere a questo risultato, i giudici nazionali siano soggetti ad un obbligo di interpretazione conforme. Per rispondere a questo interrogativo si deve guardare – volendo seguire la giurisprudenza della Corte – alla prescrizione contenuta nell’art. 10 TCE e al contesto in cui essa opera. Ebbene, la Corte afferma che l’obbligo di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire il risultato contemplato dalla direttiva grava, in virtù dell’art. 10 TCE, su “tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell’ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali”³⁵. Sotto il profilo formale, il ragionamento non fa una piega: se anche gli organi giurisdizionali sono destinatari dell’obbligo previsto dall’art. 10 TCE, non potendo essi assolverlo che con provvedimenti di natura giurisdizionale, non resta altra via che quella del ricorso a strumenti ermeneutici, peraltro già noti, quale è l’interpretazione conforme.

Se ciò fosse vero, ci troveremmo di fronte ad un meccanismo non molto diverso da quello già praticato dalle corti interne rispetto alle norme internazionali. Se la differenza infatti consistesse solo nell’estensione dell’obbligo in

³³ Sul punto si veda R. BARATTA, *op. cit.*, p. 274.

³⁴ Si vedano, a tale proposito, la sentenza *Von Colson*, p. 1909, punto 26, la sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 1984, causa 79/83, *Dorit Harz c. Deutsche Tradax GmbH (Harz)*, *Raccolta*, p. 1942, punto 26, la sentenza *Kolpinghuis*, p. 3986, punto 12, la sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 1988, causa 31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi (Beentjes)*, *Raccolta*, p. 4662, punto 39, la sentenza *Nijman*, p. 3546, punto 6, la sentenza *Marleasing*, p. I-4159, punto 8, la sentenza *Wagner Miret*, p. I-6932, punto 20, la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Procedimento penale contro Luciano Arcaro (Arcaro)*, *Raccolta*, p. I-4730, punto 41, la sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1998, causa C-185/97, *Belinda Jane Coote c. Granada Hospitality Ltd*, *Raccolta*, p. I-5219, punto 18, la sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Annalisa Carbonari e altri c. Università degli Studi di Bologna e altri (Carbonari)*, *Raccolta*, p. I-1134, punti 48-49, e la sentenza *Centrosteeel*, p. I-6027, punto 16. In alcuni casi la Corte, pur ribadendo la formula utilizzata nelle sentenze dianzi citate, ha aggiunto ulteriori considerazioni: ad esempio, nella sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986, nella causa 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Johnston)*, *Raccolta*, p. 1690, punto 53, e nella sentenza *Pfeiffer*, punto 110 ss., nelle quali ha chiaramente fatto riferimento alla necessità di dare alle norme contenute nelle direttive “la piena efficacia”.

³⁵ Sentenza *Von Colson*, p. 1909, punto 26.

parola alle direttive inattuata, cioè ad atti “esterni” al diritto interno, diversamente da quanto ammesso riguardo a norme recepite di diritto internazionale, essa sarebbe solo apparente. Infatti, come si evince dagli argomenti addotti dalla Commissione nella causa *Marleasing*³⁶, il conflitto non si pone tra la norma interna e quella della direttiva inattuata, ma tra l’art. 10 TCE, certamente recepito, e le norme interne sull’interpretazione: l’uno impone al giudice interno di tenere conto delle norme contenute nelle direttive, a prescindere dal loro stato di attuazione, le altre si fermano alle sole norme recepite. Benché tale ricostruzione parrebbe privare la giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Marleasing* del suo carattere innovativo, occorre dire che essa dovrebbe comunque essere accolta *cum grano salis*. Innanzitutto, sotto il profilo sostanziale, il conflitto sorge, sebbene in modo indiretto, pur sempre tra la norma della direttiva inattuata e la norma interna. In questi termini, peraltro, sembra orientata la stessa Corte, che infatti non ha mai fatto ricorso ad un argomento simile a quello addotto dalla Commissione nella causa *Marleasing*. Si deve poi aggiungere che, anche ad accogliere la ricostruzione sopra menzionata, non si potrebbero negare le altre e più rilevanti differenze riguardanti il *modus operandi* dell’obbligo di interpretazione conforme alle norme comunitarie rispetto all’analogo obbligo concernente le norme internazionali. Infatti, per poter affermare che l’obbligo in parola debba condurre alla disapplicazione delle norme interne sull’interpretazione a beneficio di quella contenuta nell’art. 10 TCE, deve comunque presupporci la prevalenza di quest’ultima. Non solo. Anche prescindendo da quanto appena detto, l’art. 10 TCE finirebbe comunque per affermare qualcosa di più rispetto alla giurisprudenza interna: se essa sostiene che le norme internazionali debbano fornire un canone interpretativo di conformità per il diritto interno solo in quanto recepite, essa non dice, come invece l’art. 10 TCE, che il giudice debba prendere in considerazione anche le norme contenute in atti obbligatori non recepiti delle organizzazioni internazionali. Inoltre, mentre la giurisprudenza interna fa discendere l’obbligo in discorso da una presunzione di conformità, l’art. 10 TCE direttamente lo impone, così come esso viene letto dalla Corte³⁷. In definitiva, che si accolga o meno l’ipotesi avanzata dalla Commissione nella causa *Marleasing*, l’obbligo di interpretazione conforme assume nel diritto comunitario delle caratteristiche molto più incisive che nel diritto internazionale. A fronte di ciò, i riferimenti costituiti dagli articoli 249, comma 3, e 10 TCE, benché

³⁶ Si veda quanto riportato dalla Relazione d’udienza, nella causa omonima, *Raccolta* 1990, p. I-4142: “[p]uò accadere che in tal modo l’interpretazione del diritto nazionale in conformità al diritto comunitario prevalga sulle regole di interpretazione comunemente ammesse nell’ordinamento interno, ma proprio per il principio della supremazia del diritto comunitario, bisogna ritenere proibita ogni norma interpretativa che costituisca un ostacolo al risultato voluto dagli autori di una direttiva”. In tal senso si vedano pure Y. GALMOT, J. C. BONICHOT, *La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, in *RFDA*, 1988, p. 22.

³⁷ Ciò vale ad eccezione delle sentenze, riportate alla nota 21, in cui la Corte parla di una presunzione di conformità. Tale riferimento, in effetti proprio per questa ragione, è stato criticato da F. M. DI MAJO, *op. cit.*, p. 514.

ineccepibili, non sono sufficienti a dare risposta ad un altro e forse fondamentale interrogativo. Quello che essi non dicono è *perché* l'obbligo di leale collaborazione si spinga nel diritto comunitario così in profondità. Dietro al dato formale, evidentemente, c'è dell'altro: per mettere a fuoco lo sfondo sul quale detto obbligo opera, occorre fare un passo ulteriore.

3. Una prima strada da seguire è quella di soffermarsi di nuovo sul meccanismo che l'obbligo di interpretazione conforme mette in moto. In effetti, l'affermazione secondo cui l'obbligo in discorso impone al giudice solamente di scegliere, tra i possibili significati della norma interna, quello conforme alla norma comunitaria³⁸, è fuorviante, giacché potrebbe lasciar supporre che un'interpretazione astrattamente conforme alla norma comunitaria sarebbe possibile già sulla base del diritto interno. Ma, per la verità, se il risultato cui il giudice pervenisse adottando unicamente i criteri interpretativi a lui imposti dal diritto interno fosse conforme a quello prescritto dalla direttiva, non vi sarebbe nessun conflitto né, dunque, la necessità di interpretazioni "alternative". In verità, come la giurisprudenza della Corte parrebbe dimostrare³⁹, il giudice non ha solo l'obbligo di scegliere "per quanto possibile"⁴⁰ il significato più aderente alla norma comunitaria, bensì soprattutto quello di forzarne il contenuto in modo da renderlo ad essa compatibile. In altre parole, il giudice scarta, o *disapplica* la norma interna, applicando quella di

³⁸ In tal senso si esprime M. ZULEEG, *op. cit.*, p. 146 s.

³⁹ Innanzitutto, lo stesso limite dell'interpretazione *contra legem* non è stato, in talune pronunce, neppure citato: si vedano le sentenze *Harz*, p. 1921 ss., *Johnston*, p. 1663 ss., *Kolpinghuis*, p. 3928 ss., *Beentjes*, p. 4652 ss., *Nijman*, p. 3543 ss., e *Marleasing*, p. I-4156 ss., nella quale ultima però compare l'espressione "as far as possible" nella versione inglese. In secondo luogo, si tenga conto che, sebbene alla Corte non spetti la competenza ad addentrarsi nella interpretazione delle norme interne per stabilire se essa sia "possibile" alla luce del limite in discorso (si vedano in tal senso la sentenza *Carbonari*, p. I-1134, punto 49, e in senso opposto la sentenza *Wagner Miret*, p. I-6932, punto 22), vi sono casi in cui essa si spinge comunque in questa analisi. Ebbene, in tali casi (in particolare nelle sentenze *Johnston*, p. 1663 ss., *Marleasing*, p. I-4156 ss., e *Pfeiffer*, punto 120 ss.) essa dimostra di intendere il limite del "quanto più possibile" in modo estremamente restrittivo, tanto da sfumare quasi del tutto la differenza tra primato delle norme direttamente applicabili e obbligo di interpretazione conforme. Questa è la ragione per cui buona parte della dottrina (si vedano D. CURTIN, *op. cit.*, p. 724 s.; L. DANIELE, *op. cit.*, c. 178; W. VAN GERVEN, *The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (eds.), *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, III, Dodrecht, Boston, London, 1994, p. 346; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 21; L. SCAMBIATO, *op. cit.*, p. 1035 s.; F. TERESI, *op. cit.*, p. 791; R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 81 ss.; E. SCISO, *L'attuazione del diritto comunitario nella prospettiva del primato della norma comunitaria*, in S. P. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Roma, Milano, 2002, p. 167 s.; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 182) ha parlato di un superamento della giurisprudenza che limitava gli effetti diretti ai soli rapporti cd. verticali. Non sono mancati coloro che, come F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?*, in *RTDE*, 1993, p. 514, hanno introdotto in proposito la nozione di effetti orizzontali indiretti.

⁴⁰ Sentenza *Pfeiffer*, punto 113.

derivazione comunitaria⁴¹. Si tratta di una *fictio*, giacché apparentemente il giudice applica la norma interna: ciò consente di evitare di incorrere in quelli che, secondo la Corte, sono i motivi per cui debbono essere esclusi gli effetti diretti cd. orizzontali⁴². Tuttavia, ciò che si realizza non è differente da qualunque altra situazione in cui norme interne e norme comunitarie vengono in conflitto: anche qui il meccanismo non potrebbe operare con tale efficacia senza che alla norma comunitaria venga riconosciuta la prevalenza su quella interna⁴³. Quanto appena detto merita tuttavia una precisazione: si tratta di una prevalenza diversa da quella della norma comunitaria direttamente applicabile. Infatti, l'interpretazione conforme non può "prevalere" *contra legem*, sebbene, come detto⁴⁴, la Corte sembra intendere tale limite in modo molto restrittivo. Quanto dianzi riportato è comunque sufficiente a fissare un primo punto: il principio del primato del diritto comunitario, pur non costituendo il presupposto dell'obbligo di interpretazione conforme, è ad esso

⁴¹ Non è un caso che sovente le domande pregiudiziali, sulla scorta delle quali poi la Corte afferma l'obbligo di interpretazione conforme, siano formulate dal giudice nazionale per conoscere "quale possa essere, sulla base della corretta applicazione dell'ordinamento comunitario, il diverso meccanismo da utilizzare per ottenere l'eliminazione dall'ordinamento nazionale delle norme interne difformi da quelle comunitarie". Così si esprime il giudice *a quo* nella causa *Arcao* come riporta l'Avvocato generale Elmer nelle sue conclusioni del 14 marzo 1996, *Raccolta*, p. I-4710, punto 13. Esattamente in termini di contrasto si esprime quest'ultimo (*ivi*, p. I-4715, punto 37) laddove afferma che "[l]'unico mezzo che il diritto comunitario offre ai giudici nazionali per evitare il contrasto fra il diritto nazionale e quello comunitario nei casi in cui una direttiva non correttamente trasposta non abbia efficacia diretta è il principio interpretativo". Così pure il giudice *a quo* nella sentenza *Centrosteel*, come riporta l'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni del 16 marzo 2000, *Raccolta*, p. I-6017, punto 33. In tal senso cfr. anche F. M. Di MAJO, *op. cit.*, p. 512.

⁴² La Corte, fin dalla sentenza *Marshall*, p. 749, punto 48, li esclude facendo leva sulla circostanza che le direttive sono rivolte solo agli Stati membri: tale obiezione non varrebbe evidentemente per le norme interne. Nel senso che solo lo Stato risponda dell'obbligo di adempiere le direttive si veda R. MONACO, *L'esecuzione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2327. *Amplius*, cfr. nota 27. La Corte ricorre pure al principio della certezza del diritto, il quale subirebbe un *vulnus* se si consentissero gli effetti diretti orizzontali: anche in tal caso, l'obiezione non è opponibile alle norme interne. Come sottolineato da G. BETLEM, *op. cit.*, *passim* ma spec. p. 402, il ragionamento della Corte è contraddittorio: essa infatti – sostiene l'Autore – crea maggiore incertezza con la propria giurisprudenza sull'interpretazione conforme di quanta non ne riesca a scongiurare con l'esclusione degli effetti diretti orizzontali.

⁴³ Sulla contiguità tra primato del diritto comunitario e obbligo di interpretazione conforme si veda anche F. TERESI, *op. cit.*, p. 792, il quale, commentando la sentenza *Marleasing*, esplicitamente afferma: "[q]ui la teoria del 'primato', cara alla Corte, diventa canone interpretativo generale per qualsiasi tipo di atto normativo comunitario, a prescindere dalla sua immediata applicabilità o dalla sua diretta efficacia". In tal senso sembra esprimersi anche D. CURTIN, *op. cit.*, p. 725. Altri sostengono quanto sopra in modo meno esplicito: tra questi, si vedano O. PALLOTTA, *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *RIDPC*, 2005, p. 270; S. PRECHAL, *Annotation to Case Pfeiffer et al.*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1457 s., tuttavia, esclude un vero e proprio coinvolgimento del primato del diritto comunitario, salvo poi (*ivi*, p. 1462) affermare che l'obbligo di interpretazione conforme conduce ad una disapplicazione *de facto* delle norme interne incompatibili. Anche L. DANIELE, *op. cit.*, c. 177, non manca di notare tale contiguità, pur evidenziando alcune differenze. *Contra* la tesi qui proposta, si veda M. ZULEEG, *op. cit.*, p. 150, il quale tuttavia esclude solo un primato di validità, ma non un primato di applicazione.

⁴⁴ Cfr. nota 39.

contiguo: ciò è vero perché l'obbligo menzionato non avrebbe la penetrazione descritta ove non fosse già consolidato il principio del primato del diritto comunitario (direttamente applicabile). Ma c'è di più. Vi è tra essi un comune terreno teleologico, il quale consente di aprire uno scenario anche più ampio.

Appare infatti chiaro che, nell'affermare tanto il primato quanto l'obbligo di interpretazione conforme, la Corte sia animata dalla necessità di dare la maggiore efficacia possibile alle norme comunitarie. Non pochi elementi depongono in questa direzione. Un primo è costituito dall'esplicito richiamo alla finalità in discorso operato dalla Corte in alcune pronunce relative sia al primato che all'interpretazione conforme⁴⁵. Si deve inoltre porre mente al fatto che, secondo la Corte, tanto l'obbligo di disapplicare la norma interna confliggente quanto quello di interpretarla in modo conforme alla norma comunitaria sono caratteristiche "inerenti" al sistema⁴⁶. Infine, per entrambi i filoni giurisprudenziali la Corte ha richiamato un'interpretazione "utile" del rinvio pregiudiziale, affermando che la tutela giurisdizionale dei singoli non sarebbe piena ed effettiva ove non si desse alle norme comunitarie la massima efficacia possibile⁴⁷. La combinazione di questi argomenti rivela la ragione decisiva per cui l'obbligo di interpretazione conforme assume nel diritto comunitario una maggiore estensione rispetto al diritto internazionale: la specifica natura del controllo giurisdizionale cui le norme soggiacciono nel sistema europeo. In effetti, la piena efficacia delle norme non è una prospettiva che appartiene unicamente al diritto comunitario: ciò che lo contraddistingue rispetto al diritto internazionale è proprio il *modo* attraverso cui detta necessità viene garantita. Un palese riscontro di ciò si rinviene nella sentenza *van Gend & Loos* laddove essa, nella ricerca di un fondamento all'affermazione secondo cui quello comunitario è "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"⁴⁸, ne individua, tra i principali, precisamente la propria competenza pregiudiziale⁴⁹. In definitiva, la ragione essenziale per cui il giudice interno, posto di fronte alla norma comunitaria, è obbligato a spingersi più in là di quanto non debba sulla base del diritto internazionale è costituita dal fatto che la Corte di giustizia, per varie ragioni che

⁴⁵ Sentenze *Simmenthal*, p. 644, punto 24, *Johnston*, p. 1690, punto 53, e *Pfeiffer*, punti 111, 114 e 118. In tal senso, benché in modo meno esplicito, anche la sentenza *Costa*, p. 1144 s.

⁴⁶ Si vedano le sentenze *Simmenthal*, p. 644, punto 22, e *Pfeiffer*, punto 114.

⁴⁷ Cfr. le sentenze *Simmenthal*, p. 644, punto 20, e *Pfeiffer*, punti 111, 114 e 118. In dottrina si vedano F. M. DI MAJO, *op. cit.*, p. 508; A. TIZZANO, *op. cit.*, c. 23; L. SCAMBIATO, *op. cit.*, p. 1034; S. DRAKE, *op. cit.*, p. 335.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos (van Gend & Loos)*, *Raccolta*, p. 23. Si noti che, come rileva anche G. TESAURO, *op. cit.*, p. 189, il passaggio menzionato sopra viene ripetuto dalla Corte, che contestualmente richiama anche l'allora art. 5 TCE, in modo quasi identico nella sentenza *Costa*, p. 1144, mentre in modo esplicito l'Avvocato generale Reischl, nelle sue conclusioni nella causa *Simmenthal*, p. 651, fa espresso riferimento alla sentenza *van Gend & Loos* per affermare l'immediata disapplicabilità delle norme interne configgenti con quelle comunitarie.

⁴⁹ Sentenza *van Gend & Loos*, p. 23 s.

vanno anche oltre il dato giuridico-formale, ha elaborato un insieme originale di strumenti particolarmente incisivi per integrare il diritto comunitario negli ordinamenti nazionali.

Ciò è confermato da molti passaggi della giurisprudenza della Corte. Per limitarci alle problematiche affini a quella affrontata dalla sentenza *Pupino*⁵⁰, si possono qui brevemente menzionare la giurisprudenza sull'effetto diretto, per affermare la quale la Corte ha fatto ricorso al principio della piena efficacia⁵¹, e quella sulla responsabilità dello Stato nei confronti del singolo per violazione del diritto comunitario, una caratteristica – secondo la Corte – “inerente” al sistema, analogamente al primato e all'interpretazione conforme, e per affermare la quale essa ha nuovamente fatto leva sull'art. 10 TCE e sulla necessità di garantire la piena efficacia delle norme comunitarie⁵². Non è un caso che, secondo autorevole dottrina, la detta norma abbia avuto “una delle applicazioni più rilevanti e significative [...], vera e propria chiave di volta di numerosi e fondamentali passaggi della giurisprudenza” in quella elaborata dalla Corte per “garantire la portata e l'effettività del sistema giuridico comunitario e con questo la piena efficacia dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie”⁵³. Si potrebbe anzi affermare, come pure è stato fatto⁵⁴, che la giurisprudenza dianzi citata abbia reso i giudici nazionali il fulcro di un sistema che li investe di funzioni non solo

⁵⁰ Su detta affinità si veda L. DANIELE, *Tendenze attuali della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norme direttamente efficaci*, in *DCSI*, 1995, p. 219 ss. In dottrina c'è anche chi, come P. MANIN, *op. cit.*, p. 669 ss., a fronte del profondo legame teleologico dei summenzionati rimedi, ha proposto di classificarli all'interno di una stessa teoria unificata dell'invocabilità delle norme contenute nelle direttive.

⁵¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, *Raccolta*, p. 1348, punto 12, la sentenza della Corte di giustizia del 1° febbraio 1977, causa 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, *Raccolta*, p. 127, punto 23, e la sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, *Raccolta*, p. 70 s., punto 23.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich c. Repubblica Italiana e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana (Francovich)*, *Raccolta*, p. I-5414 ss., punto 33 ss. *Amplius* si vedano L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 232 ss.; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, p. 241 ss.

⁵³ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 111 s. In tal senso si vedano pure F. M. DI MAJO, *op. cit.*, p. 502; A. TIZZANO, *op. cit.*, c. 19 ss.; F. TERESI, *op. cit.*, p. 787 s.; S. DRAKE, *op. cit.*, p. 332 ss.

⁵⁴ Nel senso che l'obbligo suddetto comporti un'attuazione in via giudiziaria delle direttive si vedano L. DANIELE, *Novità in tema*, cit., c. 177; W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 346; F. M. DI MAJO, *op. cit.*, p. 513 e p. 518. *Adde* O. PALLOTTA, *op. cit.*, p. 270, secondo cui, con l'interpretazione conforme, si sarebbe delineato un “perenne adattamento, in via ermeneutica, del diritto nazionale a quello europeo”. Di opinione non dissimile F. TERESI, *op. cit.*, p. 793, secondo cui “[i]n questo modo al giudice nazionale viene attribuito una sorta di sindacato diffuso sulle leggi nazionali alla stregua della normativa comunitaria, molto più incisivo e più ampio di quello ad esso attribuito dalla stessa Corte di giustizia e dalla nostra Corte costituzionale relativamente all'applicazione della normativa comunitaria direttamente efficace”.

applicative del diritto comunitario, finalizzate all'obiettivo di renderne l'integrazione negli ordinamenti nazionali il più possibile piena ed efficace.

In definitiva, esiste una evidente primogenitura della giurisprudenza sull'interpretazione conforme ed è quella costituita dai principi enunciati nella sentenza *van Gend & Loos*, in particolare laddove essa ha individuato nel rinvio pregiudiziale una delle ragioni per cui quello comunitario è "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale"⁵⁵. Si vuole dire, in altre parole, che l'obbligo di interpretazione conforme è un precipitato, assieme a tutta la giurisprudenza finalizzata a garantire la piena efficacia del diritto comunitario, del carattere proprio di questo sistema, così come è stato descritto nella sentenza *van Gend & Loos*. È nei principi in essa affermati che deve rinvenirsi la forza particolarmente penetrante che all'art. 10 TCE la Corte riconosce⁵⁶. Pur ricorrendo agli articoli 249, comma 3 e 10 TCE, essa si è avvalsa, nell'affermare l'obbligo di interpretazione conforme, dei tipici e consolidati caratteri del diritto comunitario. Senza di essi, né da una parte l'obbligo in questione avrebbe quella particolare forza, dettata dall'obiettivo di assicurare, in fatto, il primato; né, dall'altra, il giudice nazionale potrebbe fare ricorso a regole procedurali diverse da quelle prescritte dall'ordinamento interno. In altre parole, il *quid pluris* che contraddistingue l'obbligo in discorso rispetto al diritto internazionale si deve esclusivamente alla peculiare natura del diritto comunitario e, particolarmente, agli originali caratteri della tutela giurisdizionale affidata alla Corte di giustizia.

4. Alla luce di ciò, si possono fare alcune considerazioni sullo "sconfinamento" dell'obbligo di interpretazione conforme nel terzo pilastro. Anzitutto, quanto al carattere vincolante delle decisioni quadro, si può solo rammentare che esse, come le direttive, non sono direttamente applicabili. Le differenze, che pure esistono tra questi due atti, non inficiano la loro comune idoneità a creare obblighi di risultato in capo agli Stati⁵⁷. Quella più rilevante è l'esclusione esplicita,

⁵⁵ Sentenza *van Gend & Loos*, p. 23.

⁵⁶ In tal senso, si veda S. DRAKE, *op. cit.*, p. 334 s.

⁵⁷ Le differenze sono messe in evidenza da M. CONDINANZI, *Commento all'art. 34 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 135 ss. La principale consiste nell'esclusione, per le decisioni quadro, dell'effetto diretto. Sia detto peraltro, solo per inciso, che l'art. 34 TUE, come fa notare lo stesso A. (*ivi*, p. 138), pur escludendo l'effetto diretto, non dice in cosa esso consista. In tal senso, non sono mancate le critiche di chi, come S. PRECHAL, *Annotation to*, cit., p. 1463, e S. DRAKE, *op. cit.*, p. 330, ha contestato agli autori del Trattato costituzionale di non avere colto l'occasione per eliminare le ambiguità relative agli effetti diretti. L'altra differenza tra i due atti in questione, che pure non va tralasciata, è che, come sostiene lo stesso M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 136 s., le decisioni quadro non potrebbero essere "dettagliate", al pari delle direttive "dettagliate", già comunque oggetto di critica da parte della dottrina (vedi, *ex pluribus*, B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità Economica Europea*, in *RDIPP*, 1972, p. 226 ss.). Sulla questione dell'ammissibilità delle decisioni quadro "dettagliate" potrebbe dire qualcosa in più l'esito di un ricorso attualmente pendente di fronte alla Corte, in causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, già citato in nota 2. In esso, infatti, il giudice *a quo* chiede se la decisione quadro 2002/584/GAI, cit., che effettivamente sembra porre norme di dettaglio, sia

per le decisioni quadro, dell'effetto diretto: essa tuttavia non incide né sul carattere vincolante di tali atti, né tanto meno sull'obbligo di interpretazione conforme, giacché quest'ultimo prescinde, come pure riconosce la prevalente dottrina⁵⁸, dall'effetto diretto. E, in verità, la Corte non insiste molto su questo punto⁵⁹. È nel tentativo di spiegare *perché* l'obbligo di leale collaborazione assuma nel terzo pilastro lo stesso significato che ha nel primo che la Corte offre gli spunti più interessanti. Il ragionamento si dipana attraverso tre passaggi: innanzitutto, essa esclude, rispondendo alle obiezioni britanniche e svedesi, che il terzo pilastro abbia un carattere esclusivamente intergovernativo. Si capisce che tale affermazione è necessaria: se esso, infatti, si collocasse nel diritto internazionale "classico", un obbligo come quello in parola andrebbe escluso⁶⁰.

La Corte fa ricorso, inoltre, al corrispettivo dell'art. 10 TCE nel TUE: respingendo le obiezioni dei governi britannico e italiano, che ritengono non vi sia nel TUE una norma analoga a quella contenuta nell'art. 10 TCE, essa dichiara di poter individuare tale norma nell'art. 1 TUE. La Corte dunque afferma che, "nel processo di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa ai sensi dell'art. 1, secondo comma, UE, è perfettamente comprensibile che gli autori del Trattato sull'Unione europea abbiano ritenuto utile prevedere, nell'ambito del titolo VI di tale Trattato, il ricorso a strumenti giuridici che comportano *effetti analoghi* a quelli previsti dal Trattato CE, al fine di contribuire efficacemente al perseguimento degli obiettivi dell'Unione"⁶¹. Si tratta di un passaggio fondamentale, giacché in esso la Corte dimostra di seguire la stessa strada percorsa nel pilastro comunitario: non è un caso che essa faccia riferimento non già solamente all'art. 10 TCE, ma agli "effetti analoghi" previsti dal Trattato.

Tale ragionamento è tanto più rilevante se si pone mente al fatto che, nel terzo pilastro, sia tutt'altro che "comprensibile" che gli Stati abbiano voluto realizzare un meccanismo analogo a quello del sistema comunitario. Si potrebbero anzi citare, a confutazione, vari argomenti: l'esclusione dell'effetto diretto

in contrasto con l'art. 34, par. 2, lett. b) TUE. Sulle decisioni quadro cfr. pure I. SATTÀ, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e i rapporti con i Paesi terzi*, in G. BONVICINI, G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 233 ss.

⁵⁸ Si vedano L. SCAMBIATO, *op. cit.*, p. 1035; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, cit., p. 184. Secondo G. BETLEM, *op. cit.*, p. 399, l'obbligo in discorso sarebbe non solo autonomo rispetto all'effetto diretto, ma andrebbe assolto, dai giudici interni, *prima* che quello venga constatato sulle singole norme; la qual cosa, tuttavia, non sembra corrispondere completamente alla giurisprudenza della Corte, la quale sovente si domanda prima se sussista l'effetto diretto e poi se le norme interne possano interpretarsi alla luce di quelle comunitarie inattuatae o non correttamente attuate (si vedano le sentenze *Kolpinghuis*, p. 3986, *Marleasing*, p. I-4158, e *Pfeiffer*, punti 106-107; *contra* e a favore della tesi dell'A. si vedano la sentenza *Johnston*, p. 1690 s., come pure le osservazioni proposte dalla difesa della Marshall e riportate dall'Avvocato generale Slynn nelle sue conclusioni del 18 settembre 1985, nella causa omonima, *Raccolta*, p. 727).

⁵⁹ Sentenza *Pupino*, punti 33-34.

⁶⁰ Si veda *supra*, in nota 23.

⁶¹ Sentenza *Pupino*, punto 36 (corsivo aggiunto).

per le decisioni quadro⁶²; la ristretta competenza della Corte⁶³; l'assenza di una procedura di infrazione⁶⁴; il ruolo marginale del Parlamento europeo nell'adozione degli atti⁶⁵; la circostanza che, nel prevedere il passaggio di alcune materie dal vecchio pilastro GAI a quello comunitario, il Trattato di Maastricht abbia escluso quelle previste nell'attuale terzo pilastro⁶⁶. Si tratta di elementi che dimostrano, con tutta evidenza, il carattere marcatamente intergovernativo del terzo pilastro: appare pertanto che l'affermazione di "effetti analoghi" a quelli comunitari in questo contesto sia, quantomeno, azzardata. Non è un caso che molti Stati membri si siano preoccupati, sfruttando la possibilità contemplata dall'art. 35 TUE, di presentare le proprie osservazioni alla Corte sulla questione affrontata con la sentenza in commento⁶⁷. D'altra parte, ulteriore argomento a conforto della diversa incisività delle norme derivate del terzo pilastro rispetto a quelle comunitarie lo fornisce la Corte stessa laddove, anziché ricorrere alla formula, usata nella precedente sentenza *Pfeiffer*⁶⁸, di un obbligo di interpretazione conforme "inerente" al sistema, omette questa espressione a favore di un più prudente ricorso all'art. 1⁶⁹.

Decisivo, invece, appare l'argomento che la Corte mette innanzi in un successivo passaggio. Affermando che, ove si negasse che le norme contenute nelle decisioni quadro inattuata debbano fornire un riferimento interpretativo per il giudice interno, la competenza pregiudiziale nel terzo pilastro finirebbe per essere "privata dell'aspetto essenziale del suo effetto utile"⁷⁰, la Corte ricorre ad un

⁶² Su cui vedi *supra*, in nota 57.

⁶³ Sul punto si vedano I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.; L. DANIELE, *Commento all'art. 35 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., p. 142 ss.

⁶⁴ Questo elemento è particolarmente significativo, se si pone mente alla circostanza che proprio la procedura di infrazione è lo strumento attraverso cui la mancata o non corretta attuazione delle direttive da parte degli Stati è sanzionata. Si veda F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, p. 195 ss.

⁶⁵ Ezzo, in base all'art. 34 TUE, deve essere solo consultato, salvo che per l'adozione di posizioni comuni, per le quali il Consiglio procede senza il parere del PE.

⁶⁶ Così imponeva l'art. K.9 TUE, che escludeva dalla "passerella" i numeri 7, 8 e 9 dell'allora art. K.1: appunto le materie oggi mantenute nel terzo pilastro. Per la verità, un passaggio al pilastro comunitario, e precisamente al titolo IV, è oggi previsto per tutti i settori contemplati dall'art. 29 TUE, come prevede l'art. 42 TUE così come modificato dal Trattato di Amsterdam.

⁶⁷ L'art. 35, par. 4 TUE prevede una facoltà di ogni Stato membro di presentare memorie od osservazioni scritte nei procedimenti pregiudiziali. Peraltro, nella sentenza *Pupino*, punto 37, la Corte ne trae argomento per affermare l'importanza della competenza pregiudiziale nel terzo pilastro, respingendo le obiezioni britanniche e svedesi vertenti sul carattere marcatamente intergovernativo del medesimo. In effetti, tale disposizione avvicina la competenza pregiudiziale del titolo VI a quella del primo pilastro, nel quale gli Stati membri hanno lo stesso diritto in base all'art. 23 dello Statuto della Corte.

⁶⁸ Sentenza *Pfeiffer*, punto 114.

⁶⁹ Questa è pure l'opinione espressa da S. PRECHAL, *Annotation to*, cit., p. 1461.

⁷⁰ Sentenza *Pupino*, punto 38. Sull'importanza del criterio dell'effetto utile nella giurisprudenza volta a dare piena efficacia al diritto comunitario si veda A. TIZZANO, *La tutela dei privati*, cit., c. 23.

argomento affine a quello su cui aveva fatto leva nella sentenza *van Gend & Loos*⁷¹. Cioè a dire, essa coerentemente riconosce all'obbligo di interpretazione conforme la funzione, che pure esso tipicamente svolge nel diritto comunitario, di assicurare la piena efficacia delle norme derivate del terzo pilastro. E d'altra parte, l'applicazione del criterio dell'effetto utile alla competenza pregiudiziale è il solo modo per poter evitare che il terzo pilastro rimanga confinato, come pure la Corte ha giustamente negato, nel diritto internazionale "classico". In particolare, l'assenza della procedura di infrazione renderebbe, ove si negasse l'obbligo di interpretazione conforme, praticamente impossibile sanzionare l'inadempienza statale nell'eseguire le decisioni quadro⁷². In definitiva, sebbene in modo più cauto che nelle analoghe pronunce vertenti sulle direttive, la Corte dimostra di ispirarsi allo stesso principio: facendo leva sugli stessi argomenti formali, essa mira ad assicurare la piena efficacia al diritto europeo.

5. Conclusivamente, la sentenza *Pupino* induce ad avanzare alcune riflessioni più generali. Con la soluzione in essa adottata, la Corte rischia di consentire l'ingresso nel terzo pilastro di un principio dalle conseguenze forse più ampie e penetranti di quelle che l'obbligo di interpretazione conforme comporta. Se è vero, infatti, che quest'ultimo trae in qualche modo la propria *ratio* dal principio della piena efficacia del diritto comunitario, non sarebbe azzardato ipotizzare che quest'ultimo trovi ingresso, con modalità analoghe, anche nei pilastri inter-governativi. D'altra parte, la sentenza in commento, se letta come qui proposto, si inscriverebbe in un generale processo di "comunitarizzazione" del terzo pilastro. Infatti, da una parte esso è già stato oggetto di revisioni che lo hanno avvicinato al diritto comunitario⁷³, dall'altra la stessa "Costituzione europea" ha compiuto notevoli passi in questa direzione. Essa, infatti, da un lato non distingue più tra pilastro e pilastro e, dall'altro, afferma in modo esplicito il primato del diritto europeo⁷⁴.

Infine, può farsi una seconda osservazione: in merito al caso deciso nella sentenza in oggetto, la Corte costituzionale italiana ha avuto l'occasione per anticipare la pronuncia della Corte di Lussemburgo. Lo stesso g.i.p. che ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione conforme aveva, tempo addietro e nella stessa causa, chiesto alla Consulta se le norme di rito fossero, nella misura in cui non consentivano il ricorso all'incidente probatorio in casi che pure lo meritavano, illegittime sotto il profilo costituzionale⁷⁵. Per la

⁷¹ Sentenza *van Gend & Loos*, p. 23 s.

⁷² Si veda *supra*, in nota 64.

⁷³ Si pensi a quelle introdotte con il Trattato di Amsterdam.

⁷⁴ Art. I-6 della Costituzione per l'Europa. Sul punto si veda L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea dal piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*, Milano, 2004, p. 185.

⁷⁵ La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità proposta dal g.i.p. del Tribunale di Firenze nel caso *Pupino* con sentenza 18 dicembre 2002, n. 529, pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, c. 32 ss., con commento in nota di G. ARMONE. Il giudice lamentava il contrasto delle norme di rito con gli articoli 1 e 2 Cost. e, come si legge nella sentenza, "[a] sostegno dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati", il g.i.p. menzionava proprio la decisione quadro

verità, il giudice delle leggi fa leva su un ragionamento ineccepibile⁷⁶. Ma è ciò che esso in qualche modo sottende che fornisce un ulteriore e finale elemento di interesse sulla vicenda. La Corte costituzionale, infatti, nel negare fondatezza alla questione di legittimità, afferma che “solo il legislatore potrebbe apprezzare”⁷⁷ l’opportunità di assumere la testimonianza del minore a breve distanza dal fatto. Appunto, solo il legislatore: ciò costituisce una prova indiretta, autorevole e non programmata della circostanza che la ragione essenziale per cui l’obbligo di interpretazione conforme è transitata dal diritto comunitario al terzo pilastro non deve essere cercata nelle puntuali norme che la Corte di giustizia, pur correttamente, richiama, ma nel carattere del sindacato che essa ha svolto e svolge nell’evoluzione del diritto europeo. Isolare questo dato consente soprattutto di formulare un’ipotesi conclusiva: se, come qui si è finora prospettato, la Corte si è mossa con la sentenza in commento nella stessa direzione e con strumenti analoghi a quelli utilizzati nel pilastro comunitario per assicurare una piena integrazione di quello negli ordinamenti nazionali, non si può escludere che essa farà lo stesso nel terzo pilastro. Anzi, molti elementi lasciano supporre che la Corte possa proseguire nella stessa direzione: per fare un esempio, è ipotizzabile l’approdo ad una giurisprudenza sulla responsabilità degli Stati membri simile a quella contenuta nella sentenza *Francovich*⁷⁸. Per verificare questa ipotesi finale, che la sentenza *Pupino* sembra suggerire, occorrerà tuttavia attendere gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte.

del Consiglio 15 marzo 2001. Ora, i giudici costituzionali respingono le rimostranze mosse dal g.i.p. con argomenti per certi versi criticabili (in tal senso si esprimono L. CAMALDO, G. DI PAOLO, *La Corte costituzionale nega l’estensione dell’incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 870 ss.), ma – ed è ciò che più sorprende – non tengono in minima considerazione l’eventualità che le norme interne contrastino, come pure veniva sostenuto nell’ordinanza di rinvio, con la normativa europea. Per un ulteriore commento alla pronuncia in questione, si veda anche G. DI CHIARA, *Incidente probatorio ‘allargato’ e testimonianze del minore infrasedicenne*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 172 s.

⁷⁶ In sostanza, la Corte afferma che l’impossibilità di ricorrere all’incidente, nel caso di specie, avrebbe come unica conseguenza quella di compromettere la genuinità della prova. La tutela della personalità del minore, infatti, sarebbe egualmente garantita dalla possibilità, questa sì ammessa dalla legge, che si ricorra a modalità “protette” di assunzione della testimonianza nel dibattimento (cfr. sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2002, cit., c. 34 s.). Quanto alla genuinità della prova, la Corte aggiunge (*ivi*, c. 35) che, se è vero che essa rappresenta un interesse costituzionalmente garantito, ciò non è altrettanto vero per “lo specifico strumento, consistente nell’anticipazione, con incidente probatorio, delle testimonianze in questione”.

⁷⁷ *Ivi*, c. 34.

⁷⁸ Sentenza *Francovich*, p. I-5357 ss.



Recensioni

P. Mengozzi (a cura di)

Casi e materiali di Diritto Comunitario e dell'Unione Europea



L'opera curata dal prof. Paolo Mengozzi – ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna e, dal 1998, giudice del Tribunale di primo grado –, giunta alla quarta edizione, a distanza di vent'anni dalla prima (apparsa per i tipi della casa editrice bolognese ULEB prima di passare alla CEDAM) costituisce un "classico" tra i testi dedicati all'approfondimento del diritto comunitario e si presenta come complementare rispetto al manuale dello stesso A., la cui prima edizione risale al 1990. L'opera, come nel passato, è suddivisa in tre Parti, a loro volta articolate in sezioni e sottosezioni, ma si presenta profondamente rinnovata nei contenuti, in linea con l'incessante sviluppo del diritto comunitario e, nonostante l'inevitabile approccio selettivo, costituisce un utile strumento e una guida per orientarsi tra i numerosissimi atti comunitari e l'altrettanto copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado. In questa direzione si pone l'idea del curatore dell'opera, per il quale il diritto comunitario e le novità da esso prodotte nei sistemi giuridici degli Stati membri costituiscono un bagaglio di conoscenze "più che mai necessario per ogni operatore del diritto che voglia essere all'altezza dei tempi" (p. 1).

Nella Parte prima, dedicata agli atti e documenti comunitari, accanto alle versioni consolidate dei Trattati è riprodotto il Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 che adotta una Costituzione per l'Europa. In questa Parte si segnalano l'assai aggiornata sezione dedicata alla disciplina della concorrenza e quella sul sistema giudiziario, dal taglio eminentemente pratico, come nel caso della *nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*, contenente suggerimenti "utili al fine di evitare alla Corte le difficoltà alle quali viene talvolta confrontata" (p. 337), e dei *consigli per gli avvocati ed agenti ai fini della fase scritta del procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado*, comprendenti precisi richiami alla chiarezza e alla semplicità, considerato anche il problema della traduzione in più lingue degli atti di causa (p. 370).

La Parte seconda si occupa invece del contributo della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado all'affermazione delle competenze comunitarie e alla precisazione dei caratteri e dei principi del diritto comunitario ed è articolata in quattro sezioni dedicate rispettivamente a: i caratteri del diritto delle

Comunità europee; i principi del diritto delle Comunità europee; il sistema giudiziario comunitario; le relazioni esterne della Comunità europea. Questa seconda Parte, interamente composta di brani di pronunce giurisprudenziali – la più recente è del 21 settembre 2005 – si pone come il “cuore” dell’opera e comprende passi tratti da poco meno di 200 pronunce. A proposito della giurisprudenza, pur restando l’impianto dell’opera in gran parte conforme all’impostazione delle precedenti edizioni, si segnalano il profondo aggiornamento di quella relativa a tematiche risalenti, come la tutela dei diritti dell’uomo o la libertà di stabilimento, e l’individuazione di nuove “questioni”, con particolare riferimento alla libera circolazione dei capitali e alla *golden share*, al controllo giurisdizionale di valutazioni di ordine economico della Commissione e al sistema del commercio internazionale. Nella consultazione della giurisprudenza appaiono di grande utilità, anche nella quarta edizione, i due *Indici – cronologico e sistematico* – collocati alla fine dell’opera, dai quali emerge tra l’altro che la “storica” pronuncia in via pregiudiziale resa nel caso *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte* non solo è la prima in ordine cronologico tra quelle inserite nell’opera, ma è anche la più citata (rispettivamente alle pp. 497, 535 e 800).

La terza ed ultima Parte è relativa all’applicazione del diritto comunitario in Italia e comprende, oltre ad un richiamo dei passaggi fondamentali che hanno portato la giurisprudenza costituzionale a riconoscere la prevalenza del diritto comunitario, l’aggiornamento del sistema normativo italiano in materia. Al proposito, oltre alle note modifiche al Titolo V della seconda parte della Costituzione, approvate con la legge costituzionale n. 3 del 2001, e alla successiva legge n. 131 del 5 giugno 2003 che ne ha dato esecuzione, viene riprodotta la legge n. 11 del 4 febbraio 2005, che ha sensibilmente modificato i modi di adattamento del diritto italiano al diritto comunitario, abrogando la disciplina posta dalla precedente legge “La Pergola” (n. 86 del 1989).

In definitiva, la quarta edizione dell’opera curata dal prof. Mengozzi si conferma come uno strumento aggiornato e completo e, attraverso un approccio sistematico al diritto comunitario e al diritto dell’Unione europea e alla relativa giurisprudenza, risulta certamente di grande interesse ed utilità per gli operatori del diritto.

Ivan Ingravallo

G. Tesauro

Diritto comunitario



La quarta edizione del *Diritto comunitario* di Giuseppe Tesauro, attualmente giudice della Corte costituzionale e, come è noto, già autorevole Avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee, si pone nel segno della continuità rispetto alle edizioni precedenti. Del resto, come lo stesso A. avvisa nella *Premessa*, si tratta di “un aggiornamento, non di più, in attesa che modifiche di più consistente rilievo vengano introdotte nel sistema”.

L’analisi resta dunque incentrata, almeno per il momento – e fatta salva la possibilità di futuri ampliamenti, come lasciano intendere le stesse parole della *Premessa* –, sul pilastro comunitario. Quanto a tale delimitazione del campo di indagine, ricordiamo brevemente che essa si ricollega alla scelta metodologica, indicata dall’A. nella *Premessa* alla prima edizione – e confermata in quelle successive –, di considerare il sistema guardandolo “dal lato del cittadino e delle sue possibilità di far valere ... i diritti che da quel sistema derivano”, sicchè il pilastro comunitario viene privilegiato poiché è “quello che incide con evidenza e immediatezza” sulle situazioni giuridiche dei cittadini comunitari (cfr. la *Premessa* alla terza edizione). In base a tale scelta metodologica, anche in questa edizione, un esame di tipo “essenziale” viene dedicato alla struttura istituzionale (cfr. sul punto la *Premessa* alla prima edizione), mentre più ampia considerazione trovano – oltre che il sistema normativo – gli aspetti concernenti, segnatamente, la tutela giurisdizionale, le quattro libertà fondamentali, la concorrenza.

L’aggiornamento puntuale e completo della materia operato dalla nuova edizione risulta immediatamente percepibile laddove esso si traduce nell’inserimento di nuovi paragrafi. È questo il caso del Cap. III, in cui il par. 8 dà conto, facendo riferimento agli istituti del *riesame* e del *rinvio*, dei cambiamenti introdotti dal Trattato di Nizza nel sistema giurisdizionale comunitario; come pure del Cap. VII, relativo alla disciplina della concorrenza. In tale materia, che risulta in linea generale ampiamente rivisitata a seguito delle modifiche apportate alla stessa dal regolamento 1/2003, trovano spazio, in particolare, il par. 17, sulle decisioni che, secondo l’anzidetto regolamento, la Commissione può assumere a seguito dell’avvio di una procedura formale per l’applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato e sui relativi poteri sanzionatori, nonché il par. 20, sulla disciplina dei rapporti tra normativa comunitaria e normative nazionali di concorren-

za. A prescindere, però, dai casi anzidetti di percezione visiva immediata, la nuova edizione, come già rilevato, considera compiutamente tutte le novità rinvenibili nel pilastro comunitario, siano esse derivanti da norme primarie; dalla giurisprudenza del giudice comunitario (cfr., ad esempio, le implicazioni della sentenza *Köbler* in tema di responsabilità degli Stati per inadempimento nei confronti del singolo); da atti di diritto derivato (si pensi, con riguardo alla libera circolazione delle persone, alla direttiva 2004/58/CE e ai richiami alle direttive sulla immigrazione, come pure, in tema di procedure di controllo degli aiuti di Stato, al regolamento della Commissione 79/2004 di applicazione del regolamento 659/99). Né mancano riferimenti, ove essi siano rilevanti, al diritto interno (è questo il caso della l. 11/2005).

Per il resto, l'edizione in parola conferma le consuete caratteristiche. Tenuto conto di quanto già detto circa gli aspetti ai quali lo stesso A. ha voluto riservare una considerazione "essenziale", essa si connota per esaustività e profondità di indagine, finezza di analisi, ricchezza di annotazioni critiche, andando ben al di là dei caratteri e dei confini propri di una trattazione manualistica. Un ulteriore pregio dell'opera è rappresentato dall'*Indice delle sentenze*, aggiornato con la più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale, il quale risulta utilissimo non solo perché riordina le sentenze in via cronologica, ma anche perché indica la pagina in cui esse vengono riportate e, dunque, la materia alla quale ineriscono.

In conclusione, la quarta edizione del *Diritto comunitario* si conferma quale significativo punto di riferimento per la conoscenza di tale diritto. Si tratta peraltro di un'opera che rappresenta un utile e incisivo strumento non solo per gli studenti, ma più in generale per gli operatori giuridici, ai quali offre oltre che una trattazione fine e compiuta della materia, altresì spunti per la soluzione dei problemi interpretativi da essa posti.

Antonietta Damato

A. Tizzano (a cura di)

Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea



Il volume curato dall'Avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee Antonio Tizzano arricchisce il panorama delle opere dedicate alla conoscenza e all'approfondimento dei temi dell'Unione e della Comunità europea, fornendovi un contributo di particolare pregio e utilità. Ciò fondamentalmente per due ordini di ragioni: la prima connessa ai caratteri, per così dire, strutturali propri di un commentario; la seconda legata alle caratteristiche intrinseche dell'opera.

Trattandosi di un commentario, l'opera in discorso non effettua tagli nella considerazione della materia, ciò a cui spesso sono costrette, data la vastità che quest'ultima ha ormai assunto, opere di respiro diverso. Il volume in parola raccoglie i commenti analitici a tutti gli articoli del TUE e del TCE nella versione consolidata con il Trattato di Nizza. Peraltro le annotazioni al cd. diritto primario dell'Unione vengono opportunamente precedute dal commento alla Carta europea dei diritti fondamentali, dato l'"alto valore politico-costituzionale" – come rilevato dal curatore nella *Prefazione* – che a tale documento va riconosciuto e all'incidenza di esso sulla prassi delle istituzioni comunitarie. Ciò che quindi contraddistingue in via immediata e diretta tale opera sono l'ampiezza e la completezza dell'indagine svolta.

I caratteri anzidetti di ampiezza e completezza non vanno intesi, però, come riferiti unicamente, da un punto di vista formale, all'ambito materiale di estensione del volume, bensì anche alle caratteristiche sostanziali di ciascuno dei contributi ivi riportati. Ed invero, i commenti alle singole norme risultano tutti contraddistinti da una ricostruzione puntuale e compiuta del senso e della portata delle norme stesse, tenendo conto del diritto derivato, della prassi e della giurisprudenza del giudice comunitario. Nonostante l'elevato numero di studiosi che hanno contribuito alla stesura del volume e la diversa sensibilità degli stessi (ricordiamo che essi provengono dall'università, dalle libere professioni, dalle istituzioni comunitarie), non viene intaccata l'armonia e la compattezza dell'opera che risulta complessivamente omogenea sotto il profilo della trattazione assolutamente esaustiva di ciascuno degli argomenti considerati e che sovente si arricchisce di interessanti spunti critici.

È evidente che anche l'opera qui recensita si scontra, come tutte le altre che si occupano del diritto dell'Unione europea, con le evoluzioni rapide e continue di tale materia. Ciò, però, non incide in alcun modo sul suo valore, poiché essa offre comunque allo studioso e all'operatore giuridico un esauriente quadro di riferimento sul quale eventualmente innestare gli aggiornamenti necessari. Analoghe considerazioni valgono per l'ipotesi in cui modifiche consistenti dovessero intervenire nel sistema giuridico dell'Unione europea (quali quelle prefigurate con la "Costituzione europea"). Date le caratteristiche anzidette, il commentario in parola è destinato a costituire un "classico" per chiunque si accosti al fenomeno dell'integrazione europea, così come è già avvenuto con il Commentario CEE curato da Quadri, Monaco e Trabucchi.

Antonietta Damato

Elenco delle abbreviazioni

- Cass. pen.* – Cassazione penale
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
DG – Diritto e giustizia
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. inf. – Il diritto dell'informazione e dell'informatica
DR – Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
DUE – Il diritto dell'Unione europea
ECLR – European Competition Law Review
EdD – Enciclopedia del diritto
EDP – Europa e diritto privato
EG – Enciclopedia giuridica Treccani
ELR – European Law Review
EPL – European Public Law
Fordham ILJ – Fordham International Law Journal
Foro it. – Il foro italiano
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
Giust. civ. – Giustizia civile
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly

- JDI* – Journal de droit international
LIEI – Legal Issues of European Integration
NGCC – La nuova giurisprudenza civile commentata
Pol. dir. – Politica del diritto
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
Recueil – Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (dal 1° gennaio 1996)
REDI – Revista española de derecho internacional
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
RFDA – Revue française de droit administratif
RIDC – Revue internationale de droit comparé
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. esec. forzata – Rivista dell'esecuzione forzata
Riv. trim. dir. proc. civ. – Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne
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)

Indice degli autori



VINCENZO STARACE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari

GIORGIO NAPOLITANO

senatore a vita

UGO VILLANI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma "La Sapienza"

GIANFRANCO VIESTI

straordinario di Economia applicata nell'Università degli studi di Bari

GIANDONATO CAGGIANO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di "Roma TRE"

GIUSEPPE MORGESE

dottorando nell'Università degli studi di Bari

ANGELA MARIA ROMITO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari

FRANCESCO CHERUBINI

dottorando nell'Università di Napoli "Federico II"

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

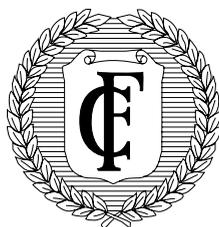
Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

La nobiltà della professione forense

ALPA Guido

368 Pagine
prezzo: 28,00 €



Sommario:

Il retaggio del passato. L'avvocato e le nuove fonti del diritto. La giustizia "privata". La disciplina della professione forense. La nuova fisionomia dell'avvocato.

Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale

MORO Aldo

764 Pagine
prezzo: 30,00 €



Sommario:

Presentazione di GIULIANO VASSALLI · Introduzione di FRANCESCO TRITTO · PARTE PRIMA - LA PENA E LE ALTRE SANZIONI GIURIDICHE · La pena. Le misure di sicurezza. Le sanzioni giuridiche diverse dalla pena. Sul carattere sanzionatorio del diritto penale: critiche e rilievi. · PARTE SECONDA - LA NORMA PENALE · Principi generali: il bene della vita come stella polare del sistema. Valore, bene giuridico e interesse nel diritto penale. La subiettivazione del diritto. Le due fasi della norma nel processo di subiettivazione. Il diritto soggettivo alla punizione e il potere giuridico penale dello Stato amministrazione. La pena come soggezione giuridica. Interpretazione e applicazione della norma penale. · PARTE TERZA - IL REO · Il soggetto nel sistema del diritto. Capacità giuridica e capacità di agire. Capacità giuridica penale e imputabilità. Le cause di incapacità. Capacità a delinquere e rilevanza della personalità del soggetto. I reati propri. La reiterazione criminosa. · PARTE QUARTA - IL REATO · Definizione del reato. Generalità e cenni sull'evoluzione della dottrina. Le note concettuali del reato. Il tentativo. · Congedo dagli studenti. · Appendici.

Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni

BUQUICCHIO Michele (a cura di)

307 Pagine
prezzo: 25,00 €



Sommario:

Presentazione (di M. BUQUICCHIO). Relazioni. Relazione introduttiva (di R. FITTO). Possibili modalità tecniche di esercizio del potere estero delle Regioni (di G. CASTELLANETA). Profili costituzionali del potere estero delle Regioni (di A. CHIAPPETTI). Conclusioni (di F. GABRIELE). Contributi: I rapporti delle Regioni con l'Unione Europea (di U. VILLANI). I rapporti internazionali delle Regioni: poteri, competenze, limiti (di E. SCISO). Devolution e regionalismo nel Regno Unito: nuove strutture istituzionali ed esperienze di politica estera (di A. TORRE). Regioni francesi e potere estero: una realtà virtuale? (di M. CALAMO SPECCHIA). La funzione di politica estera decentrata: profili comparati (di M. R. DE LEO). La «nuova» disciplina delle intese delle Regioni con enti territoriali esteri (di M. BUQUICCHIO). Gli uffici regionali di collegamento con l'Unione Europea nella tutela degli «interessi territoriali» (di G. LUCHENA). Le «nuove» Regioni tra «spazio» giuridico globale ed europeo (di V. TEOTONICO). Il treaty making power regionale tra novella costituzione e legge di attuazione. Spunti di riflessione (di C. MASTROPIERRO). Notizie sugli autori.

I conflitti di legge in materia di società

DAMASCELLI Domenico

160 Pagine
prezzo: 15,00 €



Sommario:

L'evoluzione della disciplina di conflitto delle società: dalle preleggi alla legge 31 maggio 1995 n. 218. L'individuazione della legge applicabile alle società nel sistema vigente. L'ambito di applicazione della lex societatis. La legge applicabile a trasferimento, fusione e scissione di società.

L'ONU e la crisi del Golfo

VILLANI Ugo

3^a ed.
318 Pagine
prezzo: 25,00 €



Sommario:

Prefazione. L'invasione del Kuwait del 1990 e le misure di sicurezza non implicanti l'uso della forza. L'intervento militare del 1991 autorizzato dal Consiglio di sicurezza. La cessazione delle ostilità. La guerra contro l'Iraq del 2003. L'occupazione dell'Iraq e la fase postbellica. Appendice: le risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Bibliografia.

Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata

CANNONE Andrea

254 Pagine
prezzo: 20,0 €



Sommario:

Introduzione. Le diverse forme di integrazione differenziata previste sino al Trattato sull'Unione Europea. Le diverse forme di integrazione differenziata nelle modifiche apportate al trattato sull'Unione Europea dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 e dal Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001. Le condizioni, il procedimento e l'attuazione delle cooperazioni rafforzate. Il controllo giurisdizionale. Le relazioni esterne delle cooperazioni rafforzate. Le cooperazioni rafforzate e le altre forme di integrazione differenziata nel Trattato di Roma del 26 ottobre 2004 che adotta una Costituzione per l'Europa. Bilancio e prospettive delle cooperazioni rafforzate. Bibliografia.

Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali

ANGELONI M. Marco, SENESE Angelo

278 Pagine
prezzo: 25,00 €



Sommario:

Presentazione. Introduzione. La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare di Montego Bay. Il diritto di inseguimento e la presenza costruttiva. I crimini internazionali ed il contrasto all'immigrazione clandestina via mare. Le zone intermedie e funzionali: la zona contigua. Le zone intermedie e funzionali: la zona economica esclusiva. Le zone intermedie e funzionali: la piattaforma continentale. La protezione dell'ambiente marino. La tutela del patrimonio archeologico sommerso. La qualificazione di nave da guerra nel diritto interno ed internazionale. I poteri coercitivi dello Stato costiero nel contrasto del traffico di droga via mare. Bibliografia. Indice analitico. Appendice normativa.

L'intermediazione in diritto internazionale privato

DE BELLIS Saverio

206 Pagine
prezzo: 18,00 €



Sommario:

Introduzione. La legge applicabile all'intermediazione contrattuale. La legge applicabile all'intermediazione non contrattuale. La legge applicabile alla rappresentanza volontaria. Problemi concernenti l'ambito di applicazione della legge regolatrice dell'intermediazione. Appendice.

L'Europa nel nuovo ordine internazionale

ALOISIO Salvatore

ROGNONI VERCELLI Cinzia (a cura di)

430 Pagine

prezzo: 34,00 €



Sommario:

Introduzione (di S. Aloisio, C. Rognoni Vercelli) · PRIMA SESSIONE - L'Europa dei padri fondatori · Alcide De Gasperi tra storia e memoria (di E. Colombo) · Alcide De Gasperi padre dell'Europa unita (di D. Preda) · L'Europa di Jean Monnet (di C. Russo) · Altiero Spinelli tra la fondazione del MFE e il "nuovo corso" (di E. Paolini) · In partibus infidelium. Altiero Spinelli nelle istituzioni comunitarie (di D. Pasquinucci) · Relazioni internazionali, l'Europa e i suoi padri fondatori (1946-1957) (di L. Brazzo) · Relazioni internazionali e l'Europa: le scelte europeiste dell'Italia dal secondo dopoguerra ai Trattati di Roma (di A. M. Fiorentini) · L'impegno europeista di Nuova Antologia nel nuovo ordine internazionale (1945-1963) (di M. Elli) · Gli studi europei di Walter Lipgens a vent'anni dalla morte (di S. Dell'Acqua) · SECONDA SESSIONE - Una Costituzione per l'Europa · L'approvazione della Costituzione europea (di G. P. Orsello) · Il fenomeno religioso nella Costituzione europea. Radici cristiane e relazioni tra chiese e Unione (di F. Margiotta Broglio) · Il Parlamento europeo tra realtà e (antistoriche) ambizioni (di P. L. Petrillo) · La composizione e il procedimento di formazione della Commissione europea tra il Progetto della Convenzione e il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (di S. Aloisio) · Il principio di sussidiarietà e i suoi protocolli di applicazione. Osservazioni sul significato del percorso della Costituzione europea dal Trattato di Amsterdam al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (di F. Ingravalle) · La politica estera, di sicurezza e di difesa dell'Unione europea nel Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (di M. R. Allegri) · L'Unione europea e la sicurezza ecologica: dalle politiche ambientali comunitarie alla ricerca di una governance mondiale (di G. Grimaldi) · L'Unione europea e gli interventi nel settore della cultura. I Paesi del Sud del Mediterraneo (di G. Trupiano) · Le risoluzioni del Parlamento europeo sulla tutela delle lingue minoritarie e la prospettiva costituzionale (di M. Stolfo) · La strategia di Lisbona e l'Italia (di F. Basile) · Il ruolo dell'Unione europea nel negoziato commerciale multilaterale in sede di Organizzazione mondiale del commercio (di O. Garavello)

Diritto penale dell'ambiente

AMATO A., MUSCATIELLO V. B.,
NITTI R., ROSSI R., TRIGGIANI V.

550 Pagine
prezzo: 55,00 €



Sommario:

Prefazione di Aldo Fiale. · La tutela Penale dell'ambiente (il diritto e il rovescio), di V. B. Muscatello. La disciplina in tema di tutela delle acque dall'inquinamento, di A. Amato. La gestione dei rifiuti, di R. Nitti. La tutela penale dei beni culturali e paesaggi, di R. Rossi. Edilizia ed urbanistica profili amministrativi (prima parte), di V. Triggiani. Edilizia ed urbanistica profili amministrativi (seconda parte), di V. Triggiani.

Le riforme più recenti del processo civile

BALENA Giampiero, BOVE Mauro

492 Pagine
prezzo: 50,00 €



Sommario:

Introduzione (di G. Balena). · PARTE PRIMA - DISPOSIZIONI GENERALI E PROCESSO DI COGNIZIONE. · Comunicazioni, notificazioni e termini processuali (di G. Balena). Il processo ordinario di cognizione (di G. Balena). · PARTE SECONDA - ESECUZIONE FORZATA. · Il titolo esecutivo (di M. Bove). Il pignoramento (di M. Bove). L'intervento dei creditori (di M. Bove). La liquidazione forzata (di M. Bove). La distribuzione (di M. Bove). L'esecuzione per consegna o rilascio (di M. Bove). Le opposizioni e le vicende anomale del processo esecutivo (di M. Bove). · PARTE TERZA - PROCEDIMENTI CAUTELARI E POSSESSORI. · La disciplina del procedimento cautelare "uniforme" (di G. Balena). L'istruzione preventiva (di G. Balena). I procedimenti possessori (di G. Balena). PARTE QUARTA - PROCESSI SPECIALI DI COGNIZIONE. · Il procedimento per ingiunzione (di M. Bove). Il processo di separazione personale dei coniugi (di G. Balena). Il processo di divorzio (di G. Balena). · Appendice normativa.

UE e PECO impatto ambientale dell'allargamento

PAGGI Guido (a cura di)



398 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

G. Paggi - Introduzione. A. Macchia - Radici e fasi storiche dell'allargamento ad Est dell'UE. O. Marzovilla - Risorse e politiche ambientali nell'Europa dei Quindici. A. Batinti e M. Pompò - Politiche ambientali dei PECO e loro adattamento all'acquis comunitario. F. Antolini - L'integrazione dei PECO nell'UE: armonizzazione delle statistiche con particolare riferimento all'ambiente. G. Meloni e P. Montalbano - Sviluppo economico e dinamiche ambientali nei PECO: quali compatibilità? O. Marzovilla - Libero scambio e ambiente nell'Europa allargata. G. Paggi - Agricoltura e pesca: coesione ambientale tra UE e PECO. M. Villani - Il controllo dell'inquinamento atmosferico.

In copertina **Corrado Giaquinto** (Molfetta 1703-Napoli 1766)

Ratto d'Europa - olio su tela, cm 48 x 64- Molfetta (BA), collezione De Luca

Nella mitologia greca Europa, figlia di Agenore, re di Tiro, fu avvistata da Giove, che si innamorò di lei e che, tramutatosi in toro, si diresse sulla spiaggia dove la giovane si intratteneva con le sue ancelle. Ingannata dalla mansuetudine dell'animale, Europa per gioco lo inghirlandò con una corona di fiori e gli montò in groppa. Improvvisamente, però, il toro fuggì in acqua portando con sé Europa e conducendola nell'isola di Creta dove, riassunte le sue sembianze, la violentò.

Il dipinto coglie appunto il momento in cui il toro ha intrapreso la sua corsa, indifferente alle proteste e alla disperazione della fanciulla.

Il quadretto fa parte di un ciclo di dodici telette di soggetto mitologico già conservate nella galleria del palazzo marchese di Melpignano (Lecce) appartenente alla famiglia De Luca, che aveva acquisito il feudo nel 1757 nella persona di Francesco Saverio.

Quanto alle modalità d'acquisizione, il Samarelli (1877) afferma che esse furono donate dall'artista al «protettore e concittadino monsignor De Luca», personaggio che però sembrerebbe frutto della fantasia del poligrafo molfettese, in quanto nel Settecento nessuno degli ecclesiastici appartenenti alla famiglia De Luca risulta aver goduto del titolo di cardinale. Cosimo De Giorgi, invece, nel 1882-1888, le riferisce genericamente ad un dono dell'artista «alla famiglia De Luca». Altri, come Amato (2002) avanza l'ipotesi, a dir vero poco plausibile, che le telette siano pervenute in collezione De Luca successivamente, per acquisto. L'ipotesi più probabile è che esse siano state donate dal Giaquinto non al misterioso e fantomatico monsignore, ma proprio al marchese Francesco Antonio De Luca — che era tra l'altro pressoché suo coetaneo, essendo nato nel 1706, e che, dopo l'acquisto del feudo salentino, divideva la propria residenza tra Molfetta e Melpignano — forse come dono di nozze, a giudicare dai soggetti, tutti legati a tematiche amorose.

Da sempre ritenuti fra le opere più felici del Giaquinto per la preziosità materica, la cromia brillante e festosa, la felicità dell'invenzione, i dipinti sono variamente datati dagli studiosi entro un ampio arco cronologico che oscilla tra gli anni Trenta e i primi anni Cinquanta. In realtà, varie considerazioni inducono a ritenere che il ciclo sia stato realizzato entro gli anni Trenta, subito dopo i soggiorni torinesi del Giaquinto, durante i quali, tra l'altro, l'artista dipinse per la Villa della Regina due scene mitologiche assai simili, la *Dafne inseguita da Apollo che si trasforma in alloro* e *Venere che scopre il cadavere di Adone*.

Si ha notizia di varie repliche e copie dei dipinti nonché dell'esistenza di quattro scene mitologiche, oggi perdute, di mano del Giaquinto, che alla fine dell'800 si trovavano nel palazzo degli Arditì di Castelvetere a Presicce, nel Salento, dove le vide il De Giorgi.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"

Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2006, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2006, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata 2006 (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 2006).



ISBN 88-8422-505-1



9 788884 225054

€ 18,00