

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI UDINE

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO COMPARATO E
DELL'UNIONE EUROPEA – XXVII CICLO**

Tesi di Dottorato

**IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO
NELL'ORDINAMENTO EUROPEO**

Candidata: Dott.ssa Simona Pelleriti

Tutor: Professor Maurizio Maresca - ordinario di Diritto
dell'Unione Europea presso il Dipartimento di Scienze
Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine

INDICE

Premessa

Introduzione

I principi generali del diritto dell'Unione Europea e il bilanciamento con le norme dei Trattati

I principi generali del diritto dell'Unione Europea

La valenza dei principi generali del diritto dell'Unione Europea

Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello *Albany*

Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello *Viking*

Bibliografia

Elenco delle decisioni citate

Parte I – Fonti e obiettivi di tutela del principio di certezza del diritto

Capitolo 1 – Il principio di certezza del diritto e le sue interpretazioni nella giurisprudenza del Tribunale UE e della Corte di giustizia

Introduzione

Certezza del diritto come chiarezza delle norme

Certezza del diritto come divieto di retroattività

Capitolo 2 – La tutela del legittimo affidamento

Introduzione

La revoca di provvedimenti legittimi

La revoca di decisioni illegittime

Capitolo 3 – La certezza del diritto come diritto fondamentale

Introduzione

L'applicazione della certezza del diritto a sanzioni penali e a sanzioni personali amministrative: il valore extra penale del divieto di retroattività

Bibliografia

Elenco delle decisioni citate

Parte II – Il principio di certezza del diritto come strumento di promozione del mercato

Capitolo 1 – Libertà di circolazione dei servizi, delle persone e delle società: il cambiamento delle regole a valle dell'accesso al mercato e la conseguente violazione della certezza del diritto

Premessa: lo standard europeo del mercato unico dei servizi e del lavoro

La libera prestazione dei servizi: la nozione di servizio

La libertà di stabilimento: l'attività professionale

La libera circolazione dei lavoratori: la nozione di lavoratore

Diritti degli investitori stranieri a seguito di violazione della certezza del diritto a valle dell'accesso al mercato interno

Diritti degli investitori a valle dell'accesso al mercato interno: il rapporto tra certezza del diritto e il diritto di proprietà

Capitolo 2 – La rilevanza delle situazioni puramente interne

Introduzione

Il criterio geografico e il problema della cd. discriminazione al contrario

Il criterio della potenziale lesività

Capitolo 3 – Il rapporto tra il principio di certezza del diritto e le norme del TFUE a tutela della concorrenza

Introduzione

Per se rule Vs. rule of reason

Origine e caratteri distintivi della *rule of reason*

Il passaggio alla *per se rule* e il successivo ritorno alla *rule of reason*

L'art. 101 Tfu e le restrizioni per oggetto e per effetto

Il dibattito sull'art. 101 come codificazione della *per se rule* e della *rule of reason*

Un ulteriore esempio di influenza delle teorie statunitensi sull'art. 101 TFUE

Osservazioni sull'esistenza di una *rule of reason* europea in relazione al principio di certezza del diritto

Bibliografia

Elenco delle decisioni citate

Parte III – Strumenti giuridici per garantire l'effettività del principio di certezza del diritto

Capitolo 1 – La tutela del principio di certezza del diritto presso il giudice nazionale

L'effettività: l'obbligo di applicazione diretta del principio di certezza del diritto da parte del giudice nazionale

L'azione di responsabilità degli Stati Membri per violazione del diritto comunitario

La tutela cautelare e anticipatoria del principio di certezza del diritto

Capitolo 2 – L'interpretazione della certezza del diritto tramite rinvio pregiudiziale: il problema dei tribunali arbitrali

Introduzione

Il significato del termine "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 TFUE

La giurisprudenza più significativa della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale da parte di corti arbitrali

Le principali argomentazioni a favore e contro il tradizione approccio della Corte di giustizia

Capitolo 3 – Una norma di diritto interno di richiamo all'ordinamento comunitario per superare i limiti delle situazioni puramente interne

Gli strumenti per rendere applicabile in ambito nazionale il principio di certezza del diritto anche nel caso di situazioni puramente interne

L'approccio costituzionale

Il rinvio al diritto comunitario

Bibliografia

Elenco delle decisioni citate

Conclusioni

Premessa

Obbiettivo del presente lavoro è, *in primis*, delineare i limiti di applicazione del principio di certezza del diritto nella materia della regolazione del mercato e, in secondo luogo, individuare i relativi strumenti di tutela offerti tanto dall'ordinamento interno quanto dall'ordinamento dell'Unione europea.

L'esigenza di approfondire il suddetto principio nasce dall'osservazione del contenzioso internazionale e dell'evoluzione dei provvedimenti autoritativi dei diversi Stati membri: sono sempre più frequenti i casi in cui le amministrazioni pubbliche, attraverso i relativi poteri di cui sono dotati, interferiscono nel mercato al fine di perseguire diversi obbiettivi pubblicistici.

Si è, quindi, caratterizzato il principio di certezza del diritto nella sua dimensione precettiva individuandone la fonte giuridica e classificandolo, di conseguenza, tra i principi generali del diritto dell'Unione europea. Questi ultimi costituiscono parte integrante del c.d. diritto primario dell'ordinamento europeo, comprensivo, altresì, delle norme dei Trattati. Come la giurisprudenza ha chiarito, i principi generali del diritto dell'Unione europea vincolano gli Stati membri al pari delle norme dei Trattati e sono dotati di un'applicazione trasversale rispetto a tutte le norme contenute nelle altre fonti normative comunitarie.

Nella materia degli investimenti e della regolazione dell'economia, la certezza del diritto viene particolarmente in rilievo tutte le volte in cui gli Stati membri si sono trovati a dover adottare provvedimenti necessari per perseguire le linee politiche dell'amministrazione comportando, allo stesso tempo, un sacrificio economico per alcune posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo alle imprese.

Proprio il rapporto tra i diritti delle imprese che partecipano al mercato e gli interessi pubblicistici implica la necessità di un bilanciamento che dovrebbe raggiungere un equilibrio tale per cui non vi sia mai una totale

soccombenza degli uni rispetto agli altri ma non consenta, parimenti, agli interessi privati di ostacolare scelte amministrative e politiche a beneficio della collettività.

Ed è così che l'ordinamento dell'Unione europea ha individuato il principio di certezza del diritto come l'istituto fondante le attività con carattere economico, rispetto al quale diventano illegittimi tutti i cambiamenti di volontà dell'organo amministrativo competente che si caratterizzano per l'arbitrarietà o per una sostanziale ed irragionevole soggezione dei privati rispetto al potere politico.

Si è notato che il modo di essere degli ordinamenti nazionali rispetto alla regolazione del mercato si pone in modo diverso a seconda del momento; si possono distinguere, in particolare, due fasi della regolazione: l'accesso al mercato e l'esercizio dell'attività. L'accesso al mercato è presidiato dalle norme in materia di mercato interno (art. 45 ss. TFUE), le quali garantiscono a tutte le imprese stabilite nel territorio dell'Unione europea la possibilità di prestare un servizio in modo stabile o temporaneo all'interno di qualsiasi Stato membro, con la conseguente illegittimità di ogni barriera all'accesso che sia irragionevole e sproporzionata. L'esercizio dell'attività è, invece, soggetta alle norme in materia di tutela della concorrenza (art. 101 ss. TFUE).

Per tale ragione si è ritenuto di esaminare separatamente la fase dell'accesso al mercato rispetto alla fase dell'esercizio dell'attività. Nella prima fase, infatti, la certezza del diritto si pone come garanzia della cristallizzazione delle regole che hanno costituito la base normativa per l'accesso al mercato; si pensi, ad esempio, alle tariffe dei servizi regolati piuttosto che alla gestione delle infrastrutture: numerosi sono stati i casi in cui gli Stati membri hanno cambiato le regole in corsa. Nella seconda fase, invece, la certezza del diritto si pone come prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti. Si è, pertanto, ritenuto di analizzare il maggior elemento di incertezza in materia di concorrenza, ossia la ragionevolezza (o *rule of reason*) come parametro di legittimità degli accordi tra imprese:

l'importazione dagli Stati Uniti d'America di tale criterio ha provocato una sostanziale imprevedibilità della legittimità delle pratiche concordate e degli accordi a tal punto che, recentemente, la Corte di giustizia non si è mai spinta fino a riconoscere espressamente la *rule of reason* proprio per non rischiare di cadere nella violazione della certezza del diritto.

Quest'ultimo assurge, quindi, a principio fondamentale fondante il buon funzionamento del mercato europeo, tanto nella fase di accesso quanto nella fase di esercizio, al punto che ogni altra norma comunitaria viene applicata solamente in coerenza e piena compatibilità con quest'ultimo.

Ciò che, invece, rimane più difficile è la tutela diretta della certezza del diritto da parte dei giudici nazionali: gli strumenti a tutela delle imprese sono diversi ma sono ancora pochissimi i casi in cui le autorità giurisdizionali si sono spinte a riconoscere una diretta efficacia di tale principio. Per questa ragione, nell'ultima parte del lavoro, si è ritenuto di effettuare una breve rassegna degli strumenti giudiziari di cui le imprese dispongono per tutelare le proprie posizioni, sotto il profilo della certezza del diritto, rispetto a comportamenti arbitrari delle pubbliche amministrazioni.

INTRODUZIONE

I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E IL BILANCIAMENTO CON LE NORME DEI TRATTATI

SOMMARIO: 1. I principi generali del diritto dell'Unione Europea – 2. La valenza dei principi generali del diritto dell'Unione Europea – 3. Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello *Albany* – 4. Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello *Viking*.

1. I principi generali del diritto dell'Unione Europea

Prima di trattare specificatamente del principio di certezza del diritto, è necessario fornire un sintetico quadro introduttivo sui principi generali del diritto dell'Unione Europea¹ e su come questi interferiscono con il diritto nazionale degli Stati membri.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea ha sempre fatto grande ricorso ai principi generali, derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, sia a fini interpretativi, sia per colmare eventuali lacune dell'ordinamento europeo.² Com'è noto, i principi generali del diritto dell'Unione europea, in quanto fonte di diritto primario, agiscono come vera e propria norma comunitaria che, a seguito delle storiche sentenze *Van*

¹ Si sono occupati del tema, tra gli altri, ADAM R. - TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010; CHALMERS D. - DAVIES G. - MONTI G., *European Union law: cases and materials*, Cambridge University Press, 2010; CHALMERS D. - SZYSZCZAK E. M., *European Union Law*, Ashgate, 1998; CRAIG P. - DE BURCA G., *EU law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2011; DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011; DRAETTA U. - PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte generale*, Milano, 2010; HORSPOOL M., *European Union Law*, Oxford University Press, 2006; KACZOROWSKA A., *European Union Law*, Routledge, 2008; PEOPLES L., *Principles of European Union Law*, in *HeinOnline*, 2003, p. 535 e segg.; POCAR F., *Diritto dell'Unione europea*, MILANO, 2010; SHAW J. - CREMONA M., *Law of the European Union*, Houndmills: Palgrave, 2000; TRIDIMAS T., *The general principles of EU law*, Oxford, 2006; VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010.

² Si veda MAXEINER J.R., *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, 2007, p. 549, che aggiunge: "Soon, however, it began relying on the general principles as grounds for review of EU action and for damages against the European Union. Beginning in the 1980s, the ECJ began to hold that the principles apply not only to EU laws and institutions, but also to the laws and institutions of the Member States. Because the general principles apply Union-wide, they modify law in the Member States and promote harmonization. In this way, the general principles have found acceptance, even in legal systems that did not originally include them".

*Gend en Loos*³, *Frontini*⁴ e *Granital*⁵, provoca la disapplicazione del diritto interno incompatibile con essi. Ed è proprio la cessione di sovranità, che emerge chiaramente dalle citate sentenze e dalle Costituzioni degli Stati membri, che emerge la necessità di garantire contemporaneamente alcuni diritti che gli Stati membri considerano incomprimibili anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Senza qui voler ripercorrere i tratti dell'evoluzione della comunità giuridica ordinata dall'Unione Europea, che si connota per l'assoluto primato del diritto persino rispetto all'azione legislativa e finanche politica, e

³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta p.00003. Tra i commenti più autorevoli alla sentenza in oggetto si segnalano: BERRI M., *Sull'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Giustizia civile*, 1963, p.1226; CATALANO N., *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, in *Il Foro padano*, 1963, V, Col.33; DURANTE F., *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p.415; GORI P., *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1963, IV, Sez.4°, Col.49; HAY P., *American Journal of Comparative Law*, 1963, p.404; JEANTET F.C., *Droit communautaire et juridictions internes*, in *Le Barreau de France*, 1963, n. 147, p.25; MARSH N.S., *Some Reflections on Legal Integration in Europe*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, p.1411; MIGLIAZZA A., *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p.651-657; ROBERT J., *Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des Etats membres avec ces Etats eux-mêmes*, in *Recueil Sirey*, 1963, p.29; TELCHINI I., *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, n. 3, I, p.247; RONZITTI N., *L'art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Il Foro italiano*, 1964, IV, Col.98; OPPENHEIMER A., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge University Press, 1994, p.48; WATHELET M., *Arrêt Van Gend en Loos: 50 ans déjà!*, in *Journal de droit européen*, 2013, n. 200, p.213.

⁴ Sentenza della Corte Costituzionale del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini c. Ministero delle Finanze*, pubblicata in Gazzetta ufficiale del 2 gennaio 1974, n. 2. Si rimanda per un approfondimento sulla portata della sentenza a MONACO R., *Sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (Gazzetta ufficiale 2 gennaio 1974, n. 2)*; Pres. Bonifacio P., *Rel. Astuti; Frontini ed altri c. Min. finanze ed altri (Avv. dello Stato Zagari); Ditta fratelli Pozzani, Rusconi e C.(Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia), c. Min. finanze; Liguori (Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia) c. Min. finanze; Ditta Divella (Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia) c. Min. finanze; interv. Pres. Cons. ministri*, in *Il Foro Italiano*, 1974, pp.313-314.

⁵ Sentenza della Corte Costituzionale del 8 giugno 1984 n.170, *Granital c. Amministrazione delle Finanze*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 20 giugno 1984, n. 169. Si segnala in proposito il commento di TIZZANO A., *Sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (Gazzetta ufficiale 20 giugno 1984, n. 169)*; Pres. Elia, *Rel. La Pergola*; *Soc. Granital c. Min. finanze (Avv. dello Stato Laporta). Ord. Trib. Genova 30 aprile 1979 (Gazz. uff. 28 novembre 1979, n. 325)*, in *Il Foro Italiano*, 1984, pp. 2061-2062.

ad una quota di rinuncia alla sovranità da parte degli Stati membri⁶, è indubbio che gli Stati membri sono chiamati a dare attuazione alle norme europee caratterizzate dall'elemento della diretta applicabilità e, nel caso di inosservanza, a risarcire il danno così arrecato al privato che da quelle norme fosse costituito titolare di una posizione giuridica soggettiva tutelata.

Infatti, una delle caratteristiche peculiari della comunità di diritto istituita dall'Unione europea è proprio il riconoscimento dei singoli individui come soggetti portatori delle posizioni giuridiche create e destinatari diretti di diritti che possono essere fatti valere dai cittadini davanti ai giudici nazionali in quanto *“la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale [...] che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini”*⁷.

In questo contesto, spetta alle autorità tutelare i cittadini attraverso tutte le posizioni giuridiche basate sull'ordinamento comunitario, ivi compresi, i principi generali del diritto dell'Unione europea nonché i diritti fondamentali della persona.

⁶ Si vedano le citate sentenze Frontini e Granital.

⁷ Caso Van Gend & Loos, cit. 2.

2. La valenza dei principi generali del diritto dell'Unione Europea

Il contenuto dei diritti fondamentali della persona, tutelati tramite i principi generali del diritto dell'Unione europea, non è compreso in un catalogo predeterminato (come, invece, accade per i diritti umani tutelati dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) ma si ricava da diverse fonti: a) le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e b) i diritti fondamentali contenuti nei Trattati internazionali stipulati dagli Stati membri (ivi compresa la Convenzione europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo).

L'incidenza dei principi generali del diritto è stata, inoltre, riconosciuta dall'Atto Unico europeo del 1986⁸ che, nel preambolo, dichiara espressamente l'efficacia dei diritti fondamentali come base dell'azione comune degli Stati membri che hanno il comune obiettivo di *“promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea”*.

La valenza dei principi generali del diritto dell'Unione europea consente, quindi, di superare l'impossibilità di far valere direttamente i diritti fondamentali della Cedu in quanto, essendo parte dell'ordinamento comunitario, ne acquisiscono le prerogative di applicazione ivi compresa la disapplicazione delle norme interne con essi incompatibili.

La Corte di giustizia ha pronunciato in diverse occasioni sentenze che hanno applicato in modo diretto i principi generali del diritto dell'Unione europea (in passato “del diritto comunitario”), ivi compresi i principi non scritti ma comuni a diverse Costituzioni degli Stati membri, nonché i diritti fondamentali sia della Cedu che di altre convenzioni stipulate dagli Stati membri. Va, quindi, precisata, la differenza tra l'istituto del principio generale del diritto dell'Unione europea e i diritti fondamentali della

⁸ Pubblicato in Gazzetta ufficiale n. L 169 del 29 giugno 1987.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questi ultimi, infatti, ricevono una tutela diretta dalla Corte di Strasburgo e possono essere utilizzati per ricostruire il contenuto dei principi generali del diritto comunitario.

A partire dagli anni '70 la Corte non ha esitato ad interpretare in modo diretto alcuni principi generali del diritto comunitario, a prescindere dalla violazione di una norma del Trattato. Ad esempio, nella nota pronuncia *Nold*⁹, si afferma che tra i diritti tutelati dalle costituzioni degli Stati membri vi è anche quello del libero esercizio delle attività economiche. Questo diritto, afferma la Corte, fa parte dei principi generali tutelati dalla Corte di Giustizia: *“come questa Corte ha già avuto occasione di affermare, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati”*.

La Corte di giustizia, non ha dubbi sul fatto che il diritto di proprietà e il diritto di libertà d'impresa siano parte integrante dell'ordinamento comunitario, pur in assenza di una norma del Trattato che attribuisca la specifica competenza dell'Unione: è proprio il carattere di principio generale del diritto comunitario che attribuisce alla norma l'appartenenza all'ordinamento comunitario e, di conseguenza, l'obbligo di rispetto da parte degli Stati membri. Nello stesso senso, la sentenza *Hauer*¹⁰ afferma che: *“I*

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. 00491. Si segnala il commento di HARTLEY T., *Fundamental Rights in Community Law*, in *European Law Review*, 1975, p.54-57.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Raccolta, p. 03727. Sulla sentenza in questione si segnalano gli interventi di: BELLINI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, p.318; COLINET C., *La protection du droit de propriété dans la Communauté européenne au travers de l'arrêt "Hauer" de la Cour de justice des Communautés européennes, du 13/12/1979*, in *Das Europa der zweiten Generation - Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, 1981, Bd.2, p.739; RINOLDI D., *Comunità europee e diritti dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p.325; SCARPA R., *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giustizia civile*, 1980, I, p.1213-1214; USHER J.A., *Rights of Property: How Fundamental?*, in *European Law Review*, 1980, p.209.

diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza, nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella comunità provvedimenti incompatibili coi diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti Stati. Gli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno collaborato o aderito, possono del pari fornire indicazioni di cui si deve tener conto nell'ambito del diritto comunitario”.

Più recentemente, la Corte di giustizia, ha interpretato in modo diretto diversi principi generali del diritto dell'Unione europea attraverso una serie di sentenze che possono formare un esempio dell'incidenza che i diritti fondamentali hanno nell'ordinamento comunitario e, di conseguenza, rispetto alle norme interne. Nel caso *Aquacultur e Hydro Seafood GSP Ltd contro The Scottish Ministers*¹¹, sono state ribadite le modalità applicative dei diritti fondamentali, non in quanto norme appartenenti alla Cedu, ma in quanto principi generali di rango primario del diritto comunitario. La Corte ha sottolineato che *“occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito (v., in tal senso, sentenza 13 dicembre 1979, Hauer, causa 44/79, Racc. pag. 3727, punto*

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003, cause riunite C-20 e 64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, Raccolta, p. I-07411. Per un approfondimento in merito si rimanda a: D'ALESSANDRO D., *Prevalenza dell'interesse generale alla tutela del mercato nel bilanciamento con i diritti fondamentali dei singoli: in attesa della Costituzione europea, eluso il richiamo ma non il confronto con la Carta di Nizza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p.1894-1901; GIOVANNETTI T., *Brevi note a margine di un caso di tutela dei diritti fondamentali tra Corte di giustizia e giudice nazionale*, in *Il Foro italiano*, 2004, IV, Col.549-553; MEHDI R., *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal du droit International*, 2004, p.548-551; PAJNO S., *Bilanciamento e costituzione europea in una decisione della Corte di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p.1217-1244.

15). *La CEDU riveste, a tale riguardo, un significato particolare (v., in particolare, sentenze 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, Connolly/Commissione, Racc. pag. I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, Racc. pag. I-9011, punto 25)*”.

La Corte ha poi affermato che la rilevanza giuridica dei principi generali, in quanto parte integrante del diritto dell’Unione europea si evince anche chiaramente dal Preambolo dell’Atto Unico europeo e dall’art. 6 TUE: *“I principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell’Atto unico europeo, poi dall’art. F, n. 2, del Trattato sull’Unione europea (sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman e a., Racc. pag. I-4921, punto 79). Essi sono ormai ripresi dall’art. 6, n. 2, UE, in base al quale «[l]’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*.

La conseguenza dell’inclusione dei diritti fondamentali, quali principi generali del diritto comunitario, nell’ordinamento dell’Unione europea è la piena soggezione ai canoni interpretativi della Corte di giustizia secondo le indicazioni fornite in occasione dei procedimenti di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. E se già nei citati casi *Nold*¹² e *Hauer*¹³ la Corte si era spinta ad identificare con precisione i confini ed i limiti del diritto di proprietà e del diritto di libertà d’impresa, come garantiti dalla Cedu, analoga interpretazione è stata effettuata proprio in occasione del caso *Aquacultur*¹⁴ dove la Corte ha effettuato una vera e propria interpretazione del diritto fondamentale: *“i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. E’ pertanto possibile operare restrizioni all’esercizio di detti diritti, in particolare nell’ambito di un’organizzazione comune dei mercati,*

¹² *Cit. nota 8.*

¹³ *Cit. nota 9.*

¹⁴ *Cit. nota 10.*

purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti (v. sentenze 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf, Racc. pag. 2609, punto 18; 10 gennaio 1992, causa C-177/90, Kühn, Racc. pag. I-35, punto 16, e 15 aprile 1997, causa C-22/94, Irish Farmers Association e a., Racc. pag. I-1809, punto 27). Alla luce di questi criteri occorre valutare la compatibilità del regime di cui trattasi nella causa principale con i requisiti derivanti dalla tutela del diritto fondamentale di proprietà.”

Anche in materia di intervento delle pubbliche autorità nella sfera giuridica delle persone, la Corte ha ravvisato l'applicazione diretta di un diritto fondamentale che è stato interpretato proprio in occasione di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, nel noto caso *Roquette Frères*¹⁵, in cui è stato affermato che *risulta ugualmente dalla giurisprudenza costante della Corte che, dal momento che una normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla CEDU (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, Racc. pag. I-2925, punto 42, e 4 ottobre 1991, causa C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, Racc. pag. I-4685, punto 31)”.*

In tale occasione, la Corte ha esplicitamente confermato la propria competenza nella verifica e interpretazione dei diritti fondamentali nella misura in cui fanno parte dei principi generali del diritto dell'Unione europea in quanto *“la Corte è certamente competente per fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi necessari per la valutazione, da parte di*

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia 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-09011.

quest'ultimo, della conformità con il diritto comunitario della disciplina nazionale applicabile ai fini del detto sindacato, ricomprendendovi, eventualmente, i diritti sanciti dalla CEDU quali principi generali del diritto di cui la Corte assicura il rispetto". Di conseguenza, la Corte si è spinta fino ad interpretare in modo esplicito il diritto a non subire interventi arbitrari ad opera delle pubbliche autorità "si deve ricordare in proposito che, al punto 19 della sentenza Hoechst/Commissione, cit., la Corte ha riconosciuto che l'esigenza di una tutela nei confronti di interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di una persona, sia fisica che giuridica, che siano arbitrari o sproporzionati, rappresenta un principio generale del diritto comunitario".

Analogamente, in materia di libertà di espressione la Corte di giustizia¹⁶ ha effettuato una valutazione ed interpretazione approfondita di tale diritto fondamentale applicandone i criteri esegetici e applicativi propri dell'ordinamento comunitario: *"conformemente alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il progresso di tale società e per il pieno sviluppo di ogni singola persona. Salvo quanto previsto dall'art. 10, n. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la libertà di espressione vale non soltanto in relazione alle «informazioni» o alle «idee» accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle di tali informazioni o idee che disturbino, sconvolgano od inquietino."*

Analoga operazione interpretativa è stata effettuata dalla Corte di giustizia¹⁷ con riferimento al principio di libertà di associazione, laddove si è affermato che *"il principio della libertà di associazione, sancito dall'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle*

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Bernard Connolly c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. I-01611.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL, Royal club liégeois SA e Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, Raccolta, p. I-04921.

libertà fondamentali e scaturente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario".

3. Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello Albany

Come anticipato in premessa, la questione più critica dell'applicazione del principio della certezza del diritto è, senza dubbio, il coordinamento con le altre norme del Trattato in materia economica, essendo anch'esse parte integrante del diritto primario dell'Unione europea. Il coordinamento tra norme contenute nel diritto primario costituisce una delle questioni più dibattute e difficili affrontate dalla giurisprudenza.

La Corte di giustizia si è posta in molteplici occasioni il problema di come risolvere il contrasto, apparente o reale, tra disposizioni del medesimo Trattato. I modelli ricorrenti nelle decisioni del giudice europeo sono essenzialmente due: uno è fondato sulla reciproca esclusione tra politiche collidenti; l'altro tende, invece, ad attuare un contemperamento¹⁸. Entrambi i modelli sono accomunati dal ricorso allo strumento del bilanciamento, utilizzato però, di volta in volta, in modo diverso.

Nel modello per esclusione, infatti, il bilanciamento tende a determinare il rispettivo ambito di applicazione delle politiche apparentemente in conflitto. Il secondo modello si serve, invece, del bilanciamento per determinare il contenuto del contemperamento.

La sentenza *Albany*¹⁹ rappresenta il caso forse più significativo sul bilanciamento tra le esigenze di tutela della libera concorrenza tra imprese e le altre norme del diritto primario, ivi compresa, ovviamente, la certezza del diritto. Nel caso di specie il contrasto riguardava l'art. 101 TFUE (allora art. 85 TCE) sulle intese restrittive della concorrenza e gli obiettivi di politica sociale perseguiti dagli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Il contrasto scaturiva dal fatto che gli obiettivi perseguiti da tali accordi rischiavano di essere compromessi se le parti sociali fossero state soggette all'art. 85, n. 1, del

¹⁸ CANNIZZARO E., *Tecniche di soluzione di conflitti fra politiche dell'Unione. Liberismo e solidarismo nel processo di integrazione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n.4, p.689.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. StichtingBedrijfspensioenfondsTextielindustrie*, Raccolta p. I-05751.

Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

La Corte di giustizia ha, infatti, rilevato un potenziale conflitto tra gli obiettivi perseguiti dalla norma sulle intese restrittive della concorrenza e l'art. 154 TFUE (allora art. 118 TCE)²⁰ e, al punto 60 della propria sentenza, il metodo da seguire per risolvere tale contrasto, suggerendo di procedere *“(d) a un’interpretazione utile e coerente dell’insieme delle disposizioni del Trattato”*.

La tecnica utilizzata dalla Corte per risolvere il contrasto è, quindi, quella del bilanciamento: tuttavia in questo caso il bilanciamento non è stato utilizzato per attuare una sorta di proporzionato contemperamento delle esigenze sottese a ciascuna norma, bensì per determinare il rispettivo ambito di applicazione dell'art. 101 e dell'art. 154 TFUE, definendo così i confini fra le politiche dell'Unione secondo una logica di reciproca esclusione.

In sintesi, il giudice europeo è giunto alla conclusione che la circostanza che un certo atto ricada, per oggetto e funzione, nell'ambito della politica sociale abbia l'effetto di sottrarlo alle regole sulla concorrenza²¹.

²⁰ Ai sensi dell'art. 154 TFUE, *“1. La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti.*

2. “A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione.

3. Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione dell'Unione, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione.

4. In occasione delle consultazioni di cui ai paragrafi 2 e 3 le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall'articolo 155. La durata di tale processo non supera nove mesi, salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione.”

²¹ Nella sentenza si legge che *“E' importante ricordare poi che, ai sensi dell'art. 3, lett. g) e i), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g) e j), CE], l'azione della Comunità comporta non solo «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno», ma anche «una politica nel settore sociale». L'art. 2 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 2 CE), stabilisce infatti che la Comunità ha il compito di promuovere, in particolare, «uno sviluppo armonioso ed equilibrato (...) delle attività economiche», nonché «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale». Al riguardo, l'art. 118 del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati*

Il ricorso al bilanciamento al fine di individuare l'ambito di applicazione di norme in contrasto tra loro elaborato nella sentenza *Albany* è stato riproposto anche successivamente in casi piuttosto simili: nella sentenza *Prévoyance*²², ad esempio, la Corte di Giustizia ha utilizzato lo stesso ragionamento per interpretare l'art. 101 TFUE alla luce dell'art. 4.3 TUE²³, in relazione alla circostanza per cui alcune autorità pubbliche hanno reso obbligatorio, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti di un determinato settore di attività, un accordo risultante da contrattazioni collettive che preveda l'iscrizione obbligatoria ad un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche gestito da un organismo designato, senza alcuna possibilità di esenzione.

Coerentemente all'impostazione dettata in *Albany*, la Corte ha, quindi, delineato innanzitutto l'ambito di applicazione degli articoli 101 TFUE e 4 TUE per poi giungere ad escludere che la decisione di autorità

sostituiti dagli artt. 136 CE-143 CE) stabilisce che la Commissione ha il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri nel campo sociale, in particolare per le materie riguardanti il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori.

(...) 62. Nella fattispecie bisogna osservare, da un lato, che, come la categoria degli accordi sopra considerati, prodotti dal dialogo sociale, l'accordo controverso nella causa principale è stato stipulato sotto forma di accordo collettivo e costituisce il risultato di una trattativa collettiva tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori.

63. Dall'altro lato, per quanto riguarda il suo oggetto, il suddetto accordo istituisce, in un determinato settore, un regime pensionistico integrativo gestito da un fondo pensione l'iscrizione al quale può essere resa obbligatoria. Un tale regime, nel suo complesso, mira a garantire un determinato livello pensionistico a tutti i lavoratori di tale settore e contribuisce quindi direttamente al miglioramento di una delle condizioni di lavoro dei lavoratori, ossia la loro retribuzione.

64. Si deve quindi concludere che l'accordo controverso nella causa principale, in base alla sua natura e al suo oggetto, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato"

²² Sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2011, causa C-437/09, AG2R *Prévoyance c. BeaudoutPère et Fils SARL*, Raccolta p. I-00973.

²³ Questo comma recita testualmente: "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione."

pubbliche di rendere obbligatorio l'accordo risultante da contrattazioni collettive sia in contrasto con l'art. 101 TFUE²⁴.

²⁴ Secondo la Corte di giustizia, "37. In secondo luogo, da giurisprudenza costante risulta che, sebbene, di per sé, l'art. 101 TFUE riguardi esclusivamente il comportamento delle imprese e non provvedimenti legislativi o regolamentari promananti dagli Stati membri, tale articolo, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, di natura legislativa o regolamentare, atti a eliminare l'effetto utile delle norme in materia di concorrenza applicabili alle imprese. Tale ipotesi ricorre quando uno Stato membro impone o agevola la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101 TFUE o rafforza gli effetti di tali accordi, oppure revoca alla propria normativa il carattere statale, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punti 53 e 54; causa C-266/96, Corsica Ferries France, Racc. pag. I-3949, punti 35, 36 e 49, nonché Albany, cit., punto 65).

38. A tale riguardo va osservato che, nei limiti in cui dal punto 36 della presente sentenza risulta che un accordo quale la clausola aggiuntiva n. 83 non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 101, n. 1, TFUE, le autorità pubbliche sono libere di renderlo obbligatorio nei confronti di persone ad esso non formalmente vincolate (v., per analogia, citate sentenze Albany, punto 66; Brentjens', punto 66, e DrijvendeBokken, punto 56).

39. Si deve pertanto risolvere la prima parte della questione, come riformulata, dichiarando che l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, n. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che non osta alla decisione delle pubbliche autorità di rendere obbligatorio, su domanda delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti di un determinato settore di attività, un accordo risultante da contrattazioni collettive che preveda l'iscrizione obbligatoria ad un regime di rimborso complementare di spese per cure mediche per tutte le imprese del settore interessato, senza alcuna possibilità di esenzione".

4. Il bilanciamento tra i principi generali dell'Unione europea e le norme del Trattato: il modello Viking

Un'altra modalità di utilizzo della tecnica di bilanciamento consiste, più semplicemente, nel raffronto fra esigenze antagoniste che si riflettono in diverse politiche nell'intento di procedere al contemperamento fra di esse. La certezza del diritto ha avuto tale criterio di applicazione con particolare riguardo ai casi di espropriazione per pubblica utilità, nonché con riferimento al rapporto rispetto alle barriere di accesso al mercato determinate da esigenze pubblicistiche apparentemente incompatibili con il quadro regolatorio cristallizzato al momento dell'ingresso.

L'Avvocato generale Cruz Villalón ha chiarito la distinzione tra il bilanciamento come strumento per determinare l'esigenza prevalente del caso *Albany* e il bilanciamento al fine di determinare un contemperamento fra esigenze antagoniste nelle conclusioni del 19 marzo 2011 rese nella causa C-447/09²⁵, affermando che il bilanciamento deve riguardare il contenuto e non tanto l'ambito di applicazione: “(a)lla luce delle suesposte considerazioni possiamo concludere che, sebbene i contratti collettivi non costituiscano un ambito esente dall'applicazione del diritto dell'Unione (come, del resto, non sono totalmente esenti dal rispetto della legge, sul piano del diritto interno), l'autonomia della contrattazione collettiva merita un'adeguata tutela nell'ambito dell'Unione”.

Quest'impostazione era già stata utilizzata nel noto caso *Viking*²⁶, in cui la Corte ha messo in rilievo l'importanza che il principio di proporzionalità gioca nel bilanciamento tra le diverse esigenze perseguite da politiche dell'Unione in contrasto tra loro. Nel caso di specie si trattava di decidere sulla legittimità di alcune misure restrittive della libertà di stabilimento che perseguivano, però, obiettivi di tutela di diritti fondamentali quali le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *ReinhardPrigge e altri c. Deutsche Lufthansa AG*, Raccolta p. I-08003.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International TransportWorkers' Federation e FinnishSeamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Raccolta p. I-10779.

Nel bilanciare i diversi interessi in gioco la Corte ha tenuto a precisare che l'Unione Europea non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale: ciò significa che i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale: *“A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 35).*

46. Tuttavia, nelle citate sentenze Schmidberger e Omega la Corte ha affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, e ha dichiarato che tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36)”.

La stessa sentenza *Viking*, ha poi precisato i parametri rispetto ai quali si può fare riferimento per dare applicazione alla proporzionalità; in particolare, la Corte ha fatto una sorta di applicazione della celebre formula *Dassonville*²⁷ anche al caso dei diritti fondamentali e dei principi generali dell'Unione europea.

Rispetto alla tutela dell'accesso al mercato le misure pubblicitiche restrittive sono legittime solo nella misura in cui sono idonee a raggiungere l'esigenza imperativa di carattere generale e non esistono ulteriori misure

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur de Roi c. Benoit e Gustave Dassonville*, Raccolta p. 00837.

concrete adottabili che siano meno invasive della libertà di accesso al mercato: *“Risulta dalla giurisprudenza della Corte che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo (v., in particolare, sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e Bosman, cit., punto 104)”*.

Allo stesso modo la certezza del diritto si contempera con la tutela del mercato interno secondo il criterio della proporzionalità. In particolare, la certezza del diritto si profila tanto come specifica applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi e di stabilimento quanto come esigenza contrapposta alle stesse e che rispetto ad esse va temperata. Nel primo caso, le imprese sono titolari del diritto a conservare il quadro giuridico esistente al momento dell’accesso al mercato, ossia al momento della eventuale aggiudicazione di una gara o di altro momento rilevante per il diritto comunitario. Nel secondo caso, invece, le imprese sono titolari del diritto di salvaguardare le relative posizioni giuridiche consolidate seppur risultanti da un atto pubblicistico dello Stato membro in contrasto con le norme del mercato interno ma necessario per garantire la certezza del diritto dei soggetti operanti in un determinato mercato.

Quest’impostazione era condivisa anche dall’Avvocato generale Pojares Maduro che nelle sue conclusioni del 23 maggio 2007 al caso *Viking* ribadisce la netta distinzione concettuale fra il modello applicato dalla Corte in *Albany* e quello da utilizzare nel caso in questione. Tale differenza dipenderebbe dal fatto che, mentre la realizzazione degli obiettivi della politica sociale esige, per propria natura, l’esclusione della logica libero-concorrenziale, nel caso dei rapporti tra politica sociale e libertà di circolazione non solo gli obiettivi delle due politiche possono coesistere, ma devono anzi completarsi a vicenda.

Secondo l'Avvocato generale, quindi, il modello dell'esclusione elaborato nella sentenza *Albany* deve essere utilizzato rispetto alle contrapposizione fra politiche dell'Unione che perseguono obiettivi solidaristici e quelle che perseguono obiettivi liberisti.

Secondo il ragionamento di Maduro, seguito poi anche dalla Corte, tali conflitti non possono, quindi, che trovare soluzione nell'ambito della logica del contemperamento.

Sulla possibilità di restringere libertà fondamentali allo scopo di tutelare diritti fondamentali la Corte si era già espressa nella sentenza *Omega*²⁸: “ *Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi (v., per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, citata sentenza Schmidberger, punto 74)*”.

Sempre in relazione al conflitto tra esigenze di politica sociale e libertà fondamentali, meritano un cenno anche le conclusioni del 14 aprile 2010 dell'Avvocato generale Trstenjak nella causa C-271/08²⁹. Nel caso di specie si trattava di vedere se la normativa sulle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici si applicassero anche ai contratti stipulati da enti pubblici relativi alla previdenza complementare dei dipendenti, ovvero se gli organismi previdenziali potessero essere selezionati sulla base di una contrattazione collettiva senza indire una gara di appalto.

Il Governo tedesco sosteneva l'inapplicabilità della normativa comunitaria sugli appalti ad accordi collettivi, dal momento che le procedure di selezione del contraente adottate dalle parti sociali ricadevano invece

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Raccolta p. I-09609.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. I-07091.

nell'ambito del principio di autonomia collettiva, sulla base della tecnica di reciproca esclusione propria del caso *Albany*.

Un diverso approccio è stato però seguito dall'Avvocato generale, secondo il quale il principio affermato in *Albany* non troverebbe ugualmente spazio rispetto alle regole che stabiliscono le libertà economiche fondamentali. In tali occasioni, infatti, occorre definire il conflitto sulla base non di un rapporto di mutua esclusione bensì sulla base di un rapporto di contemperamento puro fra interessi giuridici dotati di pari tutela da parte dell'ordinamento: *“Qualora in un caso concreto una libertà fondamentale subisca una restrizione a seguito dell’esercizio di un diritto fondamentale, si dovrà ricercare un adeguato contemperamento tra le due contrapposte posizioni giuridiche (99). A tale riguardo, se da un lato si deve partire dal presupposto che l’attuazione di una libertà fondamentale rappresenta un obiettivo legittimo, idoneo ad imporre dei limiti ad un diritto fondamentale, dall’altro però anche l’attuazione di un diritto fondamentale va ritenuta un obiettivo legittimo, capace di limitare una libertà fondamentale.*

Al fine di delimitare esattamente il confine tra libertà fondamentali e diritti fondamentali assume particolare importanza il principio di proporzionalità. A questo riguardo, nell’ambito della verifica di proporzionalità occorre segnatamente fondarsi su uno schema d’analisi ripartito su tre livelli, volto ad accertare: 1) l’idoneità, 2) la necessità e 3) la congruità della misura in oggetto (100).

190. Infatti, in caso di conflitto tra un diritto fondamentale ed una libertà fondamentale, l’adeguato contemperamento delle due posizioni risulta garantito soltanto qualora la restrizione imposta alla libertà fondamentale per effetto del diritto fondamentale non possa eccedere quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell’attuazione di quest’ultimo. Ma, all’opposto, anche una restrizione di un diritto fondamentale imposta da una libertà fondamentale non potrà andare oltre quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell’attuazione di quest’ultima.”

In questi passaggi diventa evidente come debba essere affrontata l'interpretazione delle norme comunitarie del diritto primario. Infatti, si precisa in modo chiaro ed univoco una pari equivalenza gerarchica tra i principi generali del diritto dell'Unione europea e le norme contenute nei Trattati. Viene, quindi fissato il parametro di contemperamento nella proporzionalità: *“l'accoglimento di un simile approccio fondato sull'equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, nel quale, al fine di comporre i conflitti derivanti dall'esercizio degli uni e delle altre, viene posto l'accento sul principio di proporzionalità, non rappresenterebbe un totale cambiamento di rotta della giurisprudenza”*.

BIBLIOGRAFIA

ADAM R. - TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010

BELLINI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, p.318

BERRI M., *Sull'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Giustizia civile*, 1963, p.1226

CANNIZZARO E., *Tecniche di soluzione di conflitti fra politiche dell'Unione. Liberismo e solidarismo nel processo di integrazione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n.4, p.689

CATALANO N., *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, in *Il Foro padano*, 1963, V, Col.33

CHALMERS D. - DAVIES G. - MONTI G., *European Union law: cases and materials*, Cambridge University Press, 2010

CHALMERS D. - SZYSZCZAK E. M., *European Union Law*, Ashgate, 1998

COLINET C., *La protection du droit de propriété dans la Communauté européenne au travers de l'arrêt "Hauer" de la Cour de justice des Communautés européennes, du 13/12/1979*, in *Das Europa der zweiten Generation - Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, 1981, Bd.2, p.739

CRAIG P. - DE BÛRCA G., *EU law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2011

D'ALESSANDRO D., *Prevalenza dell'interesse generale alla tutela del mercato nel bilanciamento con i diritti fondamentali dei singoli: in attesa della Costituzione europea, eluso il richiamo ma non il confronto con la Carta di Nizza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p.1894

DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011

DRAETTA U. - PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte generale*, Milano, 2010

DURANTE F., Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p.415

GIOVANNETTI T., *Brevi note a margine di un caso di tutela dei diritti fondamentali tra Corte di giustizia e giudice nazionale*, in *Il Foro italiano*, 2004, IV, Col.549

GORI P., *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1963, IV, Sez.4°, Col.49

HAY P., *American Journal of Comparative Law*, 1963, p.404; JEANTET F.C., *Droit communautaire et juridictions internes*, in *Le Barreau de France*, 1963. n. 147, p.25

HORSPOOL M., *European Union Law*, Oxford University Press, 2006

HARTLEY T., *Fundamental Rights in Community Law*, in *European Law Review*, 1975, p.54

KACZOROWSKA A., *European Union Law*, Routledge, 2008

MARSH N.S., *Some Reflections on Legal Integration in Europe*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, p.1411

MAXEINER J.R., *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, 2007, p. 549

MEHDI R., *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal du droit International*, 2004, p.548

MIGLIAZZA A., *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p.651

MONACO R., *Sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (Gazzetta ufficiale 2 gennaio 1974, n. 2); Pres. Bonifacio P., Rel. Astuti; Frontini ed altri c. Min. finanze ed altri (Avv. dello Stato Zagari); Ditta fratelli Pozzani, Rusconi e C.(Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia), c. Min. finanze; Liguori (Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia) c. Min. finanze; Ditta Divella (Avv. MS Giannini, Catalano, L. Elia) c. Min. finanze; interv. Pres. Cons. ministri*, in *Il Foro Italiano*, 1974, p.313

OPPENHEIMER A., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge University Press, 1994, p.48

PAJNO S., *Bilanciamento e costituzione europea in una decisione della Corte di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p.1217

PEOPLES L., *Principles of European Union Law*, in *HeinOnline*, 2003, p. 535

POCAR F., *Diritto dell'Unione europea*, MILANO, 2010

RINOLDI D., *Comunità europee e diritti dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p.325

ROBERT J., *Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des Etats membres avec ces Etats eux-mêmes*, in *Recueil Sirey*, 1963, p.29

RONZITTI N., *L'art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Il Foro italiano*, 1964, IV, Col.98

SCARPA R., *Diritti fondamentali ed ordinamento comunitario*, in *Giustizia civile*, 1980, I, p.1213

SHAW J. - CREMONA M., *Law of the European Union*, Houndmills: Palgrave, 2000

TELCHINI I., *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, n. 3, I, p.247

TIZZANO A., *Sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (Gazzetta ufficiale 20 giugno 1984, n. 169); Pres. Elia, Rel. La Pergola; Soc. Granital c. Min. finanze (Avv. dello Stato Laporta). Ord. Trib. Genova 30 aprile 1979 (Gazz. uff. 28 novembre 1979, n. 325)*, in *Il Foro Italiano*, 1984, p. 2061

TRIDIMAS T., *The general principles of EU law*, Oxford, 2006

USHER J.A., *Rights of Property: How Fundamental?*, in *European Law Review*, 1980, p.209

WATHELET M., *Arrêt Van Gend en Loos: 50 ans déjà!*, in *Journal de droit européen*, 2013, n. 200, p.213

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010

ELENCO DELLE DECISIONI CITATE

Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta p.00003

Sentenza della Corte Costituzionale del 8 giugno 1984 n.170, *Granital c. Amministrazione delle Finanze*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 20 giugno 1984, n. 169

Sentenza della Corte Costituzionale del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini c. Ministero delle Finanze*, pubblicata in Gazzetta ufficiale del 2 gennaio 1974, n. 2

Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. 00491

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur de Roi c. Benoit e Gustave Dassonville*, Raccolta p. 00837

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Raccolta, p. 03727

Sentenza della Corte Costituzionale del 8 giugno 1984 n.170, *Granital c. Amministrazione delle Finanze*

Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL, Royal club liégeois SA e Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, Raccolta, p. I-04921

Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. StichtingBedrijfspensioenfondstextielindustrie*, Raccolta p. I-05751

Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Bernard Connolly c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. I-01611

Sentenza della Corte di giustizia 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-09011

Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003, cause riunite C-20 e C-64/00, *Booker Aquacultur Ltd e Hydro Seafood GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, Raccolta p. I-07411

Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Raccolta p. I-09609

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Raccolta p. I-10779

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. I-07091

Sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, Raccolta p. I-00973

Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Reinhard Prigge e altri c. Deutsche Lufthansa AG*, Raccolta p. I-08003

PARTE I

**FONTI E OBIETTIVI DI TUTELA DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA
DEL DIRITTO**

CAPITOLO 1

IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO E LE SUE INTERPRETAZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE UE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Certezza del diritto come chiarezza delle norme – 3. Certezza del diritto come divieto di retroattività.

1. *Introduzione*

Il principio di certezza del diritto³⁰ è, ormai da tempo, considerato dalla Corte di Giustizia³¹ come principio generale e fondamentale dell'Unione Europea³², come tale facente parte del diritto primario al pari dei Trattati.

Fornire un concetto unitario e preciso di certezza del diritto non è compito facile, dal momento che tale principio è stato invocato negli anni in contesti anche molto diversi tra loro, assumendo molteplici significati. Per citarne alcuni, si è parlato di certezza del diritto in termini di i) chiarezza delle norme; ii) divieto di retroattività; iii) pubblicità delle norme; iv) tutela del legittimo affidamento.

La *ratio* di ognuno di questi “sottoprincipi” è di consentire ai cittadini e alle imprese dell'Unione di conoscere le norme che spiegano effetti nei loro confronti e di pianificare le proprie azioni di conseguenza, conoscendo in

³⁰ Trai i diversi contributi sul tema si segnalano: GRAIG P., *Legal Certainty and Legitimate Expectations*, in *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, pp. 607-645; MARESCA D., *European Legal Principles Applicable to Infrastructures Regulation*, in *Regulation of Infrastructure Market*, Springer, 2013, pp. 26-30; RAITIO J., *The principle of legal certainty in EC Law*, Dordrecht-Boston-Londra, 2003; TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 106; TRIDIMAS T., *The general principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 242.

³¹ Sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH e altri c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta, p. 02633 e del 11 luglio 1990, causa C-323/88, *Sermes c. Directeur des services des douanes de Strasbourg*, Raccolta p. I-3027.

³² MAXEINER J.R., *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, 2007, p. 543.

anticipo le conseguenze legali che ne derivano³³. In altre parole, l'obiettivo perseguito è quello di evitare che coloro che hanno già finalizzato determinate condotte, vedano mutare gli effetti o le conseguenze di queste ultime a causa di interventi legislativi *ex post facto*, quali ad esempio l'introduzione di una nuova sanzione amministrativa o di una nuova imposta fiscale, che incidono in modo più gravoso rispetto alle regole vigenti al momento in cui avevano intrapreso tali attività.

Si pensi, infatti, alle conseguenze negative e più che mai concrete che il mancato rispetto del principio di certezza del diritto comporta soprattutto nel settore delle transazioni commerciali o degli investimenti, che invece presuppongono una pianificazione accurata sulla base delle norme vigenti al momento della conclusione delle operazioni. E'indubbio che un sistema improntato al rispetto della certezza del diritto è un sistema in cui le operazioni economiche sono più efficienti e i costi delle transazioni più contenuti³⁴.

Al fine di comprendere al meglio la portata del principio in questione, è necessario analizzare la giurisprudenza del giudice europeo, suddividendola in base ai sottoprincipi poc'anzi elencati.

³³ *Ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 10 aprile 2003, C-305/00, *Christian Schulin c. Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH*, Raccolta p. I-3525 e del 15 settembre 2005, C-199/03, *Irlanda c. Commissione*, Raccolta p. I-8027.

³⁴ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 242.

2. Certezza del diritto come chiarezza delle norme

Come espressamente affermato nel caso *Duff*³⁵, il principio di certezza del diritto “*esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario*”.

La Corte di Giustizia ha più volte attribuito alla certezza del diritto questo significato, ribadendo l'importanza di garantire che i cittadini destinatari delle norme europee siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza³⁶.

Ciò significa che nel caso in cui emergano dubbi circa la portata letterale di una norma, questi devono essere risolti scegliendo l'interpretazione più favorevole all'individuo³⁷. Tale esigenza si rende ancor

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e altri c. Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, *Raccolta*, p. I-00569. Si vedano anche le più risalenti sentenze della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères*, *Raccolta*, p. 1931 e del 22 febbraio 1989, cause riunite 92 e 93/87, *Commissione c. Francia e Regno Unito*, *Raccolta*, p. 405.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Regina c. Secretary of State for Transport*, *Raccolta*, p. I-4057. Nello stesso senso anche le sentenze della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Administration des douanes c. Societe anonyme Gondrand Freres and Societe anonyme Garancini*, *Raccolta*, p. 1931; 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, *Raccolta*, pag. I-431; 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgium c. Commission*, *Raccolta*, p. 1-2801; 21 giugno 2007, causa C-158/06, *Stichting ROM-projecten c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, *Raccolta*, p. 1-5103; 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol GmbH 6-Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, *Raccolta*, p. 1-8343.

³⁷ Si veda in proposito la sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Amministrazione delle dogane contro Société anonyme Gondrand Frères e Société anonyme Garancini*, *Raccolta*, p. 01931, in cui la poca chiarezza dei regolamenti della Commissione nn. 804, 823, 1053 e 1054/1968 sugli importi compensativi monetari da riscuotere o da concedere all'importazione o all'esportazione da/negli Stati Membri ha indotto la Corte ad interpretare le norme sottoposte al suo esame nel senso in cui non dovevano essere recuperati gli importi compensativi relativi alle importazioni avvenute nei periodi contestati. Pur riconoscendo, infatti, la logicità del ragionamento della Commissione, spettava proprio a quest'ultima adottare una legislazione idonea a consentire agli individui di essere consci dei suoi diritti e dei suoi obblighi e di agire di conseguenza. Pertanto, in assenza di una normativa chiara, il principio di certezza del diritto impone di interpretare gli atti comunitari nel modo più favorevole per i loro destinatari.

più necessaria quando le disposizioni normative “*poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese*”³⁸.

Non a caso, infatti, questa lettura del principio di certezza del diritto ha trovato terreno fertile soprattutto nel settore delle imposte fiscali³⁹ e del diritto dei consumatori⁴⁰.

La Corte ha precisato che chiarezza delle norme significa anche armonia tra le disposizioni adottate di volta in volta dalle istituzioni. A precisarlo è stato il Tribunale, che in una questione concernente il recupero di aiuti di stato, dopo aver ribadito che il principio di certezza del diritto “*mira a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto dell’Unione*”, ha aggiunto che tale finalità deve essere perseguita dalle istituzioni europee anche evitando di promulgare più

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2012, causa C-318/10, *Société d’investissement pour l’agriculture tropicale SA (SIAT) c. État belge*, Raccolta, p. 00000. La Corte aggiunge che “*una regola che non soddisfa le esigenze del principio di certezza del diritto non può essere considerata proporzionata agli obiettivi perseguiti*”.

³⁹ Si veda, *ex multis*, sentenza del Tribunale di primo grado del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio dell’Unione europea*, Raccolta, p. II-00039, secondo cui: “*Questa necessità di certezza del diritto s’impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l’estensione degli obblighi ch’essa impone (v. sentenze della Corte 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères e Garancini*, Racc. pag. 1931, punto 17, 22 febbraio 1984, causa 70/83, *Kloppenburg*, Racc. pag. 1075, punto 11, e 15 dicembre 1987, causa 325/85, *Irlanda/Commissione*, Racc. pag. 5041, punto 18, e del Tribunale cause riunite T-18/89 e T-24/89, *Tagaras/Corte di giustizia*, Racc. pag. II-53, punto 40)*”.

⁴⁰ Si veda ad esempio la sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Raccolta, p. I-00431. Il caso verteva sul regolamento n. 2658/87 che prevedeva il passaggio dal sistema della nomenclatura della Tariffa doganale comune a quello della nomenclatura tariffaria e statistica, senza però privare della loro validità i regolamenti di classificazione precedentemente emanati dalla Commissione. In base ad una norma del regolamento citato, spettava alla Commissione adottare le disposizioni necessarie ad adeguare la normativa sulla nomenclatura della Tariffa doganale comune ai fini della classificazione delle merci. Tale obbligo, secondo quanto statuito dalla Corte di giustizia, le era imposto in forza del principio di certezza del diritto, affinché i destinatari della normativa potessero conoscere con certezza i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza. Non avendo proceduto la Commissione a tale adeguamento, risultava difficile per i destinatari della normativa conoscere con esattezza la propria situazione giuridica, di conseguenza i regolamenti che non sono stati adeguati secondo quanto prescritto dal regolamento n. 2658/87 non potevano trovare applicazione.

disposizioni normative a tutela del medesimo obiettivo, creando così situazioni di confusione ed incoerenza⁴¹.

Lo stesso livello di chiarezza è richiesto anche per le misure nazionali adottate nei settori di competenza del diritto comunitario, che devono essere formulate in modo non equivoco non solo perché i cittadini comprendano le leggi cui sono sottoposti ma anche affinché i giudici nazionali ne garantiscano l'osservanza⁴². Sulla base di questa interpretazione, alla Repubblica italiana è stata contestata la violazione del regolamento n. 3632/85 sulle condizioni alle quali una persona è ammessa a fare una dichiarazione in dogana, per aver mantenuto nella propria normativa interna una disposizione secondo cui spetta al proprietario fare tale dichiarazione⁴³. Il termine "proprietario", infatti, non essendo presente all'interno del regolamento, poteva causare confusione circa la persona ammessa a presentare o a fare presentare la dichiarazione, risultando pertanto in contrasto con il principio di certezza del diritto.

⁴¹ Sentenza del Tribunale del 21 marzo 2012, cause riunite T-50, 56, 60 e 62/06 RENV, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione europea*, non ancora pubblicata. Il caso riguardava la contestazione da parte della Commissione di alcune misure di esenzione dall'accisa sugli oli minerali utilizzati per la produzione di allumina adottate da Irlanda, Italia e Francia, e previamente autorizzate dal Consiglio sulla base della normativa europea allora vigente. La Commissione riteneva, tuttavia, che tali esenzioni rappresentassero un vantaggio per le società produttrici di allumina beneficiarie, come tale in grado di falsare la concorrenza ed incidere sul mercato unico, perciò procedeva ad emanare una decisione che classificava come aiuti di stato le misure adottate da Irlanda, Italia e Francia. Si poneva, quindi, un problema di sovrapposizione tra due normative, quella in materia di armonizzazione delle normative fiscali e quella in materia di aiuti di Stato, che perseguivano entrambe il medesimo obiettivo, ossia la promozione del buon funzionamento del mercato. Il Tribunale, investito della questione, ha affermato che, al fine di valutare in modo coerente la sussistenza di un'eventuale distorsione della concorrenza, la Commissione avrebbe dovuto proporre al Consiglio di non autorizzare l'esenzione oppure di eliminarla o di modificarla. Senz'altro non avrebbe dovuto qualificare le esenzioni alla accise come aiuti di stato finché la decisione del Consiglio era in vigore, poiché un'attuazione incoerente delle norme in materia di armonizzazione delle normative fiscali e delle norme in materia di aiuti di Stato risulta contraria al principio della certezza del diritto.

⁴² Si vedano in questo senso le sentenze della Corte di giustizia del 23 maggio 1985, causa 29/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica di Germania*, *Raccolta*, p. 1661; del 30 gennaio 1985, causa 143/83, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Danimarca*, *Raccolta*, p. 427; del 9 aprile 1987, causa C-120/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, *Raccolta*, p. 1733; del 26 febbraio 1991, causa C-119/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, *Raccolta*, p. I-621.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 1994, causa C-119/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, *Raccolta*, p. I-00393.

Per garantire al meglio il rispetto del principio in questione, agli Stati Membri è chiesto di seguire alcune regole e precisamente di: i) assicurarsi che le autorità nazionali diano effettiva applicazione alle direttive comunitarie; ii) le conseguenze legali che derivano dalle norme nazionali che recepiscono le direttive devono essere sufficientemente chiare e precise e iii) i loro destinatari devono essere consapevoli dei diritti loro attribuiti in modo da, laddove necessario, farli valere davanti al giudice nazionale⁴⁴.

Il principio di certezza del diritto è stato quindi considerato dalla Corte come limite alla discrezionalità di cui gli Stati membri godono nel recepire le direttive comunitarie all'interno del proprio ordinamento. Nel caso *Commissione c. Repubblica ellenica*⁴⁵ avente ad oggetto la trasposizione della direttiva 89/665 relativa alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, la Corte di giustizia ha stabilito che la certezza del diritto non è garantita quando, nonostante la giurisprudenza di uno Stato membro interpreti la normativa nazionale conformemente all'atto comunitario costituendo così un sistema di tutela giuridica provvisoria sufficiente ai sensi della direttiva stessa, la normativa nazionale non ha trasposto correttamente le condizioni stabilite dall' art. 2 della direttiva per quel che riguarda la facoltà degli organi degli Stati membri, competenti a conoscere dei ricorsi, di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Sempre in relazione alla stretta correlazione che intercorre tra la corretta trasposizione delle direttive comunitarie e il principio di certezza del diritto, nel caso *Emmott*⁴⁶ la Corte ha precisato che, poiché solo la corretta

⁴⁴ T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 1996, causa C-236/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, *Raccolta*, p. I-04459.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare*, *Raccolta*, p. I-04269. Successivamente la Corte, nella sentenza del 2 dicembre 1997, causa C-188/95, *Fantask A/S e.a. c. Industriministeriet*, *Raccolta*, p. I-06783, ha parzialmente rivisto l'interpretazione offerta nel citato caso *Emmott*, chiarendo che "il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro, che non ha

trasposizione della direttiva può garantire la certezza giuridica necessaria per pretendere dai singoli che essi facciano valere i loro diritti, fino a quel momento *“lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un' azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento. (Pertanto), il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell' ambito di un' azione avviata nei loro confronti da un singolo, dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall' art. 4, n. 1, della direttiva 79/7, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno”*.

Il rispetto dei termini processuali stabiliti dagli atti comunitari è stato in più occasioni ritenuto dalla Corte di giustizia come strumentale alla certezza del diritto. Nel caso *TWD*⁴⁷ la Corte ha escluso la possibilità per lo Stato membro destinatario di una decisione ex art. 93, n. 2, primo comma, del Trattato CEE di rimettere in discussione la validità di tale decisione nell' ambito di un ricorso per inadempimento, posto che *“i termini di ricorso sono intesi a preservare la certezza del diritto, evitando che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in questione all' infinito. Orbene, le stesse esigenze di certezza del diritto inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione adottata in forza dell' art. 93 del Trattato, che avrebbe potuto impugnare tale*

attuato correttamente la direttiva, di opporre alle azioni dirette al rimborso di tributi riscossi in violazione di tale direttiva un termine di prescrizione nazionale che decorra dalla data di esigibilità dei tributi di cui trattasi, qualora tale termine non sia meno favorevole per i ricorsi basati sul diritto comunitario di quello dei ricorsi basati sul diritto interno e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario”.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica Federale di Germania*, Raccolta, p. I-00833. La Corte ha concluso osservando che *“ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinanzi al giudice nazionale, opporsi all' esecuzione della decisione eccependo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini di ricorso”*.

decisione e che ha lasciato decorrere il termine imperativo all' uopo prescritto dall' art. 173, terzo comma, del Trattato, possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell' ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione”.

All'interpretazione della certezza del diritto quale esigenza di chiarezza delle norme è strettamente connesso, infine, anche il principio di legalità secondo il quale atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'Unione Europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative⁴⁸.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1961, causa 49/59, *SNUPAT c. Altà Autorità CECA*, *Raccolta*, p. 87.

3. Certezza del diritto come divieto di retroattività

Il contesto nel quale il principio di certezza del diritto trova forse la sua applicazione più naturale è quello dell'approvazione di norme con effetti retroattivi. Si tratta, cioè, di quelle situazioni in cui una disposizione legislativa produce effetti anche rispetto a vicende che si sono già concluse prima della sua entrata in vigore.

Non è difficile rendersi conto di come un'applicazione retroattiva delle norme si ponga in evidente contrasto con l'esigenza di consentire ai cittadini e alle imprese di programmare le proprie azioni nella consapevolezza delle conseguenze legali che ne conseguono. Tuttavia, nonostante questo concetto possa sembrare a molti banale o quasi scontato, il principio di certezza del diritto ha trovato vasta applicazione in tutte quelle situazioni in cui un'autorità pubblica ha introdotto una nuova disposizione di legge i cui effetti travolgevano anche quegli eventi che avevano avuto luogo prima dell'entrata in vigore della nuova misura legislativa⁴⁹.

Il divieto di retroattività delle norme è quindi naturale conseguenza dell'affermarsi del principio di certezza del diritto, soprattutto se si pensa, come si è già più volte sottolineato, alle conseguenze estremamente negative che una diversa impostazione potrebbe avere nel settore commerciale e degli investimenti. A proposito degli effetti pregiudizievoli che le norme con effetto retroattivo possono avere sugli operatori commerciali, appare particolarmente rilevante il ragionamento della Corte di Giustizia, secondo cui *“il principio di certezza del diritto (...) s'impone con*

⁴⁹ La stretta connessione tra il principio di certezza del diritto e il divieto di retroattività delle norme è stata evidenziata con chiarezza nelle sentenze della Corte di giustizia del 25 gennaio 1979, causa 98/78, *A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta*, p. 00069, e causa 99/78, *Weingut Gustav Decker KG c. Hauptzollamt Landau*, *Raccolta*, p. 00101. Nello stesso senso si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1993, causa C-34/92, *GruSa Fleisch GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, *Raccolta*, p. 1-4147; 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00, *P Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commission*, *Raccolta*, p. 1-7869; 26 aprile 2004, causa C-376/02, *Stichting 'Goed Wonen c. Staatssecretaris van Financien*, *Raccolta*, p. 1-3445; 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens et Association Agricole pour la Promotion de la Commercialisation Laitiere Procola c. Luxembourg*, *Raccolta*, p. 1-7315; 12 maggio 2011, causa C-161/06, *Skoma-Lux sro c. Celni feditelstvi Olomouc*, *Raccolta*, p. 1-10841.

*rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro (v., sentenze 15 dicembre 1987, causa 326/85, Paesi Bassi/Commissione, Racc. pag. 5091, punto 24, e la citata sentenza Halifax e a., punto 72). Ne consegue che è necessario (...) che i soggetti passivi abbiano conoscenza dei loro obblighi fiscali prima di concludere un'operazione*⁵⁰. È, in sostanza, necessario che le norme, preventivamente individuate dagli operatori del mercato, sulle quali hanno fatto affidamento in seguito ad uno studio approfondito sulla fattibilità dell'operazione, non vengano modificate in corso d'opera compromettendo così non solo la buona riuscita dell'operazione stessa, ma anche la credibilità e l'affidabilità dell'autorità da cui promana il provvedimento "ex post facto".

L'importanza del rispetto di tale principio è ancor più evidente laddove la retroattività riguardi l'imposizione di sanzioni penali. Nel caso *Kent Kirk*⁵¹, la Corte di giustizia ha negato che un atto comunitario potesse convalidare misure legislative nazionali che sanzionavano penalmente condotte che non erano punibili al momento in cui sono state commesse. In realtà il principio di non retroattività delle norme penali era già diffuso tra gli Stati Membri, in quanto affermato dall'art. 7 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (CEDU), che al primo comma prevede che "nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso"⁵².

Quando non si rientra nel campo del diritto penale, il giudice europeo ha riconosciuto delle eccezioni al divieto di retroattività. Secondo la Corte di

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 2007, causa C-409/04, *Teleos c. Commissioners of Customs & Excise*, Raccolta, p. I-07797.

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina c. Kent Kirk*, Raccolta, p. 02689.

⁵² Per una trattazione più esaustiva del divieto di retroattività di cui all'art. 7 CEDU si rinvia al terzo paragrafo del presente capitolo.

giustizia si deve distinguere, infatti, tra le disposizioni legislative che impongono sanzioni penali e quelle che invece non hanno tale portata.

Per questo motivo, nel caso *Fedesa*⁵³ la Corte non ha ravvisato la violazione del principio di non retroattività con riguardo alla direttiva 88/146 sul divieto di utilizzo di talune sostanze a natura ormonica da parte degli allevatori, adottata il 7 marzo 1988 ma entrata in vigore a partire dal 1 gennaio 1988. In questo caso la necessità di attribuire efficacia retroattiva alla direttiva approvata era dovuta alla volontà di impedire che si creasse un vuoto normativo in materia, dal momento che la sua entrata in vigore aveva determinato l'annullamento di quella fino ad allora vigente. Inoltre il tenore della direttiva 88/146 era rimasto sostanzialmente immutato, evitando così che si verificasse un'eventuale violazione del legittimo affidamento degli allevatori.

Il divieto di retroattività può trovare eccezione, al di fuori del contesto delle sanzioni penali, qualora dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito delle norme aventi effetto retroattivo risulti chiaramente che deve essere loro attribuita tale efficacia. E' quanto emerge⁵⁴ dal caso *Meiko-Konservenfabrik*⁵⁴

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-331/88, *Regina c. Fedesa*, *Raccolta*, p. I-04023.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983, causa 224/82, *Meiko-Konservenfabrik c. Repubblica Federale di Germania*, *Raccolta*, p. 2539. Nello stesso senso si vedano anche sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1981, cause riunite 212-217/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. s.r.l. Meridionale Industria Salumi*, *Raccolta*, p. 02735, e le più recenti sentenze della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-120/08, *Bavaria NV c. Bayerischer Brauerbund eV*, GUUE C 063 del 26 febbraio 2011 pp. 0002 – 0002 e del 14 luglio 2011, cause riunite C-4 e 27/10, *Bureau national interprofessionnel du Cognac c. Gust. Ranin Oy*, *Raccolta*, p. 00000: "Secondo giurisprudenza consolidata, in linea generale, il principio della certezza del diritto osta a che il momento iniziale dell'applicazione nel tempo di un atto dell'Unione decorra da una data anteriore a quella della sua pubblicazione, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati (v., in particolare, sentenze 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione*, *Raccolta* pag. 7869, punto 119, nonché 22 dicembre 2010, causa C-120/08, *Bavaria*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 40). 26 A tal riguardo, per garantire l'osservanza dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, le norme dell'Unione di diritto sostanziale devono essere interpretate come applicabili a situazioni createsi anteriormente alla loro entrata in vigore soltanto nei limiti in cui dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito di tali norme risulti chiaramente che dev'essere loro attribuita tale efficacia (v., in particolare, sentenze *Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione*, *cit.*, punto 119;

in cui la Corte, dopo aver riaffermato il principio secondo cui la certezza del diritto “*osta a che l’efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione*” aggiunge che “*una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato*”⁵⁵.

Lo stesso ragionamento viene ripreso anche nel caso *Gerekens*⁵⁶, in cui la Corte ha stabilito che il principio di certezza del diritto e di non retroattività non ostano a che, ai fini dell’applicazione di una normativa comunitaria che impone quote di produzione, uno Stato membro adotti una regolamentazione che si applica retroattivamente al superamento delle quote di produzione avvenuto dopo l’entrata in vigore di tali regolamenti, qualora lo scopo perseguito da siffatta regolamentazione nazionale lo richieda al fine di attuare correttamente ed efficacemente il regime del prelievo supplementare sul latte.

Dubbi sulla possibile ammissibilità di un’interpretazione retroattiva delle norme sono emersi anche in quelle situazioni caratterizzate da una cd. apparente retroattività: si tratta cioè di quelle misure che producono effetti per il futuro, ma che toccano anche eventi cominciati prima della loro entrata in vigore e non ancora conclusi. Il riferimento è al caso *Land Nordrhein-Westfalen*⁵⁷ in cui veniva messa in discussione l’applicabilità dell’art. 37 dell’accordo di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall’altra, che vietava a ciascuno Stato membro di assoggettare a trattamento discriminatorio rispetto ai propri cittadini, a causa della loro cittadinanza, i lavoratori polacchi, ad un contratto di lavoro a tempo determinato stipulato

Bavaria, cit., punto 40, nonché 24 marzo 2011, causa C-369/09 P, ISD Polska e a./Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 98)”.

⁵⁵ Si veda in merito anche la sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1991, causa C-368/89, *Crispoltoni*, *Raccolta*, pag. I-3695, che aggiunge che la giurisprudenza che ammette in determinate circostanze l’interpretazione retroattiva delle norme si estende anche ai casi in cui “*la retroattività non sia espressamente stabilita dall’atto stesso ma risulti dal suo contenuto*”.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens c. État du grand-duché de Luxembourg*, *Raccolta*, p. I-07315.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2002, causa C-162/00, *Land Nordrhein-Westfalen c. Beata Pokrzeptowicz-Meyer*, *Raccolta*, p. I-01049.

prima dell'entrata in vigore della norma in questione, ma il cui termine era fissato per una data successiva a quest'ultima. La Corte ha confermato che, secondo giurisprudenza costante⁵⁸, *“onde garantire l'osservanza dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, le norme comunitarie di diritto sostanziale devono interpretarsi nel senso che si possono applicare a situazioni createsi anteriormente alla loro entrata in vigore soltanto in quanto dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito di tali norme risulti chiaramente che dev'essere loro attribuita efficacia retroattiva”*. Si trattava, quindi, di capire se il contratto di lavoro a tempo determinato rappresentasse una situazione acquisita anteriormente all'entrata in vigore dell'accordo associativo e alla quale, di conseguenza, quest'ultimo non poteva applicarsi retroattivamente, oppure se gli effetti futuri del contratto potevano essere da questo regolati dal momento della sua entrata in vigore, conformemente al principio secondo il quale le norme nuove si applicano immediatamente alle situazioni in corso. Dal momento che un contratto di lavoro a tempo determinato continua a produrre i suoi effetti anche successivamente al momento della sua stipula e per tutta la sua durata, la Corte ha concluso che, non trattandosi di una situazione che poteva dirsi ormai acquisita al momento dell'entrata in vigore dell'accordo di associazione Comunità-Polonia, quest'ultimo poteva applicarsi al contratto di lavoro stipulato anteriormente alla sua entrata in vigore, senza per questo violare il principio di certezza del diritto o il legittimo affidamento.

L'interpretazione retroattiva delle norme è stata ammessa anche nel caso in cui si trattasse di misure aventi effetti più favorevoli per i destinatari rispetto a quelle precedentemente in vigore. Nel caso *Medici Grimm*⁵⁹ il Tribunale ha annullato l'art. 2 del regolamento (CE) del Consiglio 3

⁵⁸ Oltre alle pronunce già citate si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 10 febbraio 1982, causa 21/81, *Bout*, *Raccolta*, p. 381 e del 15 luglio 1993, causa C-34/92, *GruSa Fleisch*, *Raccolta*, p. I-4147.

⁵⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 29 giugno 2000, causa T-7/99, *Medici Grimm KG c. Consiglio dell'Unione europea*, *Raccolta*, p. II-02671, che al par. 90 ribadisce il concetto secondo cui: *“(...) benché, in linea di massima, il principio della certezza del diritto osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato”*.

novembre 1998, n. 2380, che modificava il regolamento (CE) n. 1567/97 che istituiva un dazio antidumping definitivo sulle importazioni di borsette in cuoio originarie della Repubblica popolare cinese riducendo tale dazio allo 0%, in quanto il Consiglio non ha conferito efficacia retroattiva alla modifica dell'aliquota del dazio antidumping rispetto ad alcuni prodotti importati nell'allora Comunità Europea da parte della ricorrente. Comportando, infatti, la norma in esame una situazione giuridica più favorevole per l'impresa ricorrente, il Tribunale ha concluso che il principio di certezza del diritto non ostava nel caso in esame ad un'applicazione retroattiva della norma⁶⁰.

Il principio di certezza del diritto ha poi trovato applicazione anche in relazione alle leggi ed ai procedimenti nazionali, specialmente laddove questi abbiano l'effetto di restringere la libera circolazione dei servizi all'interno del mercato comune⁶¹. La Corte di Giustizia non ha, infatti, esitato a censurare la progressiva pubblicazione ad opera del Ministero delle Politiche Agricole di tre diverse regole di comportamento applicabili alla medesima fattispecie, determinando così una forte incertezza. Secondo la Corte di Giustizia⁶², *“durante il procedimento precontenzioso e dinanzi alla Corte, la Commissione ha affermato che l'adozione del decreto del 2001 – entrato in vigore solo il 2 dicembre 2006, in seguito alla pubblicazione del provvedimento ministeriale attuativo previsto dall'art. 2 di tale decreto – la pubblicazione, nel 2002, della comunicazione alle imprese e quella, nel 2003, degli orientamenti per la costituzione di un dossier relativo all'impiego di un AF applicabili alle categorie di AF menzionati nell'allegato del decreto del 2001 (in prosieguo: gli «orientamenti») hanno generato una situazione di incertezza giuridica che costituisce di per sé un ostacolo ingiustificato all'art. 28 CE. 112. A tal riguardo, va rilevato che l'arco di tempo tra l'adozione del decreto del 2001 e la pubblicazione, in data 2 dicembre 2006, del decreto ministeriale che ha consentito l'entrata in*

⁶⁰ Si veda nello stesso senso anche sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 1997, causa C-310/95, *Road Air*, *Raccolta*, pag. I-2229.

⁶¹ MARESCA D., *op. cit.*, p. 29.

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 2010, causa C- 333/08, *Commissione Europea c. Repubblica di Francia*, *Raccolta*, p. I-00757.

vigore del suddetto decreto nonché la coesistenza durante tale periodo del decreto del 2001 e del decreto del 1912 hanno dato luogo ad una situazione di fatto ambigua, mantenendo negli operatori economici uno stato d'incertezza quanto alle possibilità di commercializzare in Francia AF o prodotti alimentari per la cui preparazione fossero stati impiegati AF, legalmente fabbricati e/o commercializzati in altri Stati membri".

CAPITOLO 2

LA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La revoca di provvedimenti legittimi – 3. La revoca di decisioni illegittime.

1. **Introduzione**

Il legittimo affidamento⁶³ rappresenta un'ulteriore espressione del principio di certezza del diritto e prevede che coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative. Questo corollario del principio di certezza del diritto è stato particolarmente utilizzato nel settore del diritto amministrativo, soprattutto in quelle situazioni in cui le pubbliche amministrazioni abbiano revocato o modificato degli atti che nel frattempo avevano spiegato effetti nei confronti dei loro destinatari. Vista la rilevanza di questa interpretazione del principio di certezza del diritto rispetto al tema e agli obiettivi di questo lavoro, vale la pena approfondirla più nello specifico rispetto alle altre interpretazioni descritte nel capitolo precedente.

L'esigenza di tutela a cui risponde il principio del legittimo affidamento nasce dal fatto che le pubbliche amministrazioni possono modificare per il futuro le proprie politiche con l'effetto di incidere, talvolta, sulla condotta di privati o imprese che avevano legittimamente agito secondo le regole previgenti. Ciò significa che un'autorità pubblica non può prendere, ad esempio, formalmente una decisione riguardante uno o più individui e revocarla successivamente oppure emettere un nuovo provvedimento in contrasto con il precedente, senza tener conto

⁶³ Per un approfondimento sulla teoria del legittimo affidamento si rimanda a ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; D'AMATO A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 2, p. 299; DELLA CANEPA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011; GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; GRAIG P., *op. cit.*, p. 611; LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; MAFFEI P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, p. 498; TESAURO G., *cit.*, p. 107; TRIDIMAS T., *cit.*, p. 273.

dell'affidamento che i suoi destinatari hanno fatto sugli effetti che il primo atto ha prodotto nei loro confronti, influenzandone le azioni⁶⁴. Il rispetto del legittimo affidamento può, quindi, contribuire ad accrescere la fiducia nelle amministrazioni e ad incentivare la collaborazione tra cittadini ed istituzioni.

La Corte si è espressa a tutela del principio di legittimo affidamento già alla fine degli anni '80 nel noto caso *Mulder*⁶⁵, in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un Regolamento in materia di politiche agricole dell'Unione. La Corte nella citata pronuncia osservava che: “(...) *non risulta né dalle disposizioni né dalla motivazione del regolamento n. 1078/77 che l'obbligo di non commercializzazione assunto sulla base di detto regolamento potrebbe comportare alla sua scadenza l'impossibilità di riprendere l'attività in causa. Una simile conseguenza lede dunque il legittimo affidamento che tali produttori potevano aver riposto nel carattere limitato degli effetti del regime cui essi si assoggettavano*”.

Non è, tuttavia, così automatico il riconoscimento della legittima aspettativa nel caso in cui si dovesse verificare una delle ipotesi appena delineate: chi, infatti, agisce per ottenere il riconoscimento della frustrazione del legittimo affidamento incorre in una serie di oneri probatori volti ad accertare i) quale fosse l'aspettativa in concreto; ii) quali ragioni avrebbero indotto l'amministrazione a discostarsi dai provvedimenti precedentemente emanati; iii) se le regole che hanno dato origine all'affidamento si erano sufficientemente cristallizzate e iv) se l'amministrazione ha predisposto adeguate norme di transizione a seguito del cambiamento d'indirizzo.

⁶⁴ GRAIG P., *op. cit.*, p. 611.

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*, *Raccolta*, p. 2321.

2. La revoca di provvedimenti legittimi

Una delle questioni chiave rispetto alla tutela del legittimo affidamento è fino a che punto le pubbliche amministrazioni siano vincolate al rispetto dei provvedimenti emessi e fino a che punto, invece, siano libere di revocarli.

Riassume bene il punto di vista della Corte di giustizia in merito la sentenza *Algera*⁶⁶: il caso riguardava un'impiegata con contratto di lavoro temporaneo all'Assemblea Comune alla quale, in seguito ad una decisione di un'apposita commissione, era stata assegnata una posizione permanente all'interno dell'istituzione. Tuttavia, a causa dell'insorgere di una controversia in cui era coinvolta quella stessa impiegata, l'Assemblea Comune decideva successivamente di rimuoverla dal suo ruolo revocando di conseguenza anche la decisione che le offriva una posizione permanente. La Corte di giustizia, dopo aver accertato che il provvedimento in questione potesse rappresentare a tutti gli effetti un provvedimento amministrativo in grado di attribuire dei diritti ai propri destinatari, afferma il principio generale secondo cui una tale misura, se legittima, non può essere revocata, in quanto *“la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola”*.

Questa impostazione viene ripresa dalla Corte anche nella decisione *Veli-Wallace*⁶⁷, estendendone la portata non solo a quei provvedimenti

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1957, causa 7/56 e 3-7/57, *Algera c. Assemblea Comune*, *Raccolta*, p. 39.

⁶⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1983, causa 159/82, *Angélique Verli-Wallace c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, p.02711. Nello stesso senso si veda anche la sentenza del Tribunale di primo grado del 20 novembre 2002, causa T-251/00, *Lagardère SCA e Canal+ SA c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, p.II-04825, dove il giudice europeo ribadisce che: *“la revoca retroattiva di un atto legittimo con il quale siano stati attribuiti diritti soggettivi o analoghi vantaggi è contraria ai principi giuridici generali (sentenze della Corte 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3/57-7/57, Algera e a./Assemblea comune CECA, Racc. pag. 79, in particolare pag. 112, e 22 settembre 1983, causa 159/82, Verli-Wallace/Commissione, Racc. pag. 2711, punto 8; sentenze del Tribunale 27 marzo 1990, causa T-123/89, Chomel/Commissione, Racc. pag. II-131, punto 34, e 5 dicembre 2000, causa T-197/99, Gooch/Commissione, Racc. PI pagg. I-A-271 e II-1247, punto 53)”*.

amministrativi che attribuiscono dei diritti soggettivi ai loro destinatari, ma anche a quelli che più in generale conferiscono “*analoghi vantaggi*”. La Corte di giustizia non ha, dunque, voluto limitare la tutela del legittimo affidamento ai diritti soggetti *stricto sensu*, ma ha voluto anzi estenderne la portata più in generale a quei provvedimenti amministrativi che assumono decisioni favorevoli nei confronti dei loro destinatari.

Particolarmente delicata è la situazione in cui il provvedimento iniziale venga revocato dalla pubblica amministrazione a seguito di un cambio di *policy*. In principio vale quanto già affermato poc’anzi, ovvero che una decisione legittima e favorevole, che ha creato un’aspettativa nel suo destinatario, non dovrebbe poter essere revocata a causa di un nuovo assetto normativo.

Esistono, tuttavia, delle eccezioni al divieto di revoca di atti amministrativi legittimi che, seppur apparentemente pacifiche, hanno trovato espresso riconoscimento nelle decisioni della Corte di giustizia.

Se non vi è alcun dubbio sul fatto che il consenso delle parti possa superare il limite del divieto di revoca, lo stesso effetto si ha quando il provvedimento che ha creato l’aspettativa iniziale è stato ottenuto con frode o sulla base di informazioni errate o incomplete⁶⁸. Qualora ricorra una simile ipotesi, l’atto amministrativo deve infatti considerarsi illegittimo, facendo così venir meno i dubbi sulla possibilità di revoca da parte dell’amministrazione: “*la domanda contiene indicazioni relative a circostanze di fatto riguardanti la situazione esistente e gli antefatti del progetto proposto. Tali indicazioni svolgono un ruolo importante per valutare la validità del progetto. Qualora successivamente emerga che esse non corrispondono alla realtà, la decisione di concessione del contributo è viziata da un errore di fatto e deve dunque essere ritenuta illegittima*”⁶⁹.

⁶⁸ Corte di giustizia del 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59, *Snupat c. Alta Autorità*, *Raccolta*, p.99.

⁶⁹ Sentenza del Tribunale del 28 gennaio 2004, causa T-180/01, *Euroagri Srl c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, p.II-00369.

3. La revoca di decisioni illegittime

Nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione revochi un provvedimento rivelatosi illegittimo dopo la sua promulgazione, occorre trovare un compromesso tra l'esigenza di non dare seguito ad un atto contrario alla legge e l'esigenza di tutelare chi vi ha fatto affidamento confidando sulla sua legittimità.

Il giudice europeo si è, quindi, trovato in più di un'occasione a dover effettuare un bilanciamento tra questi due diversi interessi, orientando le proprie decisioni in relazione alle circostanze del caso concreto. E' quanto successo, ad esempio, nella sentenza *Lagardère e Canal*⁷⁰ avente ad oggetto una decisione del 22 giugno 2000 della Commissione di autorizzazione ad una concentrazione, significativamente modificata da una successiva decisione del 10 luglio 2000 perché ritenuta erronea con riguardo all'individuazione delle restrizioni da implementare per poter portare a termine l'operazione. Il Tribunale di Prima istanza ha innanzitutto chiarito che *“la prova dell'illegittimità dell'atto revocato incombe all'istituzione da cui l'atto promana (...). Occorre altresì considerare che spetta a detta istituzione dimostrare che siano soddisfatte le altre condizioni per la revoca retroattiva di un atto”*. Non avendo la Commissione dimostrato l'illegittimità della decisione successivamente modificata, condizione invece essenziale per poter revocare l'atto, il Tribunale giunge alla conclusione che esso non poteva essere legittimamente revocato dal momento che *“la decisione 22 giugno 2000 presentava tutte le caratteristiche di un atto privo di un qualsiasi errore di natura tale da dover suscitare nelle ricorrenti, quali operatori economici diligenti, dubbi riguardo alla sua legittimità”*.

Il rapporto tra principio di certezza del diritto/tutela del legittimo affidamento e principio di legalità è affrontato con particolare chiarezza nella già citata sentenza SNUPAT⁷¹, considerata il *leading case* sul punto. La Corte ha dichiarato che nel bilanciamento tra questi principi è necessario

⁷⁰ Sentenza del Tribunale del 20 novembre 2002, causa T-251/00, *Lagardère SCA e Canal+ SA c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. II-04825.

⁷¹ Sub nota 57.

prendere in considerazione alcuni parametri quali i) la natura dell'illegittimità dell'atto; ii) se tale atto ha creato un'aspettativa nel suo destinatario; iii) l'impatto che la revoca avrebbe sul destinatario dell'atto originale e su terzi; iv) il tempo trascorso tra il provvedimento iniziale e la successiva revoca.

Proprio sulla base di questi parametri, la Corte di giustizia ha accolto il ricorso presentato dal Consorzio Cooperative d'Abruzzo contro una decisione della Commissione che rivedeva al ribasso (circa un miliardo in meno) l'importo previamente accordato per il finanziamento destinato alla realizzazione di un centro regionale per la lavorazione dei mosti e per l'imbottigliamento dei vini nel comune di Frisa. Partendo dal presupposto che la revoca di un atto illegittimo è consentita solo entro un termine ragionevole e se l'istituzione interessata ha tenuto adeguatamente conto della misura in cui il destinatario dell'atto ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso, il fatto che la Commissione abbia atteso ben due anni prima di rendersi conto dell'errore commesso nella decisione iniziale non rispetta certamente il requisito di ragionevolezza che le avrebbe consentito di revocare l'atto legittimamente. La Corte ha, quindi, ravvisato una violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, annullando la decisione di revoca emessa dalla Commissione.

Sempre con riguardo alla ragionevolezza del termine entro cui può essere ritenuta legittima la revoca, nella sentenza *Philippe Bui Van*⁷² il Tribunale della Funzione Pubblica precisa che: *“Per quanto riguarda la revoca di un atto amministrativo, dalla giurisprudenza discende che la ragionevolezza del termine di revoca deve essere valutata in funzione delle circostanze proprie di ciascuna causa, e, in particolare, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento delle parti coinvolte (sentenze Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, cit., punto 187, e Eagle e a./Commissione, cit., punto 66). Occorre tener altresì conto della natura creatrice o meno di*

⁷² Sentenza del Tribunale della funzione pubblica dell'11 settembre 2008, causa F-51/07, *Philippe Bui Van c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p.FP-I-A-1-00289; FP-II-A-1-01533.

diritti soggettivi dell'atto di cui trattasi e della ponderazione degli interessi (v., in tal senso, sentenze Snupat/Alta Autorità, cit., pag. 153, e Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken/Alta Autorità, cit., pag. 505), nel caso di specie dell'interesse del beneficiario alla conservazione di una situazione che egli poteva ritenere stabile e di quello dell'amministrazione a far prevalere la legittimità degli atti individuali nonché della necessità di tutelare le risorse finanziarie dell'istituzione".

Lo stesso bilanciamento di interessi ha condotto la Corte in altre occasioni a non rilevare una violazione del principio di legittimo affidamento. Nella sentenza *Cargill*⁷³ la revoca di un provvedimento della Commissione è stato ritenuto legittimo dal giudice europeo perché intervenuto dopo tre mesi dalla comunicazione della prima decisione, termine che soddisfa il requisito della ragionevolezza. Inoltre la Corte ha osservato che l'illegittimità dell'atto iniziale era dovuta ad un errore evidente di cui il destinatario non avrebbe potuto non accorgersi: *"Per quanto riguarda la maniera in cui la Commissione ha tenuto conto del modo in cui i beneficiari abbiano potuto fare affidamento sulla legittimità del regolamento n. 735/85, occorre rilevare che l'errore contenuto in tale atto era talmente manifesto che diversi operatori economici si sono rivolti, fin dal 22 marzo 1985, cioè il giorno stesso della sua pubblicazione, alla Commissione per avvertirla e informarsi circa i provvedimenti che essa intendeva adottare. In tale contesto, un operatore economico avveduto non poteva fare affidamento sulla legittimità di un atto contenente un simile errore"*.

Non può ugualmente trovare accoglimento il ricorso di chi invoca la violazione del legittimo affidamento senza dare sufficienti prove dell'affidamento che il provvedimento contestato aveva ingenerato. E' il caso della decisione *Alpha Steel*⁷⁴ dove la Corte di giustizia ha ritenuto legittima la revoca di un provvedimento da parte della Commissione poiché

⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 1991, causa C-365/89, *Cargill BV c. Produktschap voor Margarine*, Raccolta, p. I-03045.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 1982, causa C 14/81, *Alpha Steel c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. 749.

la sua correttezza era stata messa in discussione in precedenza dallo stesso ricorrente, che quindi non ha potuto dimostrare di aver fatto effettivamente affidamento sulla validità della decisione originale.

Per concludere l'analisi della giurisprudenza sul principio di certezza del diritto, così come elaborato dalla Corte di Giustizia, si può riassumere osservando che può essere ricondotto a tre regole concrete: la riserva legislativa, l'irretroattività e il legittimo affidamento. Il rispetto di tali parametri garantirà, come verrà più nel dettaglio spiegato in seguito, la legittimità dei provvedimenti pubblici di regolazione mentre l'assenza di tali caratteristiche causerà (e ha causato) l'ingiusta frustrazione dei programmi d'investimento degli operatori economici del mercato⁷⁵.

⁷⁵ La frustrazione dei programmi di investimento attraverso misure di regolazione illegittime è stata approfondita da MARESCA M., *Intervento pubblico nell'economia e nuovo diritto europeo*, in MARESCA M. (a cura di), *Lo Spazio Mediterraneo della Mobilità*, Udine, 2010, p. 109 ss.

CAPITOLO 3

LA CERTEZZA DEL DIRITTO COME DIRITTO FONDAMENTALE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'applicazione della certezza del diritto a sanzioni penali e a sanzioni personali amministrative: il valore extra penale del divieto di retroattività.

1. *Introduzione*

Prima dell'inquadramento del principio di certezza del diritto come diritto fondamentale dell'uomo, occorre, individuare i relativi canoni interpretativi che ne garantiscano un'applicazione ai cittadini in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea. Va, infatti, precisato che l'interpretazione dei diritti dell'uomo ha un suo proprio modo di essere rispetto alle fattispecie cui essi si applicano, che deriva dalla combinazione dei criteri elaborati tanto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea quanto dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo.

Per determinare, allora, anche la specifica portata della certezza del diritto occorre effettuare una breve ricognizione dei principali criteri interpretativi elaborati dalle due Corti con riferimento ai diritti fondamentali.

Assoluta e particolare centralità, e probabilmente maggiore rispetto alle altre disposizioni della Convenzione, assume l'interpretazione data all'art. 6 Cedu⁷⁶ che, attraverso un'applicazione costante nel tempo, ha

⁷⁶ L'art. 6 della Convenzione sul diritto a un equo processo recita: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.
2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.
3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:
(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 formulata a suo carico;
(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

consentito di delineare specificamente il diritto al contraddittorio e il diritto ad essere sentito personalmente. In particolare, la Corte di giustizia⁷⁷ ha stabilito che “a tale proposito, occorre rammentare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio fondamentale del diritto dell’Unione”. Anzi, lo standard di difesa di cui all’art. 6 Cedu, proprio per la sua costante utilizzazione nell’ambito dell’esperienza giuridica internazionale, può dirsi costituire principio generale in quanto tale che penetra nell’ordinamento comunitario in base al principio generale della conformazione del diritto dell’Unione Europea al diritto internazionale⁷⁸”.

Il delicato rapporto tra i principi generali del diritto dell’Unione europea e i diritti fondamentali è stato chiarito dalla Corte di giustizia anche con riferimento al principio del contraddittorio, ossia quello di essere sentiti, senza pregiudizio della propria vita ordinaria, privata e professionale. In particolare, la Corte⁷⁹ ha affermato che “per quanto riguarda più in particolare il diritto al contraddittorio in qualsiasi procedimento, che costituisce parte integrante del citato principio fondamentale”, si tratta di un principio generale del Diritto dell’Unione Europea, non solo in quanto sancito dagli articoli 47 e 48 della Carta, che garantiscono il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche in virtù dell’articolo 41 di quest’ultima, il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione.

(c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame 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 usata in udienza.”

⁷⁷ Sentenza della Corte del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, Raccolta p.I-01935.

⁷⁸ PELLET A., *Le fondaments juridiques, internationaux du droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol V, Leiden, 1997, p.252; SBOLCI L., *L’invalidità degli atti dell’Unione Europea per la violazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p.988; SICO L., *Ordinamento comunitario ed europeo*, in *Diritto Pubblico Comparato e dell’Unione Europea*, 2003, p.1712.

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.03461.

La stessa Corte di giustizia⁸⁰ ha sempre affermato l'importanza del diritto al contraddittorio e *“la sua portata assai ampia nell'ordinamento giuridico dell'Unione, considerando che tale diritto si applica a qualsiasi procedimento che possa sfociare in un atto lesivo”*.

Di conseguenza, incombe uno specifico dovere sullo Stato membro in quanto il diritto al contraddittorio implica anche che l'amministrazione competente presti tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni della persona coinvolta esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e motivando sufficientemente la sua decisione laddove l'obbligo di motivare una decisione in modo sufficientemente dettagliato e concreto, al fine di consentire all'interessato di comprendere le ragioni del diniego opposto alla sua domanda, costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa.

La specifica garanzia dell'art. 6 Cedu entra a far parte dell'ordinamento comunitario come principio generale in quanto prevede che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.

Tra le garanzie procedurali espressamente previste dalla Convenzione sembrano avere rilevanza le lett. b) e c) dell'art. 6 secondo cui

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione della Comunità Europee*, Raccolta p.01063. Con riferimento all'individuazione del contenuto di tale principio, la Corte ha inoltre stabilito che “il diritto al contraddittorio garantisce a chiunque la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il suo punto di vista durante il procedimento amministrativo prima dell'adozione di qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi (Corte giust., causa C-287/02 punto 37 del 9 giugno 2005, Spagna c. Commissione, e giurisprudenza ivi citata; Sopropé, cit., punto 37; Corte giust., causa C-141/08 P, punto 83, del 1 ottobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware c. Consiglio, nonché Corte giust., causa C-27/09 P, punti 64 e 65, del 21 dicembre 2011, France c. People's Mojahedin Organization of Iran) ”.

l'imputato ha il diritto di disporre delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa nonché di difendersi personalmente⁸¹.

Le citate sentenze in materia di diritti fondamentali di difesa implicano una caratteristica applicativa che connota anche il principio di certezza del diritto. Esse evidenziano una particolare applicazione delle relative norme internazionali: il fatto di appartenere contemporaneamente alle due categorie (principi generali del diritto comunitario e diritti fondamentali) estende le possibilità di tutela concrete per i cittadini: questi ultimi, infatti, potranno giovare dell'applicazione diretta delle suddette norme, in quanto appartenenti all'ordinamento dell'Unione europea; in secondo luogo, l'applicazione sostanziale dovrà tenere conto delle interpretazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che tradizionalmente amplia le possibilità di tutela dei cittadini.

Ad esempio, con riferimento all'interpretazione estensiva e analogica delle norme penali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fornito diverse interpretazioni dell'art. 7 Cedu⁸² secondo cui i giudici devono mantenersi entro un limite ragionevole di interpretazione estensiva, dettato dalla prevedibilità ed accessibilità alla giurisprudenza che fonda l'eventuale decisione analogica da parte del giudice.

Nel caso *Kokkinakis*⁸³, ad esempio, la Corte ha ritenuto che l'interpretazione estensiva basata sulla giurisprudenza interna era legittima in quanto la giurisprudenza sul fatto commesso (propaganda religiosa) era consolidata da molti anni e resa pubblica in modo tale da rendere il cittadino consapevole delle conseguenze penali della propria condotta. La Corte è

⁸¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Shtukurov c. Russia*, ricorso n. 44009/2005, 27 marzo 2008.

⁸² L'art. 7 Cedu, rubricato "*Nulla poena sine lege*" stabilisce che: "1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

⁸³ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n° 14307/88, 25 maggio 1993.

comunque decisa nello stabilire che il giudice non può giungere a modificare gli elementi costitutivi del reato a sfavore dell'accusato mentre la ragionevolezza dell'interpretazione estensiva può solamente giungere a includere nella formulazione originaria circostanze nuove che secondo l'evoluzione sociale/tecnologica/ecc. possono ragionevolmente essere inquadrate nella predetta fattispecie.

Quanto sopra è diventato, poi, parte integrante dell'ordinamento comunitario in virtù tanto dell'art. 9 del Trattato di Lisbona, quanto e soprattutto della sentenza sui Videoterminali⁸⁴ che ha sancito il divieto di interpretazione estensiva penale in quanto *“allorché si tratta di determinare l'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge. Tale principio, che fa parte dei principi generali di diritto che sono alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali, e in particolare dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*.

Si può, quindi concludere che la duplice veste del principio di certezza del diritto, ossia la sua appartenenza tanto alla categoria dei principi generali del diritto dell'Unione europea quanto a quella dei diritti fondamentali, implica una tutela multilivello sia sotto il profilo sostanziale che processuale: se infatti i cittadini potranno giovare dello strumento del rinvio pregiudiziale per un'applicazione diretta nel corso delle controversie nazionali, essi potranno anche, una volta esperite le vie di ricorso interne, ricorrere direttamente alla Corte europea dei diritti dell'Uomo.

⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996, cause riunite C-74 e C-129/95, *Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Torino e Pretura circondariale di Torino c. Italia*, Raccolta p. I-06609.

Tuttavia, in entrambi i percorsi, sarà possibile richiedere una tutela diretta attraverso la medesima cornice interpretativa costituita congiuntamente dalle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. L'applicazione della certezza del diritto a sanzioni penali e a sanzioni personali amministrative: il valore extra penale del divieto di retroattività

Ai sensi dell'art. 7 si esclude la retroattività nel caso di misure sanzionatorie. La nozione di pena deve essere interpretata, non in base ai concetti di diritto interno di ogni singolo Stato, bensì in base al senso che deve esser loro attribuito nell'ambito della Convenzione stessa ed alla luce dei principi propri di tale strumento⁸⁵.

Questa interpretazione della Corte consente di qualificare le diverse nozioni extra-penali di diritto interno (disciplinare, amministrativa, mista, cautelare). Nel noto caso *Welch* in particolare la Corte ha stabilito che la nozione di penalty deve essere interpretata autonomamente, e quindi prescindendo dalla lettura che ne offre in concreto il diritto interno, al fine di rendere la protezione ex art. 7 Cedu effettiva. Sostanzialmente, affinché una sanzione possa dirsi rilevante per la Cedu deve essere conseguenza diretta della sentenza principale. In questo contesto anche le sanzioni accessorie o conseguenti vanno comprese nella nozione di pena.

Il divieto di retroattività che, come detto, costituisce uno dei principali contenuti della certezza del diritto, ha avuto tradizionale applicazione nel campo penale anche in virtù della dizione letterale di cui all'art. 7 e della relativa nozione di pena appena precisata. Tuttavia, proprio l'incidenza dell'ordinamento comunitario precisata in introduzione e ribadita nel primo paragrafo del presente capitolo, comporta un particolare rapporto tra gli altri principi fondamentali dell'Unione europea e la certezza del diritto. Tra i vari principi che, nel tempo, hanno evidenziato un rapporto conflittuale con la certezza del diritto si vi è senza alcun dubbio il principio di democraticità ed il suo corollario dell'elettorato passivo.

Ai sensi dell'art.2 TUE: *“L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato*

⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Achour c. Francia*, , ricorso n. 67335/01, 10 novembre 2004.

di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

L’ordinamento dell’Unione Europea consacra come fondamentale il principio di democrazia, riconoscendo la centralità di tale principio nella esperienza di aggregazione. Cardine del processo democratico, come si è svolto in Europa, è il principio della partecipazione ad elezioni attraverso partiti politici che hanno il diritto di organizzarsi sia all’interno degli stati nazionali sia nei contesti europei. Ovviamente l’esercizio di questo diritto/dovere è regolato da una serie di presidi, non essendo ammissibile di per sé una incondizionata e sregolata competizione per il bene pubblico che non sia adeguatamente presidiata.

A fronte del presidio indicato si pone, in breve, il diritto di tutti i partiti di accedere all’agone della politica sempreché nel rispetto di alcune norme di comportamento che spetta agli Stati membri valutare, quando coerenti con l’obiettivo, ispirate al principio di proporzionalità e, specialmente, non tali da configurare una limitazione all’esercizio di siffatto diritto. Specifiche norme di presidio dell’attività dei partiti sono contenute nel Regolamento sul funzionamento del Parlamento europeo, sul ruolo dei gruppi politici e sul rapporto fra Parlamenti nazionali e Parlamento Europeo.

Oltre al citato art.2 TUE, la prassi della Commissione è, come è noto, molto specifica sia in tema di selezione delle caratteristiche degli Stati interessati ad aderire, sia a prescindere da tale valutazione. Così la Commissione non ha esitato a entrare nel merito di soluzioni nazionali per valutare la loro coerenza con il principio di democrazia, addirittura proponendo modificazioni ad assetti interni ed a norme specifiche.

Ma specificamente molto ampio è stato il dibattito che si è aperto nel corso degli ultimi due decenni del secolo scorso in ordine al c.d. deficit democratico. La stessa Corte di Giustizia in numerose occasioni è

intervenuta per presidiare la materia riconoscendo un ruolo specifico al Parlamento europeo, salvaguardando il ruolo dei Parlamenti nazionali⁸⁶.

Ora, avuto riguardo alla centralità del principio indicato, è logico ritenere che un provvedimento, anche personale, idoneo ad incidere sulla esistenza ed efficacia di un partito nazionale, possa essere assoggettato a valutazione anche alla luce del diritto dell'Unione Europea. Non ovviamente nel senso che non possano essere adottate norme che disciplinino l'accesso alla attività politica, ma nel senso che queste norme debbano presentare caratteristiche minime di proporzionalità e ragionevolezza.

Più precisamente, nel caso si tratti di partiti che incidano sull'ordinamento comunitario, norme nazionali che introducono elementi di discriminazione basati alla razza, la nazionalità o sulle condizioni sociali o personali sarebbero da censurare. Mentre disposizioni che limitino l'attività di partiti in conseguenza della violazione di norme penali poste in essere dai loro leader si sottrarrebbero ad ogni censura. Viceversa, il problema potrebbe porsi, di nuovo, nel caso di disposizioni che non si limitano a fissare requisiti e condizioni, ma che prevedono anche la decadenza nel caso di pronunce relative a comportamenti posti in essere in epoca risalente.

Ed a questo riguardo non può negarsi che il tema sia anche quello della interpretazione della democrazia e del suo rapporto con il mondo delle regole. Si contrappongono, infatti, due visioni della democrazia: la visione di chi crede che il più forte debba vincere, perché appunto più forte, o perché ha più voti; di converso la visione di chi crede che la democrazia si svolga solo all'interno di un contesto di regole e di garanzie che vanno rispettate. L'affermazione del diritto alla democrazia e la verifica delle regole che lo

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione Europea*, Raccolta p. I-00625. Si veda anche la precedente sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 1973, causa 139-73, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Firma Eugen Münch*, Raccolta p.01287.

presidiano è materia dell'Unione Europea quando si tratti di fattispecie rilevanti per l'integrazione europea.

Non si può escludere, quindi, che il diritto dell'Unione Europea, e segnatamente i principi generali di cui alla Cedu (artt. 6 e 7) o alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ovvero i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento si pongano come limiti di legittimità di tutte quelle disposizioni interne che, nello stabilire quale specifico requisito di accesso all'attività l'inesistenza di condanne penali, prevedano ulteriori sanzioni amministrative, tra cui, ad esempio, anche la decadenza dalla carica, in conseguenza di fatti che si sono verificati prima dell'assunzione della carica stessa del leader di un importante partito politico nazionale, in grado di incidere in modo significativo sulle dinamiche della democrazia, di fatto rendendone inefficace l'azione o addirittura pregiudicando la stessa esistenza di quel partito.

Infatti, il principio di tutela e promozione della democrazia è a pieno titolo un principio generale del diritto dell'Unione Europea in quanto sancito tanto dall'Atto Unico europeo (nel preambolo) quanto dall'art. 3 Prot. 1 Cedu. Mentre la rilevanza dell'Atto Unico europeo è stata più volte sottolineata dalla Corte di giustizia⁸⁷, tale diritto è stato recentemente ritenuto facente parte del diritto dell'Unione Europea in occasione della decisione *Pignataro*⁸⁸.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha, invece, fornito diverse interpretazioni dell'art. 3 prot. 1; in particolare, alla luce della sentenza *Paskas*⁸⁹, la sanzione di incandidabilità e decadenza dal mandato parlamentare, come conseguenza di una condanna penale, costituisce violazione dell'art. 3 della Cedu laddove la sanzione sia generale ed

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Bernard Connolly c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.I-01611. Nello stesso senso anche 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman e altri c. UEFA*, Raccolta p. I-4921.

⁸⁸ Ordinanza della Corte di giustizia del 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro c. Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania e altri*, Raccolta p. I-00050.

⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 34932/04, 6 gennaio 2011.

automatica senza alcun riferimento ed apprezzamento rispetto al fatto che ha generato la sentenza. L'articolo 3 del Protocollo n. 1 sancisce alcuni diritti soggettivi, tra i quali il diritto di elettorato attivo e passivo.

Anche se i diritti sanciti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1 non sono assoluti, in quanto vi è spazio per implicite limitazioni, spetta comunque alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo deliberare in ultima istanza sull'osservanza delle esigenze dell'articolo 3 del Protocollo n. 1; essa è tenuta ad accertare che le limitazioni non riducano i diritti in questione al punto di intaccarli nella loro stessa sostanza e di privarli della loro effettività, che esse perseguano uno scopo legittimo e che i mezzi impiegati non si rivelino sproporzionati.

In particolare, nessuna delle limitazioni deve ostacolare la libera espressione del popolo sulla scelta del corpo legislativo – in altre parole, esse devono riflettere, o quantomeno non contrastare, la preoccupazione di mantenere l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale volta a determinare la volontà del popolo attraverso il suffragio universale. Inoltre, ogni deroga al principio del suffragio universale rischia di scalzare la validità democratica del corpo legislativo così eletto e delle leggi da esso emanate.

Una restrizione generale, automatica ed indifferenziata di un diritto sancito dalla Convenzione e di importanza fondamentale supera un margine di apprezzamento accettabile, per quanto ampio, ed [era] incompatibile con l'articolo 3 del Protocollo n. 1. Ma il dubbio che sorge naturalmente all'interprete è quello della compatibilità tra il divieto di retroattività delle norme e le sanzioni amministrative che limitano la candidabilità, e prevedano una decadenza, solo ex post e rispetto a fatti pregressi rispetto alla partecipazione alla competizione elettorale.

Nulla quaestio se la decadenza dovesse operare nel caso in cui il fatto generatore della condanna preclusiva è stato posto in essere dopo l'entrata in vigore della norma. Ma se la sanzione penale accessoria che prevede la decadenza dalla carica elettiva consegue ad un reato

commesso prima dell'adozione della norma che introduce questo tipo di sanzione quale conseguenza di determinate categorie di reati, la decadenza opererebbe con effetto retroattivo e quindi in contrasto con il principio di certezza del diritto così come interpretato dalla Corte di giustizia e dalla Corte europeo dei diritti dell'uomo.

BIBLIOGRAFIA

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005

D'AMATO A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 2, p. 299

DELLA CANEPA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011; GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008

GRAIG P., *Legal Certainty and Legitimate Expectations*, in *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, p. 607

LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998

MAFFEI P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, p. 498

MARESCA D., *European Legal Principles Applicable to Infrastructures Regulation*, in *Regulation of Infrastructure Market*, Springer, 2013, p. 26

MARESCA M., *Intervento pubblico nell'economia e nuovo diritto europeo*, in MARESCA M. (a cura di), *Lo Spazio Mediterraneo della Mobilità*, Udine, 2010, p. 109

MAXEINER J.R., *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, 2007, p. 543

PELLET A., *Le fondements juridiques, internationaux du droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol V, Leiden, 1997, p.252

RAITIO J., *The principle of legal certainty in EC Law*, Dordrecht-Boston-Londra, 2003; TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 106

SBOLCI L., *L'invalidità degli atti dell'Unione Europea per la violazione del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p.988

SICO L., *Ordinamento comunitario ed europeo*, in *Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione Europea*, 2003, p.1712

TRIDIMAS T., *The general principles of EU law*, Oxford, 2006, p. 242

ELENCO DELLE DECISIONI CITATE

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1957, causa 7/56 e 3-7/57, *Algera c. Assemblea Comune*, *Raccolta* p. 39

Sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1961, causa 49/59, *SNUPAT c. Altà Autorità CECA*, *Raccolta* p. 87

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 1973, causa 139-73, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Firma Eugen Münch*, *Raccolta* p.01287

Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione della Comunità Europee*, *Raccolta* p.01063

Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 1979, causa 98/78, *A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta* p. 00069

Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 1979, causa 99/78, *Weingut Gustav Decker KG c. Hauptzollamt Landau*, *Raccolta* p. 00101

Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Administration des douanes c. Societe anonyme Gondrand Freres and Societe anonyme Garancini*, *Raccolta* p. 1931

Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1981, cause riunite 212-217/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. s.r.l. Meridionale Industria Salumi*, *Raccolta* p. 02735

Sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 1982, causa C 14/81, *Alpha Steel c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta* p. 749

Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983, causa 224/82, *Meiko-Konservenfabrik c. Repubblica Federale di Germania*, *Raccolta* p. 2539

Sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH e altri c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. 02633

Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1983, causa 159/82, *Angélique Verli-Wallace c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p.02711

Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.03461

Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 1984, causa 63/83, *Regina c. Kent Kirk*, Raccolta p. 02689

Sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1985, causa 143/83, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Danimarca*, Raccolta p. 427

Sentenza della Corte di giustizia del 23 maggio 1985, causa 29/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica di Germania*, Raccolta p. 1661

Sentenza della Corte di giustizia del 9 aprile 1987, causa C-120/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Raccolta p. 1733

Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*, Raccolta p. 2321

Sentenza della Corte di giustizia del 22 febbraio 1989, cause riunite 92 e 93/87, *Commissione c. Francia e Regno Unito*, Raccolta p. 405

Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1990, causa C-331/88, *Regina c. Fedesa*, Raccolta p. I-04023

Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1990, causa C-323/88, *Sermes c. Directeur des services des douanes de Strasbourg*, Raccolta p. I-3027

Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991, causa C-119/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Raccolta p. I-621

Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 1991, causa C-365/89, *Cargill BV c. Produktschap voor Margarine*, Raccolta p. I-03045

Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare*, Raccolta p. I-04269

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 maggio 1993, ricorso n° 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1993, causa C-34/92, *GruSa Fleisch GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Raccolta p. I-4147

Sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 1994, causa C-119/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, Raccolta, p. I-00393

Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione Europea*, Raccolta p. I-00625

Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Repubblica Federale di Germania*, Raccolta, p. I-00833

Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman e altri c. UEFA*, Raccolta p. I-4921

Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Raccolta pag. I-431

Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e altri c. Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, Raccolta p. I-00569

Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 1996, causa C-236/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, Raccolta p. I-04459

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996, cause riunite C-74 e C-129/95, *Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Torino e Pretura circondariale di Torino c. Italia*, Raccolta p. I-06609

Sentenza del Tribunale di primo grado del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio dell'Unione europea*, Raccolta p. II-00039

Sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 1997, causa C-310/95, *Road Air c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Raccolta, pag. I-2229

Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 1997, causa C-188/95, *Fantask A/S e.a. c. Industriministeriet*, Raccolta p. I-06783

Sentenza del Tribunale del 29 giugno 2000, causa T-7/99, *Medici Grimm KG c. Consiglio dell'Unione europea*, Raccolta p. II-02671

Sentenza della Corte del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, Raccolta p. I-01935

Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Bernard Connolly c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p. I-01611

Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00, *P Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commission*, *Raccolta*, p. 1-7869

Sentenza del Tribunale di primo grado del 20 novembre 2002, causa T-251/00, *Lagardère SCA e Canal+ SA c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta*, p.II-04825

Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2003, C-305/00, *Christian Schulin c. Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH*, *Raccolta* p. I-3525

Sentenza del Tribunale del 28 gennaio 2004, causa T-180/01, *Euroagri Srl c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta* p.II-00369

Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2004, causa C-376/02, *Stichting 'Goed Wonen c. Staatssecretaris van Financien*, *Raccolta* p. 1-3445

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens et Association Agricole pour la Promotion de la Commercialisation Laitiere Procola c. Luxembourg*, *Raccolta* p. 1-7315

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 novembre 2004, ricorso n. 67335/01, *Achour c. Francia*

Sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgium c. Commission*, *Raccolta* p. 1-2801

Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2005, C-199/03, *Irlanda c. Commissione*, *Raccolta* p. I-8027

Sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 2007, causa C-158/06, *Stichting ROM-projecten c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, *Raccolta* p. 1-5103

Sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 2007, causa C-409/04, *Teleos c. Commissioners of Customs & Excise*, Raccolta p. I-07797

Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 27 marzo 2008, ricorso n. 44009/2005, *Shtukaturov c. Russia*

Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Regina c. Secretary of State for Transport*, Raccolta p. I-4057

Sentenza del Tribunale della funzione pubblica dell'11 settembre 2008, causa F-51/07, *Philippe Bui Van c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.FP-I-A-1-00289

Ordinanza della Corte di giustizia del 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro c. Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania e altri*, Raccolta p. I-00050

Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol GmbH 6-Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, Raccolta p. 1-8343

Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 2010, causa C- 333/08, *Commissione Europea c. Repubblica di Francia*, Raccolta p. I-00757

Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2011, causa C-161/06, *Skoma-Lux sro c. Celni feditelstvi Olomouc*, Raccolta, p. 1-10841

Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2011, cause riunite C-4 e 27/10, *Bureau national interprofessionnel du Cognac c. Gust. Ranin Oy*, non ancora pubblicata

Sentenza del Tribunale del 21 marzo 2012, cause riunite T-50, 56, 60 e 62/06 RENV, *Irlanda, Repubblica francese, Repubblica italiana, Eurallumina SpA e Aughinish Alumina Ltd c. Commissione europea*, non ancora pubblicata

Sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 2012, causa C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) c. État belge*, non ancora pubblicata

PARTE II

IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO COME STRUMENTO DI PROMOZIONE DEL MERCATO

CAPITOLO 1

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI, DELLE PERSONE E DELLE SOCIETÀ: IL CAMBIAMENTO DELLE REGOLE A VALLE DELL'ACCESSO AL MERCATO E LA CONSEGUENTE VIOLAZIONE DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa: lo standard europeo del mercato unico dei servizi e del lavoro – 2. La libera prestazione dei servizi: la nozione di servizio – 3. La libertà di stabilimento: l'attività professionale – 4. La libera circolazione dei lavoratori: la nozione di lavoratore – 5. Diritti degli investitori stranieri a seguito di violazione della certezza del diritto a valle dell'accesso al mercato interno – 6. Diritti degli investitori a valle dell'accesso al mercato interno: il rapporto tra certezza del diritto e il diritto di proprietà.

1. Premessa: lo standard europeo del mercato unico dei servizi e del lavoro

Com'è noto, le norme europee in materia di mercato interno, contenute nel Titolo IV, Capo I del TFUE (artt. 45 ss.), produttive di effetti diretti, obbligano gli Stati membri a garantire la piena libertà di accesso al mercato del lavoro e dei servizi, sia con riferimento alle posizioni temporanee che a quelle permanenti. Queste norme costituiscono la base del quadro regolatorio europeo che consente alle imprese di conoscere in anticipo le prescrizioni giuridiche a cui sono soggette relativamente all'interferenza delle amministrazioni pubbliche nei mercati di riferimento. Prima di determinare le conseguenze dell'eventuale mutamento arbitrario delle condizioni regolatorie, occorre descrivere brevemente il contenuto e la portata delle suddette norme.

L'effettività di tali obblighi è ormai chiara e consolidata dall'applicazione delle norme in materia di libera prestazione dei servizi (art. 56 Tfeue), libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE).

Secondo il *corpus* di norme sulla libera circolazione dei servizi ogni cittadino europeo è libero di esercitare una prestazione temporanea e

senza vincolo di subordinazione a favore di un'altra persona senza che la sua attività incontri dei limiti di segno pubblicistico, imposti dallo Stato. Tale libertà è, peraltro, riconosciuta anche per chi intenda stabilire la propria attività in modo permanente, fruendo della c.d. libertà di stabilimento. Analogo diritto è riconosciuto ai lavoratori dipendenti, ossia a coloro che svolgono un'attività subordinata dietro pagamento di un salario predeterminato.

L'applicazione di tali norme presuppone, quindi, che una persona giuridica o fisica stabilita nell'Unione europea intenda svolgere, alternativamente, una prestazione temporanea o un'attività permanente senza l'indebita e sproporzionata ingerenza dello Stato membro. Un provvedimento nazionale (legislativo, amministrativo o giudiziario) che abbia una incidenza sul diritto di cui sopra si porrebbe in contrasto con i citati articoli del TFUE e andrebbe automaticamente disapplicato dalle autorità nazionali preposte, salvi i casi di specifica esclusione.

L'unico margine di apprezzamento consentito alle autorità nazionali è quello delle esigenze di ordine pubblico, sanità e sicurezza pubblica. Solo in ragione di tali motivazioni è possibile che uno Stato membro adotti un provvedimento che limiti l'accesso ad un'attività economica (ossia ad un mercato). Peraltro, l'esistenza di una siffatta motivazione deve essere accompagnata dal rispetto del principio di proporzionalità e ragionevolezza: la misura adottata deve essere idonea a perseguire l'esigenza pubblicistica (di rilevanza europea) e non deve andare oltre quanto necessario per conseguirla; in sostanza, non deve essere possibili adottare diverse misure che siano idonee a garantire il medesimo scopo e siano meno incisive delle libertà fondamentali europee.

2. La libera prestazione dei servizi: la nozione di servizio

La certezza del diritto rispetto alle norme sul mercato interno si caratterizza, quindi, per la demarcazione dei limiti di legittimità dei provvedimenti nazionali rispetto alle attività economiche che ricadono nell'ambito di applicazione del Trattato. Si può fare, in primo luogo riferimento, ai c.d. servizi. Ai sensi dell'art. 56 TFUE, sono considerate come servizi le prestazioni fornite, con carattere temporaneo, normalmente dietro retribuzione, nella misura in cui non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni. La giurisprudenza ha poi precisato la nozione di servizio identificando tre requisiti la cui sussistenza consente di attivare la protezione comunitaria. In primo luogo si deve trattare dell'esercizio a titolo temporaneo di un'attività; in secondo luogo, tale attività deve essere svolta senza vincolo di subordinazione e, infine, senza un salario, ma solamente dietro compenso temporaneo.

Il Trattato (art. 51) prevede però che sono escluse dall'applicazione delle disposizioni delle norme sul mercato interno le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. L'attività politica parrebbe il classico esempio di esercizio di pubblici poteri. In giurisprudenza i pubblici poteri sono stati riscontrati dalla Corte di giustizia ai Comandanti di navi⁹⁰ mentre sono stati ritenuti assenti nei confronti dei notai⁹¹.

Con particolare riferimento all'esclusione dei lavoratori che esercitano pubblici poteri, la Corte di Giustizia, nel citato caso *Anker*, ha stabilito che *“l'art. 39, n. 4, CE dev'essere interpretato nel senso che*

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras e Albertus Snoek c. Bundesrepublik Deutschland*, Raccolta p. I-10447.

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011, causa C-54/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. I-04355.

autorizza uno Stato membro a riservare ai suoi cittadini l'impiego di comandante di navi battenti la sua bandiera adibite alla piccola pesca d'altura solo a condizione che i poteri d'imperio attribuiti ai comandanti delle suddette navi vengano effettivamente esercitati in modo abituale e non costituiscano una parte molto limitata delle loro attività.

Infatti, la portata di questa deroga alla libera circolazione dei lavoratori riguardante gli impieghi nella pubblica amministrazione dev'essere circoscritta a quanto strettamente necessario alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato membro interessato, che non si può porre a repentaglio qualora determinati poteri pubblici vengano esercitati solo in modo sporadico, o addirittura eccezionalmente, da parte di cittadini di altri Stati membri".

Si vede con evidenza che la nozione di esercizio di pubblici poteri implica l'esercizio di prerogative che consentano di incidere direttamente sulla volontà delle persone, ossia di poteri coattivi, come nel caso del comandante della nave. Deve essere esclusa così la sussistenza dei pubblici poteri, e quindi deve essere affermata l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione dei servizi, ogni qualvolta l'attività esercitata, ancorché nell'ambito dell'amministrazione pubblica e ancorché a carattere e di interesse generale, non incida sulla volontà delle persone ma abbia una funzione successiva al formarsi di tale volontà come nel caso dei notai⁹².

⁹² Questo ragionamento è evidente nella citata sentenza della Corte di Giustizia C-54/08, in cui si legge che "al fine di stabilire se le attività affidate ai notai comportino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, occorre prendere in considerazione la natura delle attività svolte dai notai. A tal riguardo, una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, primo comma, CE non è presente nelle varie attività svolte dai notai, nonostante gli effetti giuridici importanti conferiti ai loro atti, poiché rivestono un'importanza particolare la volontà delle parti oppure il controllo o la decisione del giudice.

Infatti, da un lato, per quanto riguarda gli atti pubblici, sono oggetto di autenticazione solo gli atti o le convenzioni cui le parti hanno liberamente aderito, mentre il notaio non può modificare unilateralmente la convenzione che è chiamato ad autenticare senza avere preliminarmente ottenuto il consenso delle parti. Peraltro, pur se è vero che l'obbligo di verifica incombente ai notai persegue un obiettivo di interesse generale, nondimeno, il mero fatto di perseguire tale obiettivo non può giustificare che le prerogative necessarie a tal fine siano riservate ai soli notai cittadini dello Stato membro interessato, né essere

L'efficace sintesi delle caratteristiche delle attività pubblicistiche di cui alla sopra esposta sentenza consente di delimitare ancor meglio i confini delle attività che godono della stabilità regolatoria, ossia della certezza del diritto all'interno dell'Unione europea; sarà, infatti, necessario che le attività prestate siano soggette alle normali regole del mercato e non costituiscano, invece, l'espressione di una potestà meramente autoritativa e pubblicistica. Rileva, sotto tale profilo la possibilità di incidere sulla volontà degli utenti: ogni qualvolta l'attività si configuri come una soggezione delle persone all'autorità del soggetto che presta l'attività, non si è in presenza di prestazioni soggette alle regole sul mercato interno con la conseguenza che non vi è alcuna esigenza di garantire la certezza del diritto.

Quest'ultima è, infatti, strettamente legata all'esistenza di un rischio d'impresa tipico delle attività di mercato: non c'è alcuna ragione per proteggere la stabilità economica delle attività meramente autoritative e sussidiate dallo Stato proprio perché queste ultime non sono, di per sé, soggette al rischio d'impresa.

sufficiente a far considerare un'attività come partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.

D'altro lato, per quanto attiene all'efficacia esecutiva, pur se l'apposizione, da parte del notaio, della formula esecutiva sull'atto pubblico conferisce a quest'ultimo efficacia esecutiva, questa si fonda sulla volontà delle parti di stipulare un atto o una convenzione, dopo verifica, da parte del notaio, della loro conformità con la legge, e di conferire loro detta efficacia esecutiva. Parimenti, l'efficacia probatoria di cui gode un atto notarile rientra nel regime delle prove e non ha quindi rilevanza diretta ai fini della questione di stabilire se l'attività comportante la redazione di detto atto, di per sé considerata, costituisca una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, tanto più che l'atto notarile non vincola incondizionatamente il giudice nell'esercizio del suo potere di apprezzamento, giacché quest'ultimo decide in base al suo intimo convincimento.

Tali considerazioni si applicano, mutatis mutandis, agli atti che devono essere conclusi mediante atto notarile a pena di nullità, quali, in particolare, i contratti riguardanti l'acquisto e il trasferimento del diritto di proprietà su un terreno e il trasferimento di un patrimonio attuale, le promesse di donazione, le convenzioni matrimoniali, i patti relativi a una successione futura e i contratti di rinuncia a una successione o alla riserva ereditaria, nonché per quanto riguarda l'intervento del notaio in materia di diritto societario.

Uno Stato membro non può neppure invocare, a tal riguardo, la competenza conferita ai notai, in un determinato Land, per autenticare gli atti che stabiliscono un'unione civile registrata tra persone dello stesso sesso, poiché una tale unione, per produrre i suoi effetti, deve inoltre essere iscritta al registro dello stato civile a cura dell'ufficio dello stato civile, il quale è peraltro incaricato della gestione di detto registro".

3. La libertà di stabilimento: l'attività professionale

Dalla nozione di servizio, dotata di un carattere intrinsecamente temporaneo, va distinto l'esercizio stabile di un'attività economica all'interno di uno Stato membro diverso da quello di costituzione dell'impresa.

Sono, così, soggette alla garanzia della certezza del diritto tutte le attività economiche per il cui esercizio continuativo e definitivo è necessario stabilire una filiale o una sede principale in un determinato Stato membro. In tale ipotesi, viene in rilievo l'art. 49 TFUE che tutela il diritto di stabilirsi di qualsiasi impresa che intenda svolgere un servizio in via definitiva in uno Stato membro dell'Unione europea.

Sotto questo profilo, sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea tutte le misure pubblicistiche che limitano in modo sproporzionato il diritto di stabilire in un determinato Stato membro la sede principale o secondaria di un'attività economica.

Anche per il diritto di stabilimento valgono le stesse eccezioni già richiamate per la libera prestazione dei servizi con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza e alla salute.

Analogamente, fruiscono del diritto di stabilimento sono le attività che non si caratterizzano per l'esercizio autoritativo di pubblici poteri in quanto non essendo soggette al rischio d'impresa, non vi è alcuna ragione di garantire il quadro regolatorio stabile ed, in ultima analisi, la certezza del diritto. Si richiama sul punto la già citata Sentenza della del 24 maggio 2011, causa C-54/08, secondo cui *“viene meno agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art. 43 CE, uno Stato membro la cui normativa impone un requisito di cittadinanza per l'accesso alla professione di notaio, laddove le attività affidate ai notai nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro non partecipino all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45, primo comma, CE. A tal riguardo, l'art. 45, primo comma, CE costituisce una deroga alla norma fondamentale della libertà di stabilimento che deve essere interpretata in maniera che la sua portata si limiti a ciò che è*

strettamente necessario per tutelare gli interessi che tale disposizione permette agli Stati membri di proteggere. Inoltre, tale deroga deve essere circoscritta alle sole attività che, di per sé considerate, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri.

Infine, relativamente allo specifico status dei notai, in primo luogo, dal fatto che la qualità dei servizi forniti può variare da un notaio all'altro in funzione, segnatamente, delle capacità professionali delle persone interessate risulta che, nei limiti delle loro rispettive competenze territoriali, i notai esercitano la loro professione in condizioni di concorrenza, circostanza che non è caratteristica dell'esercizio dei pubblici poteri. In secondo luogo, il notaio è il solo responsabile degli atti compiuti nell'ambito della sua attività professionale".

In questo interessante passaggio, la Corte sottolinea l'essenzialità dell'esistenza di un rapporto di concorrenza tra i soggetti che prestano le attività economiche individuate. È proprio il rapporto tra concorrenza e certezza del diritto che connota l'esigenza di un quadro giuridico stabile e preventivamente programmabile. L'assenza di concorrenza sottrae, invece, un'attività dall'applicazione delle norme sul mercato interno e, di conseguenza, dalla garanzia della certezza del diritto.

Non va, però, confusa l'esistenza di una concorrenza con la possibilità di instaurare un monopolio legale per ragioni di interesse generale ai sensi dell'art. 106 Tfeue. Può infatti accadere che la concorrenza si configuri anche in un momento a monte dell'accesso al mercato: in tali casi, infatti, continuano ad applicarsi le garanzie comunitarie della certezza del diritto. In quest'ultima situazione, la tutela garantita alle imprese comunitarie si concretizza nella regola legittimo affidamento, ossia nella rispondenza del comportamento dell'amministrazione alle regole cristallizzate al momento dell'accesso al mercato da parte dell'impresa, ossia, ad esempio, al momento dell'aggiudicazione dell'incarico di servizio pubblico.

4. La libera circolazione dei lavoratori: la nozione di lavoratore

La terza fattispecie tutelata dalla certezza del diritto nel mercato interno è il lavoro subordinato. Per le attività svolte con vincolo di subordinazione i cittadini europei godono dell'applicazione dell'art. 45 TFUE che, per proteggere la libertà di circolazione dei lavoratori, indica tre requisiti: *in primis*, il lavoro svolto deve costituire un'attività principale e non marginale per il soggetto in questione; in secondo luogo, il lavoratore deve svolgere l'attività con vincolo di subordinazione e, infine, dietro corresponsione di un salario.

Per poter inquadrare la nozione di lavoratore si può fare riferimento alla Sentenza della Corte in seduta plenaria del 23 marzo 2004, Causa C-138/02⁹³, secondo cui *“la nozione di lavoratore, ai sensi dell'art. 48 del Trattato e del regolamento n. 1612/68, riveste portata comunitaria e non dev'essere interpretata in modo restrittivo. Deve considerarsi «lavoratore» ogni persona che presti attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo tale giurisprudenza, dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione”*⁹⁴.

Va segnalato che la norma esclude dal suo ambito di applicazione gli impieghi nelle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, la Corte ha applicato tali garanzie anche a soggetti che, sebbene avessero un rapporto economico con un'amministrazione, esso non poteva essere qualificato come pubblico impiego e non sfuggiva quindi, alle garanzie dell'art. 45 TFUE.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004, Causa C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, Raccolta p. I-02703.

⁹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in Raccolta p. 2121 e sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meeusen*, Raccolta p. I-3289.

Ad esempio, in materia universitaria, secondo la Sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C-94/07⁹⁵, *“il ricercatore che prepari una tesi di dottorato sulla base di un contratto di borsa di studio concluso con un’associazione di pubblica utilità che gestisce istituti di ricerca scientifica, costituita in base al diritto privato di uno Stato membro, deve essere considerato lavoratore ai sensi dell’art. 39 CE soltanto se esercita la sua attività per un determinato periodo di tempo sotto la direzione di un istituto appartenente a tale associazione, e se percepisce una retribuzione a titolo di controprestazione per tale attività. Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche di fatto necessarie al fine di valutare se tali presupposti ricorrano nella causa.*

A questo proposito, la nozione di «lavoratore» ai sensi dell’art. 39 CE ha portata comunitaria e non deve essere interpretata in modo restrittivo. Deve essere considerato «lavoratore» ogni persona che svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione”.

Sempre al fine di identificare meglio i confini della nozione di lavoratore che abbia un rapporto continuativo con una pubblica amministrazione ma che goda, comunque, delle garanzie offerte dal diritto comunitario, si può fare riferimento alla Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-413/01⁹⁶, secondo cui *“un’attività lavorativa esercitata a tempo determinato per un periodo di due mesi e mezzo da un cittadino di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, di cui egli non ha cittadinanza, può attribuirgli lo status di lavoratore, ai sensi dell’art. 48 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE), qualora*

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-94/07, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e V.*, Raccolta, p. I-05939.

⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, Raccolta p. I-13187.

l'attività lavorativa esercitata non abbia carattere puramente marginale e accessorio. Spetta al giudice del rinvio procedere agli accertamenti di fatto necessari a valutare se tali elementi ricorrano nella controversia di cui esso è investito. Non sono pertinenti al riguardo circostanze anteriori o posteriori al periodo di lavoro, quali il fatto che l'interessato: ha iniziato questo lavoro solo qualche anno dopo l'ingresso nello Stato membro ospitante; ha acquisito, poco tempo dopo la conclusione del suo breve rapporto di lavoro a tempo determinato, il titolo per accedere agli studi universitari nello Stato membro ospitante, avendo concluso gli studi superiori nel proprio paese di origine, o si è adoperato per trovare una nuova attività lavorativa tra la conclusione del rapporto di lavoro a tempo determinato e l'inizio degli studi universitari".

5. Diritti degli investitori a valle dell'accesso al mercato interno: il rapporto tra certezza del diritto e il libero esercizio dell'attività economica

Fra i principi generali del diritto comunitario che maggiormente si legano al principio di certezza del diritto, inequivocabilmente desunto dal diritto internazionale e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vi è il principio del diritto al libero esercizio di un'attività economica. Anche la Corte di giustizia non ha esitato in più occasioni, come vedremo in prosieguo, a sintetizzare e precisare tale principio, a fianco del diritto alla proprietà, suggerendone una lettura strettamente connessa, se non addirittura sovrapponibile, alla certezza del diritto e, comunque, non distante da quella offerta tradizionalmente dalla Corte Costituzionale italiana nella prospettiva dell'art. 41 della Costituzione.

In breve, ogni cambiamento autoritativo dei regimi giuridici cristallizzati al momento dell'accesso al mercato, nella misura in cui dà luogo ad una sostanziale limitazione dei diritti già riconosciuti ai prestatori di un'attività economica, confligge con un principio generale del diritto comunitario ricostruito dalla giurisprudenza, ma i cui contenuti sono stati ripresi all'art. 16 della Carta di Nizza recettiva dei diritti fondamentali dove si legge: *“è riconosciuta la libertà di impresa conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni nazionali”*.

Da una lettura combinata della norme ricordate, e sulla base delle pronunce della Corte di Giustizia, è possibile individuare un diritto allo svolgimento delle attività economiche nell'ambito del territorio comunitario. Il profilo di incompatibilità delle misure pubblicistiche autoritative potrebbe essere individuato proprio nel suo contrasto tanto con il principio di certezza del diritto quanto con un principio generale, il libero esercizio dell'attività economica, che il diritto comunitario ha fatto proprio a partire dai principi costituzionali degli Stati membri.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, come si ricordava, in diverse occasioni ha ribadito questo principio. Nella pronuncia *Nold* al punto 14⁹⁷, si afferma che tra i diritti tutelati dalle costituzioni degli Stati membri vi è anche quello del libero esercizio delle attività economiche. Questo diritto, afferma la Corte, fa parte dei principi generali tutelati dalla Corte di Giustizia: *“come questa Corte ha già avuto occasione di affermare, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l’osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. Benché l’ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell’interesse pubblico. Nell’ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d’interesse generale perseguiti dalla comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell’impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d’indole commerciale, la cui natura aleatoria e insita nell’essenza stessa dell’attività economica”*.

Nello stesso senso, in occasione della sentenza *Hauer*⁹⁸ la Corte di giustizia ha affermato che: *“I diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza, nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella comunità provvedimenti incompatibili coi*

⁹⁷ Sentenza della Corte di Giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *cit.*

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, causa 44/79, *cit.*

diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti Stati. Gli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno collaborato o aderito, possono del pari fornire indicazioni di cui si deve tener conto nell'ambito del diritto comunitario al pari del diritto di proprietà, il diritto al libero esercizio delle attività professionali, ben lungi dal costituire una prerogativa assoluta, va considerato alla luce della funzione sociale delle attività tutelate”.

Anche nella sentenza *Zuckerfabrik*⁹⁹ la Corte ha precisato l'esistenza del principio del libero esercizio delle attività economiche e afferma che: “*va ricordato che la Corte ha già riconosciuto che possono essere apportate restrizioni all'applicazione del diritto di proprietà e al libero esercizio di un'attività professionale, in particolare, nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*”¹⁰⁰.

Ed ancora, nella sentenza *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*¹⁰¹, nuovamente la Corte fa riferimento alla libertà di impresa come principio garantito dalle Costituzioni degli Stati membri e dall'ordinamento giuridico comunitario.

Su un tema limitrofo, quale quello del libero esercizio delle attività professionali, anch'esse tutelate dalla certezza del diritto, la Corte ha affermato nella sentenza *Édouard Dubois et Fils*¹⁰² che il rapporto tra le attività professionali e le ingerenze delle amministrazioni pubbliche competenti è strettamente dipendente dal parametro della proporzionalità:

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckefabrik*, *Raccolta* p.415.

¹⁰⁰ Si veda, nello stesso senso la sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1989, causa C-265/87, *Schraeder*, *Raccolta* p. 2237.

¹⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 1999, causa C-161/97, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*. *Commissione*, *Raccolta* p.2057.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1998, causa T-113/96, *Édouard Dubois et Fils c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta* p.125.

“Il diritto al libero esercizio delle attività professionali fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Tale principio non costituisce tuttavia una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni al libero esercizio di un'attività professionale, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito”.

Il medesimo ragionamento è stato approfondito e chiarito dall'avvocato generale Stix Hackl nelle conclusioni relative al caso *Di Lenardo Adriano S.r.l.*¹⁰³ in cui effettua un parallelismo tra la libertà di esercizio dell'attività economica e la libertà negoziale: *“il diritto alla libertà di impresa viene espressamente qualificato come una specie del diritto al libero esercizio dell'attività professionale. Anche ove la Corte parla di libertà di impresa e di libertà negoziale come di due nozioni distinte, si tratta sempre dell'unico diritto al libero esercizio dell'attività professionale ovvero alla libera attività economica, solo che manca una terminologia unitaria”.* In questo senso, la libertà negoziale diventa il principale parametro di legittimità anche nell'applicazione del principio di certezza del diritto tanto che la Pubblica amministrazione contraente rimane obbligata a rispettare tutte le clausole cristallizzate al momento della formazione della volontà negoziale, non potendo derogare a tali disposizioni nemmeno attraverso l'esercizio del potere legislativo.

Tale copertura, che si estende ad ogni potere pubblicistico, deriva, in particolare dalla nota *primauté* del diritto dell'Unione europea e dalla particolare fonte di tale ordinamento a cui il principio di certezza del diritto appartiene, così come quello di proprietà e di libero esercizio delle attività economiche, ossia i principi generali del diritto dell'Unione europea. Come anticipato nei capitoli precedenti, tali principi costituiscono parte integrante

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2004, Cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo Adriano S.r.l.*, *Raccolta* p. 6911.

del diritto primario dell'Unione europea che, in virtù della relativa applicazione diretta, implicano la necessaria disapplicazione di ogni provvedimento nazionale incompatibile con essi. Tanto che secondo la Corte Giustizia¹⁰⁴, *“sia il diritto di proprietà sia la libertà di esercizio delle attività professionali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario”*.

Peraltro, anche in occasione della sentenza *Alliance for Natural Health*¹⁰⁵, la Corte ha chiarito che il meccanismo di contemperamento tra i principi generali del diritto comunitario si fonda, più che su di un rapporto di prevalenza del tipo *Albany*, sull'applicazione della proporzionalità: *“deriva da costante giurisprudenza che sia il diritto di proprietà, cui si riferiscono le disposizioni riportate al punto precedente, che la libertà di esercizio delle attività economiche fanno parte dei principi generali del diritto comunitario. Detti principi non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'uso del diritto di proprietà nonché al libero esercizio di un'attività economica, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”*.

Va, infatti, precisato che la proporzionalità implica un'indagine tecnica che effettui un bilanciamento tra le diverse esigenze pubblicistiche e la certezza delle situazioni giuridiche private: non può sussistere la libertà di esercizio dell'attività economica, quando una legge dello Stato è in grado di espropriare attraverso un provvedimento legislativo o modificare autoritativamente il contenuto di una relazione contrattuale di lunga durata.

Non è tanto e solo la tutela dell'affidamento che viene in rilievo, quanto essenzialmente il riconoscimento del valore dell'autonomia privata

¹⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia, sez. II, del 30 giugno 2005, causa C-295/03, *Alessandrini srl*, *Raccolta* p. 5673.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2005, causa C-154/04, *Alliance for Natural Health*, *Raccolta* p. 6451.

in materia economica: un valore sul quale si regge l'ordinamento interno ed internazionale e che può essere limitato solo in un quadro di riferimento ben preciso.

6. Diritti degli investitori a valle dell'accesso al mercato interno: il rapporto tra certezza del diritto e il diritto di proprietà

Se il rapporto tra certezza del diritto e libero esercizio dell'attività economica richiede un'attenta valutazione della proporzionalità dei provvedimenti pubblicistici, un analogo livello di attenzione è richiesta nell'adozione delle misure che incidono sui regimi proprietari.

L'art. 1 del protocollo 1 alla Convenzione di Roma del 1950 (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) recita: *“ogni persona fisica e morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Aggiuntivamente, rispetto a quanto già precisato circa l'efficacia diretta dei principi generali del diritto comunitario così come derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo devono essere applicate immediatamente dal giudice interno anche a prescindere dalla disapplicazione delle norme interne per incompatibilità con il diritto comunitario in ragione della particolare forza precettiva di cui la medesima convenzione del 1950 è dotata.

Infatti, la stessa giurisprudenza interna della Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto tale efficacia considerando ormai acquisito il principio della immediata precettività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La giurisprudenza di legittimità ha espressamente riconosciuto la *“natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto”*¹⁰⁶. Anche in materia penale, in un'altra sentenza, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inefficacia di un ordine di carcerazione

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di Cassazione, SU civili, 19 luglio 2002 n. 10542, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1280.

reso in violazione dei principi sanciti nella Convenzione dichiarando *“l’inefficacia dell’ordine di carcerazione emesso in esecuzione della Sentenza 3 ottobre 1994 della Corte di Assise di Udine, irrevocabile il 27 marzo 1996, nei confronti di Dorigo Paolo”*¹⁰⁷.

Tale modo di essere dei diritti fondamentali trova una particolare applicazione nel caso del diritto di proprietà che costituisce uno dei principali modi di tutela della certezza del diritto. Il diritto di proprietà ha trovato ampio riconoscimento nella citata giurisprudenza *Hauer*, nella quale la Corte di giustizia ha affermato l’importanza che assume il diritto di proprietà non solo in quanto norma contenuta nella Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell’Uomo ma anche in quanto principio generale del diritto dell’Unione europea come derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: *“nell’ordinamento giuridico comunitario, il diritto di proprietà è tutelato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri, recepiti nel protocollo addizionale alla Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo”*.

Peraltro, riprendendo quanto già affermato in occasione del medesimo caso *Hauer*, in relazione al libero esercizio dell’attività d’impresa, la Corte precisa che la tutela giuridica certezza della proprietà costituisce un diritto che va temperato con le ulteriori esigenze pubblicistiche secondo il già citato parametro della proporzionalità: *“i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza, nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella comunità provvedimenti incompatibili coi diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti Stati. Gli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell’uomo, cui gli stati membri hanno collaborato o aderito, possono del pari fornire indicazioni di cui si deve tener conto nell’ambito del diritto comunitario al pari del diritto di proprietà, il diritto al libero esercizio delle attività professionali, ben lungi dal*

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di Cassazione Penale dell’1 dicembre 2006, n. 2800, in *Foro it*, 2007, 10, II, p. 535 ss.

costituire una prerogativa assoluta, va considerato alla luce della funzione sociale delle attività tutelate”.

In questo contesto la certezza del diritto assume un'importanza fondamentale non solo nella fase dinamica della vita economica delle imprese (ossia la fase negoziale) ma anche nella fase statica, ossia nel diritto di proprietà. In questo contesto hanno notevole rilevanza giuridica, anche rispetto al diritto comunitario in senso stretto, le interpretazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo che ha più volte interpretato il diritto di proprietà giungendo anche a definire criteri per la quantificazione del corrispettivo necessario in caso di privazione del citato diritto. Infatti, la Grande Chambre, nel caso Scordino, sentenza del 29 marzo 2006¹⁰⁸, ha imposto che, seppur per motivi di pubblica utilità, la privazione autoritativa del diritto di proprietà deve dar seguito necessariamente ad una riparazione integrale del valore del bene che forma oggetto del diritto.

Anche la Corte costituzionale¹⁰⁹ ha avallato i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, affermando che *“l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU è stato oggetto di una progressiva focalizzazione interpretativa da parte della Corte di Strasburgo, che ha attribuito alla disposizione un contenuto ed una portata ritenuti dalla stessa Corte incompatibili con la disciplina italiana dell'indennità di espropriazione. 33. In esito ad una lunga evoluzione giurisprudenziale, la Grande Chambre, con la decisione del 29 marzo 2006, nella causa Scordino contro Italia, ha fissato alcuni principi generali: a) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (punto 93); b) nel controllare il rispetto di questo equilibrio, la Corte riconosce allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le*

¹⁰⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 29 marzo 2006, Grande Chambre, Scordino, in www.echr.com.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348, in *Rivista di Diritto Internazionale* 2008, p. 197 ss.

modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); c) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene»; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); d) in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (punto 96); e) «obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo» (punto 97)».

Risulta, pertanto evidente il modo di essere della certezza del diritto rispetto al diritto di proprietà: una volta che si è coperti dal regime giuridico proprietario gli eventuali atti pubblicistici che modificano autoritariamente tale situazione giuridica devono essere adottati in seguito ad un procedimento in contraddittorio che ne possa fondare la liceità nonché una adeguata soddisfazione (ovvero la riparazione integrale) economica.

CAPITOLO 2

LA RILEVANZA DELLE SITUAZIONI PURAMENTE INTERNE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il criterio geografico e il problema della cd. discriminazione al contrario – 3. Il criterio della potenziale lesività.

1. *Introduzione*

Come si è visto nella prima parte del presente lavoro. Il principio di certezza del diritto e del legittimo affidamento giocano un ruolo fondamentale nel tutelare posizioni giuridiche già cristallizzate in capo a privati o imprese contro modifiche *ex lege* ed *ex post* da parte delle pubbliche amministrazioni.

Questo fenomeno vanta, purtroppo, dei precedenti anche all'interno del nostro ordinamento dove, in passato, si è assistito ad episodi¹¹⁰ in cui il legislatore nazionale ha modificato *ex lege* elementi essenziali di contratti di durata, stipulati a seguito dell'espletamento di gare ad evidenza pubblica europea, mettendo a rischio anche le situazioni giuridiche in essere e

¹¹⁰ Il riferimento è, in particolare, all'art. 12 del decreto legge n. 262/2006 e agli artt. 3 e segg. del decreto legge n. 195/2009. Per quanto riguarda il primo, si tratta di una norma intervenuta a modificare l'assetto delle convenzioni allora esistenti nel settore autostradale, attraverso la sostituzione di queste ultime con la convenzione unica che, se non accettata nei termini prescritti dal medesimo articolo, comportava l'estinzione della convenzione stessa a favore di A.N.A.S. S.p.A., che assumeva così la gestione diretta delle attività del precedente concessionario. Come rilevato da MARESCA M., *Tutela del legittimo affidamento ed assetti proprietari nella promozione e regolazione delle infrastrutture stradali*, in MARESCA M. (a cura di), *Lo Spazio Mediterraneo della Mobilità*, Udine, 2010, p.81 e segg., "una ridotta attenzione ad alcuni principi generali dell'ordinamento comunitario – come il principio della tutela del legittimo affidamento, il principio della certezza e della sicurezza giuridica e, specialmente, il principio della libertà di accesso al mercato dei servizi e dei capitali – si pone all'origine di norme nazionali che non riconoscono centralità al tema della certezza giuridica". Con l'adozione delle norme di cui al decreto legge n. 195/2009, invece, lo Stato, contraente di una impresa che aveva partecipato ad una regolare procedura di aggiudicazione, ha autoritariamente affidato la gestione dell'impianto ad una società diversa, modificando inoltre i tempi e i modi di pagamento pattuiti in origine, in contrasto con quanto previsto dalla direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. In particolare le norme in commento prevedevano: i) l'impossibilità di intraprendere azioni giudiziarie ed arbitrali per fare valere i crediti maturati sulla base di contratti commerciali stipulati a seguito di una specifica gara retta dall'ordinamento comunitario con estinzione di quelle pendenti; ii) che i crediti verso l'amministrazione non erano produttivi di interessi legali né di rivalutazione monetaria; iii) la definizione del valore economico del termovalorizzatore sulla base di criteri del tutto incerti e con pagamento dilazionato senza limite di tempo; iv) la sottrazione della gestione dell'impianto senza prevedere alcuna specifica forma di compensazione per l'originario aggiudicatore della procedura di affidamento.

frustrando così i programmi d'investimento precedentemente pianificati dalle imprese coinvolte.

Tali vicende hanno originato contenziosi giudiziari nei quali la localizzazione interamente nazionale degli elementi fattuali ha condotto l'autorità giudiziale ad adottare decisioni unicamente sulla base del diritto interno, senza alcun riferimento alle norme dei Trattati ed escludendo, quindi, una qualsivoglia forma di tutela impostata sul principio della certezza del diritto e sulla tutela del legittimo affidamento. Ci si chiede, invece, cosa sarebbe accaduto nel caso in cui tale passaggio di frontiera fosse avvenuto attraverso, ad esempio, l'aggiudicazione di concessioni a imprese che hanno fruito della libera circolazione dei servizi o della libertà di stabilimento, in quanto provenienti da Paesi membri diversi dall'Italia. Con tutta probabilità, la modifica autoritativa di un contratto di concessione, aggiudicato tramite gara ai sensi delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, avrebbe richiamato l'applicazione del regime giuridico delle libertà fondamentali, ivi compreso il principio generale di certezza del diritto che, condizionatamente all'applicabilità del diritto dell'Unione europea, non consente agli Stati di incidere, neanche con legge, su situazioni giuridiche sulla cui liceità le imprese europee avevano fatto affidamento.

E' evidente, quindi, che la regola delle situazioni puramente interne rappresenta un limite, se non un ostacolo, all'applicazione del principio di certezza del diritto in quelle fattispecie che, se fossero invece caratterizzate da un passaggio di frontiera tra diversi Stati membri, verrebbero attratte nell'ambito di competenza del diritto europeo.

Occorre, innanzitutto, inquadrare la categoria in questione, offrendone la definizione e descrivendo l'approccio del giudice europeo in merito.

Il tema è particolarmente delicato dal momento che il diritto dell'Unione europea, e più in generale l'Unione stessa, sembra aver perso incisività a causa della crisi finanziaria che ha investito il vecchio continente

e che ha reso gli Stati membri sempre più riluttanti a tollerare l'incursione delle Istituzioni europee nei propri affari interni.

La Corte di giustizia, nell'occuparsi della questione, non sembra aver trovato ancora una soluzione dai contorni ben definiti, oscillando da una posizione estremamente rigida, quale quella che richiede un elemento di transnazionalità per giustificare l'applicazione del diritto comunitario, ad un approccio, invece, più elastico secondo cui sarebbe sufficiente riscontrare l'esistenza di effetti potenzialmente lesivi per il mercato unico.

Nonostante esistano diversi indici del fatto che il limite delle situazioni puramente interne stia progressivamente diminuendo la propria incidenza, soprattutto grazie all'inserimento dell'art. 53 nella legge 24 dicembre 2012 n. 234¹¹¹, occorre tener presente che i residui spazi di applicazione di questa regola sembrano più che altro orientati a garantire al singolo Stato membro maggior autonomia e flessibilità nelle relazioni contrattuali di durata con soggetti privati.

¹¹¹ Pubblicata in G.U. n. 3 del 4 gennaio 2013.

2. Il criterio geografico e il problema della cd. discriminazione al contrario

L'analisi della regola delle situazioni puramente interne¹¹² non può che partire dal principio generale secondo cui il diritto dell'Unione europea trova applicazione solo nel caso in cui il relativo ordinamento sia applicabile in virtù dei suoi criteri che ne determinano l'ambito nel tempo e nello spazio, con esclusione, quindi, di quelle situazioni in cui tutti gli elementi di fatto sono interamente confinati all'interno di uno Stato membro ed in cui non si ravvisa un elemento di trans-nazionalità.

Quello appena descritto è, ad esempio, l'approccio adottato dalla Corte di giustizia nel caso *Saunders*¹¹³, che vedeva coinvolta una cittadina britannica alla quale, a seguito di un procedimento penale, venne imposta una sanzione che spiegava i propri effetti esclusivamente all'interno del Regno Unito, con cui si restringeva la sua libertà di circolazione all'interno di un ambito territoriale delimitato. La signora Saunders denunciò che, al di là degli aspetti formali della vicenda, gli effetti concreti di tale sanzione si ponevano in contrasto con l'art. 48 del Trattato CEE (oggi art. 45 TFUE) sulla libera circolazione dei lavoratori¹¹⁴. La Corte, tuttavia, non ritenne fondata la tesi della signora Saunders ed, anzi, affermò di non ravvisare la denunciata violazione, non essendovi nella vicenda nessuno spostamento dell'individuo da uno Stato membro ad un altro e, quindi, nessun fattore di connessione con l'allora Comunità europea¹¹⁵. Ne consegue che, per la

¹¹² Tra i più recenti contributi sul tema si veda ARENA A., *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni parimenti interne: la sentenza Sbarigia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p.201.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1979, causa 175/78, *Regina c. Vera Ann Saunders*, *Raccolta* p. 01129.

¹¹⁴ Per un'analisi più approfondita del caso *Saunders* si rimanda a BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, 2010, p.257.

¹¹⁵ In particolare la Corte, nonostante in motivazione sottolinei l'importanza della previsione dell'art.48 per evitare che le legislazioni nazionali riservino un trattamento più sfavorevole ai lavoratori cittadini provenienti da un altro Stato membro e riconosca che per questo motivo gli Stati membri possano anche giungere a modificare la legislazione nei confronti dei propri cittadini, precisa poi però che il rispetto della libera circolazione dei lavoratori non può giungere fino al punto di "limitare il potere degli Stati membri di porre delle restrizioni, nel loro territorio, alla libera circolazione di chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione, in conformità alle leggi penali nazionali".

Corte, le norme sulla libera circolazione dei lavoratori non possono trovare applicazione in situazioni che rimangono interamente confinate all'interno di un solo Stato membro¹¹⁶.

La Corte giunse alla stessa conclusione anche nel caso *Gauchard*¹¹⁷, che riguardava il direttore di un supermercato in Francia, il quale aveva ampliato la superficie dell'esercizio commerciale senza la previa autorizzazione prevista dalla legge francese. Nel corso del procedimento penale aperto a suo carico, il signor Gauchard ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia affinché quest'ultima si pronunciasse per stabilire se la normativa francese che imponeva la previa autorizzazione per poter procedere all'ampliamento dei locali commerciali fosse o meno compatibile con "le disposizioni del Trattato di Roma e con le direttive della Comunità Economica Europea", denunciando in particolare la violazione delle norme sulla libertà di stabilimento. La Corte di giustizia confermò l'approccio strettamente "geografico" inaugurato con il caso *Saunders*, ribadendo come le norme sulle libertà fondamentali previste dai Trattati non si applicano agli individui e alle attività che non contribuiscono alla creazione del mercato unico, rimanendo interamente confinati all'interno di un solo Stato membro¹¹⁸.

Tale orientamento ha suscitato, sia in dottrina¹¹⁹ sia nelle opinioni degli Avvocati Generali¹²⁰, notevoli perplessità a partire, in primo luogo,

¹¹⁶ Per maggiori approfondimenti sul punto si vedano: JESSURUM D'OLIVEIRA H.U., *Is Reverse Discrimination Still Permissible under the Single European Act?*, in *Forty years on: The evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p.73; WHITE R., *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford, 2004, p.42.

¹¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 8 dicembre 1987, causa 20/87, *Ministere public c. Andre Gauchard*, *Raccolta* p. 04879.

¹¹⁸ Questo principio viene affermato dalla Corte di giustizia anche nei seguenti casi: sentenza del 27 ottobre 1982, cause riunite 35 e 36/82, *Morson e Jhanjan*, *Raccolta* p.3723; sentenza del 17 dicembre 1987, causa 147/87, *Zaoui*, *Raccolta* p.5511; sentenza del 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*, *Raccolta* p.I-341; sentenza del 22 settembre 1992, causa C-153/91, *Petit*, *Raccolta* p.I-4973; sentenza del 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Koua Poirrez*, *Raccolta* p.I-6685.

¹¹⁹ Si veda in particolare BIONDI A., *Limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in BESTAGNO F. e RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p.75. Secondo il Prof. Biondi "un sistema giuridico interamente consacrato

dalla considerazione per cui sembra quanto meno contraddittorio fondare la competenza su quegli stessi confini geografici di cui l'Unione Europea auspica da sempre il superamento.

Già nel caso *Saunders* l'Avvocato Generale Warner evidenziò come la necessità di individuare un elemento di transfrontalierità non fosse la strada più idonea a determinare l'ambito di applicazione del diritto europeo. Ciò, infatti, su cui la Corte avrebbe dovuto indagare non era tanto se la situazione di fatto rimanesse o meno circoscritta all'interno di un singolo Stato membro, ma piuttosto se la misura nazionale contestata fosse in grado, con riguardo ai suoi effetti sostanziali, di violare i diritti tutelati dalle norme sulle libertà fondamentali contenute nei Trattati¹²¹.

In secondo luogo la disparità di trattamento che la Corte ha riservato alle situazioni puramente interne rispetto a quelle in cui gli scambi commerciali o gli spostamenti individuali riguardano più Stati membri, ha comportato l'emergere del fenomeno della cd. discriminazione al contrario¹²². Coloro, infatti, che rimangono confinati all'interno dello Stato membro di origine non possono beneficiare delle previsioni più favorevoli che il diritto europeo accorda, invece, ai loro connazionali che migrano in un altro Stato membro.

In altre parole la discriminazione al contrario nasce laddove individui, merci, servizi o capitali di uno Stato membro si trovano in una situazione di svantaggio dovuta al fatto di essere esclusivamente soggetti alle previsioni della propria legge nazionale, senza poter evocare la protezione delle

all'abolizione delle restrizioni tran frontaliere non può poi basarsi sulla rilevanza fisica delle stesse al fine di accertare le propria applicabilità".

¹²⁰ L'Avvocato Generale Tesauo, nelle conclusioni rese nelle cause riunite C-363, 407, 408, 410 e 411/93 (sentenza del 9 agosto 1994, *Lancry*, *Raccolta* p.I-3957), definisce la discriminazione al contrario come un vero e proprio "paradosso".

¹²¹ CARO DE SOUSA P., *Catch me if you can? The market freedoms' ever-expanding outer limits*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, IV, 2, p.166.

¹²² CANNIZZARO E., *Producing "Reverse Discrimination" through the exercise of EC competences*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 1997, XXVII, 1, p.32.

norme sulle libertà fondamentali di cui godrebbero ogniqualvolta vi sia una connessione con l'Unione¹²³.

La Corte ha tradizionalmente ritenuto tollerabile il sussistere di tale disparità di trattamento in quanto, come si è già avuto modo di dire, a suo avviso le situazioni puramente interne non contribuiscono al perseguimento degli obiettivi dell'Unione Europea, rimanendo al di fuori della portata di tale ordinamento¹²⁴. La discriminazione al contrario serviva, quindi, per tracciare una distinzione tra le persone che contribuivano direttamente alla creazione del mercato interno e quelle che invece non partecipavano a questo processo. Il compito di impedire il sorgere di situazioni in cui possano verificarsi episodi di discriminazione rispetto alle previsioni dei Trattati spetta, ad opinione della Corte, agli Stati membri, che possono orientare in autonomia la propria legislazione nazionale in una direzione piuttosto che in un'altra¹²⁵.

¹²³ L'illogicità della cd. discriminazione al contrario è emersa con chiarezza, secondo i principali critici del fenomeno, nel caso *Uecker e Jacquet* (Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96, *Uecker e Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, Raccolta p.I-03171) in cui la Corte ha dovuto affrontare la questione se, dopo l'avvento dello status di cittadino europeo, questo fenomeno fosse ancora tollerabile. Il caso verteva su due cittadini tedeschi che intendevano portare i loro partners (che non erano cittadini di uno degli Stati membri) in Germania invocando i diritti di residenza riconosciuti dall'Unione. Tuttavia il permesso fu loro negato in quanto la vicenda ricadeva in una situazione puramente interna: i due cittadini tedeschi si erano infatti limitati a risiedere all'interno del territorio, quindi, non essendovi un elemento di transfrontalierità che creasse una connessione con l'Unione, i relativi partners non avevano diritto di invocare le norme del Trattato. La Corte rispose che lo status di cittadino europeo non può comportare l'estensione dello scopo del Trattato fino a ricomprendervi le situazioni puramente interne, per cui un individuo, cittadino di un paese terzo e coniugato con un lavoratore cittadino di uno Stato membro, non può far valere l'art. 11 del regolamento n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'allora Comunità, se detto lavoratore non ha mai esercitato il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione.

¹²⁴ Condivide questa impostazione anche il Professor Davies (DAVIES G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, 2003, pp.129-130), il quale sostiene che non vi sia alcuna discriminazione tra i cittadini che rimangono all'interno del proprio Stato e quelli che invece si spostano da uno Stato membro all'altro, in quanto queste due situazioni non sono suscettibili di comparazione. Il cittadino che risiede all'interno del proprio Paese di origine ha già, infatti, garantiti dal proprio diritto nazionale quei vantaggi che l'art. 21 TFUE vorrebbe assicurare anche a coloro che migrano da uno Stato membro all'altro.

¹²⁵ DAVIES G., *op. cit.*, p. 130, secondo cui ogni restrizione all'intervento dell'Unione nelle situazioni puramente interne è dettata dalla volontà di rispettare l'autonomia degli Stati membri.

Tale presa di posizione è stata però oggetto di alcune critiche, soprattutto in seguito all'introduzione dello status di cittadino europeo con il Trattato di Maastricht e dell'affermarsi dei diritti fondamentali, che hanno fatto sì che la discriminazione al contrario diventasse un "effetto collaterale" sempre meno accettabile per gli studiosi¹²⁶. In risposta a queste obiezioni, se dapprima la Corte ha sostenuto fermamente che lo status di cittadino europeo non potesse comportare l'estensione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea anche alle situazioni puramente interne¹²⁷, in seguito ha progressivamente adottato una linea volta a prevenire il sorgere delle discriminazioni al contrario proprio ampliando la portata delle previsioni sulle libertà fondamentali anche a quelle situazioni che non presentavano alcun elemento di transfrontalierità.

¹²⁶ Per un approfondimento sul tema si rimanda a TRYFONIDOU A., *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, The Hague, 2008, XXXV, 1, p.43.

¹²⁷ Oltre al già citato caso *Uecker e Jacquet* si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello c. État belge*, Raccolta p.I-11613; 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp c. Finanzamt München*, Raccolta p.I-6421; 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen and Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, Raccolta p.I-10451.

3. Il criterio della potenziale lesività

Con l'introduzione dello status di cittadino europeo, gli obiettivi dell'Unione europea sono andati oltre la creazione del mercato interno, per cui il sorgere di fenomeni di discriminazione all'interno del processo di integrazione europeo è diventato sempre meno tollerabile.

Consapevole di ciò, la Corte si è progressivamente allontanata dal tradizionale approccio geografico¹²⁸, applicando il diritto dell'Unione europea, in particolare le norme sulla libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi, anche in situazioni nelle quali non sussistevano elementi di transfrontalierità¹²⁹.

Questo nuovo approccio da parte della Corte è emerso per la prima volta nel caso *Lancry*¹³⁰, per essere poi confermato nei successivi casi *Simitzi*¹³¹ e *Carbonati Apuani*¹³²: in questa trilogia di sentenze sui dazi doganali la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 23 TCE (ora art. 28 TFUE) deve essere interpretato nel senso di proibire l'applicazione di una legge regionale di uno Stato membro che imponga dazi doganali alle merci che attraversano i propri confini in entrata o in uscita, anche quando si tratti di tasse imposte su merci che provengono da una regione interna ad esso e che, quindi, circolano solo all'interno dello stesso Stato membro. La Corte è giunta a questa conclusione proprio per evitare l'emergere di una

¹²⁸ Oltre alle pronunce citate in precedenza, si vedano anche le seguenti sentenze in cui la Corte ha affermato che l'applicabilità della normativa comunitaria in materia di libertà di circolazione e di soggiorno presuppone che il cittadino di uno Stato membro se ne sia avvalso al fine di spostarsi sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza: sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1982, cause riunite C-35/82 e C-36/82, *Morson e Jhanjan*, *Raccolta* p.3723; 17 dicembre 1987, causa C 147/87, *Zaoui*, *Raccolta* p.5511; sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*, *Raccolta* p.I-341; sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1992, causa C-153/91, *Petit*, *Raccolta* p.I-4973; sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Koua Poirrez*, *Raccolta* p.I-6685.

¹²⁹ NIC SHUIBHNE N., *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?*, in *Common Market Law Review*, 2002, 39, p.731.

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, cause riunite C-363, 407, 408, 410 e 411/93, *Lancry c. Direction générale des douanes*, *Raccolta* p.I-3957.

¹³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1995, cause riunite C-485 e 486/93, *Simitzi c. Kos*, *Raccolta* p.I-2669.

¹³² Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani S.r.l. c. Comune di Carrara*, *Raccolta* p.I-8052.

situazione di discriminazione al contrario: il rischio, infatti, era quello di riservare alle merci circolanti all'interno di un singolo Stato membro un trattamento meno favorevole rispetto a quelle circolanti attraverso i confini di più Stati membri. I produttori di beni nel contesto di situazioni puramente interne si sarebbero trovati in una posizione di competitività compromessa dal fatto di essere sottoposti ad una tassazione più gravosa, imposta a livello regionale, che potrebbe non colpire nella stessa misura i produttori degli stessi beni all'interno di un altro Stato membro¹³³.

Il principio affermato sembra essere quello per cui ogni qualvolta si riscontri che l'importazione o l'esportazione di prodotti sono soggette al pagamento di un dazio doganale, tale dazio deve ritenersi in violazione del diritto europeo anche quando si tratti di scambi commerciali che si svolgono interamente all'interno di un singolo Stato membro¹³⁴.

Questo stesso principio è stato applicato anche nelle sentenze *Pistre*¹³⁵ e *Guimont*¹³⁶, in cui la Corte ha considerato ammissibili rinvii derivanti da procedimenti in cui i prodotti e le parti in causa erano circoscritti a un unico Stato membro, quindi, nell'ambito di situazioni riconosciute come puramente interne, pronunciandosi sull'interpretazione dell'allora art. 30 del Trattato CE (ora art. 36 TFUE) sul presupposto che entrambe le suddette

¹³³ Critico verso questa impostazione è l'Avvocato Generale Maduro, che nelle conclusioni nella causa *Carbonati Apuani* rileva le problematiche legate al filone giurisprudenziale inaugurato dalla Corte con il citato caso *Lancry*. Maduro sostiene innanzitutto come un primo argomento a favore della insostenibilità di una tale presa di posizione emerga da una semplice lettura delle disposizioni del Trattato che, agli articoli 23 CE e 25 CE (ora 28 e 30 TFUE), mira ad eliminare gli ostacoli tariffari agli scambi tra gli Stati membri, senza alcun riferimento alla possibilità che quelle stesse norme possano essere applicate anche agli scambi tra diverse parti del territorio di un unico Stato membro. La Corte, invece, ha di fatto assimilato confine regionale e confine nazionale. In secondo luogo l'Avvocato Generale rileva come sia incoerente da parte della Corte non aver adottato questo stesso approccio anche in riferimento al complesso delle materie legate alle disposizioni sulla libera circolazione, dove invece sembra aver scelto di mantenere "il classico principio di inapplicabilità delle norme di libera circolazione a situazioni puramente interne. Rimane dunque una contraddizione che nulla può giustificare tra la linea adottata in materia di tasse di effetto equivalente e la linea generale adottata dalla Corte in altre materie".

¹³⁴ CARO DE SOUSA P., *op. cit.*, p. 171.

¹³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159 e 160/91, *Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, Raccolta p.I-00637.

¹³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, Raccolta p.I-10663.

cause riguardavano provvedimenti nazionali che potevano, quanto meno potenzialmente, incidere sulla libera circolazione delle merci.

Nella sentenza *Pistre*, la normativa francese vietava di includere le denominazioni “montagna” sulle etichette di prodotti di salumeria senza aver ottenuto la previa autorizzazione delle competenti autorità amministrative. Le parti coinvolte in tale causa erano cittadini francesi ai quali era stato vietato di produrre e commercializzare i propri prodotti di salumeria in Francia. La Corte ha dichiarato che l’allora art. 30 del Trattato CE *“non può essere disatteso[o] per il solo fatto che, nella fattispecie concreta sottoposta all’esame del giudice nazionale, tutti gli elementi si collocano all’interno di un solo Stato membro. (...) [I]n una situazione del genere l’applicazione del provvedimento nazionale può altresì incidere sulla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, in particolare quando tale provvedimento agevoli l’immissione in commercio delle merci di origine nazionale a scapito delle merci importate”*. La Corte ha poi rilevato che il provvedimento nazionale contestato era direttamente discriminatorio nei confronti delle merci importate (perché la denominazione poteva applicarsi soltanto, in linea di principio, ai beni prodotti in Francia) e ha ritenuto che non potesse trovare giustificazione.

Nella sentenza *Guimont*, una normativa nazionale sull’etichettatura sanzionava la denominazione di un formaggio prodotto sul territorio nazionale come “Emmenthal” perché, la descrizione del prodotto in essa contenuta non risultava rispettare tutti i requisiti richiesti. La normativa nazionale contestata era indistintamente applicabile ai prodotti nazionali e ai prodotti importati. La Corte ha considerato ammissibile il rinvio, perché *“una risposta (...) potrebbe esser[e] utile [al giudice nazionale] nell’ipotesi in cui il proprio diritto nazionale imporrebbe, in un procedimento come quello del caso di specie, di agire in modo che un produttore nazionale fruisca degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario, nella medesima situazione, un produttore di un altro Stato membro”*. Tuttavia, la Corte ha prudentemente risolto la questione pregiudiziale unicamente in

riferimento all'effetto della normativa contestata sui prodotti importati, dichiarando che sotto tale aspetto l'allora art. 30 del Trattato CE ostava alla normativa nazionale. La Corte in questo caso è intervenuta in una situazione puramente interna al fine di offrire al giudice nazionale un'interpretazione conforme delle norme sulla libera circolazione delle merci nell'auspicio che anche la normativa nazionale venisse poi adeguata in tal senso.

Il principio per cui ciò che davvero rileva nei casi di libera circolazione delle merci non è che tutti gli elementi di una certa fattispecie si collochino all'interno di uno o più Stati membri, bensì il sussistere di una restrizione sostanziale al commercio, ha trovato spazio anche in materia di libera prestazione dei servizi¹³⁷.

Nelle note pronunce *Alpine Investment*¹³⁸ e *Gourmet*¹³⁹, le misure nazionali adottate, pur essendo destinate ai cittadini, e pur trattandosi di situazioni puramente interne, la Corte ha ritenuto che tali misure fossero anche solo potenzialmente lesive delle norme sulla libera prestazione dei servizi. Si attesta su questa linea anche la formula proposta dall'Avvocato Generale Poiares Maduro nei casi *Marks and Spencer*¹⁴⁰ e *Cipolla*¹⁴¹, per cui il principio generale che regge il mercato comune deve essere quello per cui il diritto europeo sanziona tutte le discriminazioni delle legislazioni nazionali contro l'esercizio della libertà di circolazione. Agli Stati membri si chiede, infatti, di “*tenere in conto gli effetti che avranno le misure da essi adottate per disciplinare il loro mercato nazionale sul mercato comune*”.

¹³⁷ BIONDI A., *op. cit.*, p. 77.

¹³⁸ Riguardante la legislazione olandese che vietava la possibilità di offrire telefonicamente servizi finanziari, sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments c. Minister van Financiën*, *Raccolta* p.I-1141.

¹³⁹ Sul divieto di pubblicità per le bevande alcoliche, sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2000, causa C-405/98, *Guimont c. Konsumentombudsmannen*, *Raccolta* p.I-01795.

¹⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer c. David Halsey*, *Raccolta* p.I-10837.

¹⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94 e 202/04, *Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari*, *Raccolta* p.I-11421.

Il limite delle situazioni puramente interne sembra essere ormai eroso (se non superato) anche con riguardo alla libera circolazione delle persone. Ciò appare evidente nel caso *Zambrano*¹⁴², in cui due coniugi di origine colombiana hanno fatto domanda per ottenere asilo politico in Belgio a causa della guerra civile nel loro Paese d'origine. Malgrado le autorità belghe si rifiutassero di accordare loro lo status di rifugiati, i due coniugi non esitavano ad ufficializzare la loro residenza presso l'ufficio del comune belga nel quale si erano stabiliti. Durante il periodo in cui la coppia attendeva di poter regolarizzare la propria situazione con le competenti autorità, ebbero due figli che acquisirono la cittadinanza belga. Ciononostante, quando il signor Zambrano si trovò ad affrontare diversi periodi senza lavoro, gli venne negata l'indennità di disoccupazione prevista

¹⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, Raccolta p.I-01177. Sul caso Zambrano si segnalano i seguenti contributi: BERNERI C., *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p.696; BARTOLONI M. E., *Il caso Ruiz-Zambrano: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p.652; DE LUCA P. - PUGLIA M., *Cronache della giurisprudenza dell'Unione europea (gennaio-giugno 2011)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, p.781; DE MEO R., *Status di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p.763; PALLADINO R., *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 2, p.331; HAILBRONNER K. - THYM D., *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in *Common Market Law Review*, 2011, 4, p.1253; LORENZON S., *Cittadinanza europea e principio di attribuzione delle competenze: l'integrazione europea alla prova del test di proporzionalità*, in *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, p.159; MENGOZZI P., *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 3, p.417; MONTANARI L., *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, p.433; MORRIS R., *European Citizenship and the right to move freely: internal situations, reverse discrimination and fundamental rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, p.179; OTTAVIANO I., *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p.797; PAGANO E., *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p.467; VECCHIO F., *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p.1249.

dalla legge belga sul presupposto che, secondo le autorità belghe, il signor Zambrano non rispettava i requisiti richiesti in materia di diritto di soggiorno per gli stranieri. I coniugi Zambrano avanzarono inoltre nuovamente la richiesta di residenza in quanto ascendenti di due cittadini belgi, ma anche queste istanze vennero rifiutate.

Anche se le circostanze di fatto descritte sarebbero tali da poter identificare come puramente interna la situazione descritta, la Corte di Giustizia ha accolto il ricorso affermando il principio secondo il quale il diritto dell'Unione osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti loro attribuiti da tale status. Il divieto di soggiorno ed il mancato rilascio del permesso di lavoro nei confronti di genitori provenienti da uno Stato terzo può comportare che i figli, cittadini dell'Unione europea, si trovino costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori che si troverebbero nella situazione di non disporre dei mezzi necessari per far fronte alle proprie esigenze e a quelle della loro famiglia. In questo modo i figli si troverebbero, di fatto, nell'impossibilità di godere realmente dei diritti loro attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione.

Alla luce di ciò, la Corte rileva che il diritto dell'Unione osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia a carico i propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora queste decisioni abbiano l'effetto concreto di privare i figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadini dell'Unione.

Rispetto all'applicazione delle norme sulle libertà fondamentali tutelate dal TFUE, la Corte ha quindi superato in diverse occasioni il limite delle situazioni puramente interne. Tuttavia, questo limite è ancora percepito come presente dai giudici nazionali che, come si è già sottolineato, fanno fatica ad abbandonare la categoria delle situazioni puramente interne in quanto percepita come uno schermo che protegge

l'ordinamento interno dalle ingerenze dell'ordinamento comunitario. Nell'ultimo capitolo della parte terza verrà offerta una soluzione per far sì che l'applicazione del principio di certezza del diritto non venga vanificata dal limite delle situazioni puramente interne anche all'interno del nostro ordinamento nazionale.

CAPITOLO 3

IL RAPPORTO TRA IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO E LE NORME DEL TFUE A TUTELA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Per se rule* Vs. *rule of reason* – 3. Origine e caratteri distintivi della *rule of reason* – 4. Il passaggio alla *per se rule* e il successivo ritorno alla *rule of reason* – 5. L'art. 101 Tfe e le restrizioni per oggetto e per effetto – 6. Il dibattito sull'art. 101 come codificazione della *per se rule* e della *rule of reason* – 7. Un ulteriore esempio di influenza delle teorie statunitensi sull'art. 101 TFUE – 8. Osservazioni sull'esistenza di una *rule of reason* europea in relazione al principio di certezza del diritto.

1. *Introduzione*

Il rispetto del principio di certezza del diritto assume un ruolo fondamentale anche rispetto all'applicazione delle norme sulla libera concorrenza. E' importante, infatti, che le imprese che operano all'interno del mercato unico sia consapevoli dei limiti entro i quali possono muoversi in modo da evitare che un eccessivo livello di indeterminatezza circa le condotte che sono ritenute illegittime dall'ordinamento comunitario non si traduca in un irrigidimento da parte degli operatori commerciali, che sarebbero così meno propensi ad investire e a concludere transazioni commerciali.

Tra i diversi significati che la Corte di giustizia ha attribuito al principio di certezza del diritto¹⁴³, nell'ambito del diritto della concorrenza

¹⁴³ Tra questi i più rilevanti, ossia quelli che hanno trovato maggiore applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sono: a) il divieto di retroattività delle norme (sentenze della Corte di giustizia del 25 gennaio 1979, causa 98/78, *A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*, Raccolta p.00069, e causa 99/78, *Weingut Gustav Decker KG c. Hauptzollamt Landau*, Raccolta p.00101. Nello stesso senso si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 15 luglio 1993, causa C-34/92, *GruSa Fleisch GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Raccolta p.1-4147; 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00, *P Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commission*, Raccolta p.1-7869; 26 aprile 2004, causa C-376/02, *Stichting 'Goed Wonen c. Staatssecretaris van Financien*, Raccolta p.1-3445; 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens et Association Agricole pour la Promotion de la Commercialisation Laitiere Procola c. Luxembourg*, Raccolta p.1-7315; 12 maggio 2011, causa C-161/06, *Skoma-Lux sro c. Celni feditelstvi Olomouc*, Raccolta p.1-10841); b) la necessità di promulgare leggi chiare e determinate (sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e altri c. Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, Raccolta p.I-00569; sentenze della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères*, Raccolta, p. 1931 e del 22 febbraio 1989, cause riunite 92 e 93/87, *Commissione c. Francia e*

l'espressione "certezza del diritto" è infatti diventata sinonimo di prevedibilità¹⁴⁴, chiarezza e trasparenza delle procedure attraverso cui la Commissione giunge a stabilire quali condotte sono sanzionabili ed in quale misura¹⁴⁵.

Quanto sia effettivamente prevedibile l'esito delle decisioni relative alla compatibilità delle intese con il mercato interno, dipende in gran parte dal metodo che l'autorità giudicante decide di utilizzare nell'analisi delle condotte restrittive della concorrenza.

Tra le norme del TFUE che ha più attirato l'attenzione, se non le critiche¹⁴⁶, in relazione al livello di certezza del diritto garantito alle imprese operanti all'interno dell'Unione Europea vi è senz'altro l'art. 101.

In questo capitolo, quindi, verranno analizzate le diverse teorie elaborate in merito all'analisi delle intese restrittive della concorrenza, in particolare le dottrine della *rule of reason* e *per se rule*, nonché gli effetti che questi due diversi approcci hanno sul livello di certezza del diritto.

Ognuno di questi metodi risponde ad esigenze diverse, ovvero i) garantire agli operatori economici del mercato un adeguato livello di prevedibilità e ii) non sacrificare la flessibilità che le norme in materia di concorrenza devono poter avere per riflettere al meglio i cambiamenti economici all'interno del mercato¹⁴⁷. Trovare il giusto bilanciamento tra i pro e i contro di queste due teorie è però tutt'altro che facile.

Se da un lato, infatti, è indubbio che l'approccio adottato dalla *per se rule* garantisca il pieno rispetto del principio di certezza del diritto, in quanto

Regno Unito, Raccolta p.405.); c) la tutela del legittimo affidamento (sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij, Raccolta* p.2321; sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 2010, causa C- 333/08, *Commissione Europea c. Repubblica di Francia, Raccolta* p.I-00757).

¹⁴⁴ DREHER M. –ADAM M., *The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process*, in *ZWeR – Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2006, p.259.

¹⁴⁵ HARTLEY T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2010, p.146.

¹⁴⁶ Si veda su tutti il contributo di HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *The development of Articles 81 and 82 EC Treaty: Legal Certainty*, in *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, 2001, pp.129 e segg.

¹⁴⁷ HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.130.

consente alle imprese degli Stati Membri di conoscere in anticipo le conseguenze legali che derivano dalle loro azioni senza bisogno di valutazioni particolarmente approfondite, è altrettanto vero che uno schema così rigido rischia di condurre ad una generalizzazione delle condotte oggetto di indagine, fino a sfociare nell'assunzione di decisioni anche ingiuste da parte della Commissione¹⁴⁸.

Dall'altro lato, la *rule of reason*, pur consentendo una valutazione più flessibile e ragionata che prenda in considerazione gli elementi rilevanti di caso in caso ai fini di decidere della legittimità della condotta, comporta, come è stato osservato da alcuni¹⁴⁹, elevati costi difensivi per le imprese oltre a non garantire sufficiente prevedibilità circa l'esito delle decisioni adottate.

¹⁴⁸ HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.132.

¹⁴⁹ Per una critica della *rule of reason* si vedano la sentenza *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596, 629-12 (1972) e il contributo del Professor EASTERBROOK E., *Antitrust Law Enforcement in the Vertical Restraints Area: Vertical Arrangements and the Rule of reason*, in *Antitrust Law Journal*, 1986, p.135.

2. *Per se rule* Vs. *rule of reason*

Prima di entrare nel merito del tema oggetto della presenta ricerca, sembra pertanto utile ripercorrere innanzitutto le origini delle dottrine della *rule of reason* e *per se rule* e le loro principali caratteristiche.

La contrapposizione tra *per se rule* e *rule of reason*¹⁵⁰ trova le sue origini nel diritto antitrust statunitense proprio in relazione all'analisi delle condotte disciplinate dalla *Section 1* dello *Sherman Act*. Tale distinzione si basa sulla convinzione che le intese tra imprese possano essere suddivise in due categorie molto nette: accordi anti-concorrenziali e pro-concorrenziali¹⁵¹.

Ciò implica che gli accordi pro-concorrenziali possano godere del beneficio del dubbio circa la loro legalità grazie all'approccio della *rule of reason*, che prende in considerazione gli eventuali effetti positivi per il mercato in grado di giustificare le intese; al contrario, seguendo il metodo dettato dalla *per se rule*, gli accordi certamente anti-concorrenziali dovrebbero essere sanzionati senza ulteriori valutazioni e senza dare la possibilità alle imprese di dimostrare gli eventuali benefici che derivano dall'intesa¹⁵².

Questi due differenti approcci presuppongono metodi di valutazione molto diversi tra loro, al punto che alcuni autori¹⁵³ sono giunti alla conclusione che, tradizionalmente, la *rule of reason* conduce ad una

¹⁵⁰ Tra i più importanti contributi sul tema si segnalano: BORK R.H., *The rule of reason and the per se concept: Price fixing and market division*, in *The Yale Law Journal*, 1966, p.373; CHRISTIANSEN A.– KERBER W., *Competition policy with optimally differentiated rules instead of "per se rules vs rule of reason"*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2006, pp. 215-244; BRUNET E., *Streamlining Antitrust Litigation by Facial Examination of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, p.1; HYLTON K.N., *Rule of Reason and Per se Rule*, in *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, 2003, p.113; MONTAGUE G.H., *Per Se Illegality and the Rule of Reason*, in *ABA Section of Antitrust Law*, 1958, Vol. 12, p.69.

¹⁵¹ PIRAINO JR T.A., *Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1990, p.685.

¹⁵² E' quanto emerge dalla lettura dei casi *Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y*, 457 U.S. 332, 344 (1982) e *Northern Pac. Ry. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

¹⁵³ BESCHLE D.L., *"What, Never? Well, Hardly Ever". Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per Se Antitrust Illegality*, in *Hastings Law Journal*, 501- 02, 1987, p.475; PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.686.

decisione di legalità dell'accordo, mentre seguendo la *per se rule* si finisce per sanzionare le imprese che hanno stretto l'intesa.

In realtà l'evoluzione giurisprudenziale della *rule of reason*, ha evidenziato che, nonostante questo metodo consenta di sanzionare in modo più mirato e selettivo rispetto alla *per se rule* le restrizioni effettivamente anti-concorrenziali, ha come principale "effetto collaterale" l'incremento del livello di incertezza giuridica in termini di scarsa prevedibilità dell'esito delle decisioni delle corti¹⁵⁴.

Come, infatti, verrà spiegato nel paragrafo successivo, dalla sua introduzione ad oggi si sono succedute una moltitudine di formulazioni della *rule of reason* da parte delle corti statunitensi, talvolta più flessibili talvolta più strutturate, che non solo non hanno contribuito ad aumentare il livello di prevedibilità sulla valutazione delle intese, ma hanno forse acuito il problema¹⁵⁵.

¹⁵⁴ LANG M., *Legal Uncertainty—an Effective Deterrent in Competition Law?*, disponibile online, SSRN 1969945 (2011), p.1-22.

¹⁵⁵ HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.134.

3. Origine e caratteri distintivi della rule of reason

Ancor prima dell'istituzione della Corte Suprema, nel caso *Mitchel v. Reynolds*¹⁵⁶ la Queen's Bench Court ha consentito che alcune compagnie fornissero una giustificazione alla restrizione del commercio da loro posta in essere, facendo ricorso a standard di ragionevolezza che dimostrassero gli effetti pro-concorrenziali della loro condotta, sulla base di parametri economici e di efficienza¹⁵⁷.

La Corte ha evidenziato come da tale pratica non solo non derivassero degli effetti negativi, ma fossero stati riscontrati anzi dei benefici per i consumatori. Seguendo questa linea l'intervento delle amministrazioni e delle corti nella regolazione del mercato doveva essere limitato esclusivamente al contrasto di condotte irragionevoli da parte delle compagnie commerciali, pertanto la restrizione in esame non meritava di essere sanzionata.

Nel 1911¹⁵⁸ la Corte Suprema ha applicato per la prima volta la *rule of reason* alla Section 1 dello Sherman Act¹⁵⁹, affermando che la natura di un divieto così generico come quello di cui alla sezione citata necessitava di una valutazione delle restrizioni della concorrenza secondo criteri di ragionevolezza. Usando le parole della Corte: "*the rule of reason becomes the guide*".

¹⁵⁶ *Mitchel v. Reynolds*, (1711) 24 Eng. Rep. 347 (K.B.).

¹⁵⁷ Per una ricostruzione dettagliata dell'evoluzione della dottrina della rule of reason si rimanda a MARESCA D., *The importation of the rule of reason in European Competition Law: the implications of economic and behavioral theories and the case of port services*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, p.971.

¹⁵⁸ Caso *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁵⁹ Di seguito il testo della *Section 1* dello *Sherman Act*: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court".

Una definizione più articolata della *rule of reason* è stata successivamente offerta nel noto caso *Chicago Board of Trade*¹⁶⁰: la Corte ha chiarito che, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Mitchel*, una condotta restrittiva del mercato può essere giustificata esclusivamente sulla base di ragioni strettamente economiche. Dopo aver constatato, infatti, che nel caso in questione la restrizione non aveva alterato i prezzi di mercato, ma che anzi aveva rafforzato la concorrenza al suo interno, la Corte ha ritenuto di poter autorizzare l'accordo avendo superato il test di ragionevolezza¹⁶¹.

Secondo l'interpretazione della *rule of reason* offerta dalla Corte in quest'occasione, è necessario che la compagnia che ha concluso l'accordo o posto in essere la condotta abusiva, ne dimostri concretamente gli effetti pro-concorrenziali con riferimento al relativo mercato di riferimento e alla curva della domanda/offerta.

In *Chicago Board of Trade* sono, quindi, indicati specificamente i criteri in base ai quali valutare se una restrizione del mercato possa essere o meno giustificata alla luce della *rule of reason*: secondo il giudice Justice Brandeis, occorre fare riferimento alle circostanze peculiari proprie del business della compagnia, le condizioni del mercato prima e dopo la restrizione della concorrenza, la natura e la finalità della condotta oggetto d'indagine ed infine gli effetti che questa ha avuto sulla concorrenza all'interno del mercato¹⁶².

¹⁶⁰ *Chicago Board of Trade v. United States*, 46 U.S. 231 (1918). Secondo la Corte “every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts”.

¹⁶¹ Per un'analisi più approfondita del caso si rimanda a MARESCA D., *op. cit.*, p.975-976.

¹⁶² Nonostante il presente scritto sia incentrato sull'analisi delle intese restrittive della concorrenza, per completezza di trattazione è bene precisare che le corti statunitensi hanno adottato un modello simile di *rule of reason* per tutte le pratiche anticoncorrenziali in genere, senza distinguere tra le

Con specifico riferimento agli accordi verticali e orizzontali, la loro validità deve essere dimostrata esclusivamente attraverso l'analisi degli effetti che hanno avuto in concreto su domanda e offerta all'interno del mercato: se a seguito dell'accordo si assiste ad un aumento del prezzo, vi è una violazione della *Section 1* dello *Sherman Act*, in caso contrario non vi è motivo per non giustificarlo.

La *rule of reason* improntata all'analisi prettamente economica delle condotte restrittive e dei loro effetti è alla base della dottrina elaborata dalla scuola di Chicago (*Chicago School*)¹⁶³, la quale assume che l'efficienza economica sia appunto, per le norme del diritto antitrust, l'obiettivo da raggiungere¹⁶⁴.

La via più immediata per conseguire tale risultato consiste, da un lato, nel limitare al minimo indispensabile l'interferenza delle autorità giudicanti e amministrative all'interno dei mercati e, dall'altro lato, nel garantire che una determinata condotta non possa essere dichiarata contraria allo *Sherman Act* senza che ne siano dimostrati gli effetti anti-concorrenziali sul mercato di riferimento¹⁶⁵. Le compagnie devono, quindi, poter avere la possibilità di spiegare e dimostrare la ragionevolezza della condotta sotto esame.

diverse attività prese in considerazione dallo *Sherman Act* (accordi, boicottaggio, monopolio ecc...).

¹⁶³ Una sintesi del pensiero della Scuola di Chicago è efficacemente descritta in COASE R. H., *The Firm, the Market, and the Law: Essays on the Institutional Structure of Production*, 1988; COASE R. H., *The New Institutional Economics*, in 140 *J. Institutional & Theoretical Econ.* 229, 1984.

¹⁶⁴ Al contrario del raggiungimento di obiettivi di natura più strettamente politica e sociale che, secondo la scuola di Chicago, sono irrilevanti per il diritto antitrust. In contrasto con questa visione si pone l'*Interventionist model*, condivisa principalmente dal Congresso e dall'opinione pubblica, che sottolinea l'importanza di orientare l'interpretazione delle norme antitrust a favore del perseguimento di fini più socialmente utili quali l'innovazione tecnologica, l'indipendenza economica delle piccole imprese, la diversificazione dell'offerta ecc... Per un approfondimento sul modello interventista si vedano: BOHLING, *A Simplified Rule of Reason for Vertical Restraints: Integrating Social Goals, Economic Analysis, and* *Sylvania*, 64 *Iowa L. Rev.* 461, 472 (1979); *US. Department of Justice Vertical Restraints Guidelines*, [Jan.-June] *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1199 (Special Supp. Jan. 24, 1985)*; *Conference Committee Clears Restriction on Justice Department's Advocacy on RPM*, [July-Dec.] *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 1138*, at 723-24 (Nov. 3, 1983).

¹⁶⁵ PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.686.

Sia la Corte Suprema sia gran parte delle Corti Federali hanno fatto ampio ricorso al modello di *rule of reason* così elaborato, preferendolo all'approccio della "rivale" per se rule, sul presupposto che l'applicazione delle norme antitrust da parte delle corti deve essere flessibile. Si rifiutava, in altre parole, di sanzionare un accordo per via della sua sola esistenza¹⁶⁶.

Tuttavia, il modello elaborato dalla Corte nel caso *Chicago Board of Trade* ha suscitato alcune critiche a causa della difficoltà e dei costi elevati che le imprese dovevano sostenere per dimostrare la ragionevolezza delle proprie condotte¹⁶⁷.

Per superare questi problemi, sono stati proposti negli anni successivi diversi approcci di *rule of reason*¹⁶⁸, rivelatisi anch'essi insoddisfacenti dal momento che la Corte ha mancato di chiarire a quali condotte si applica la *rule of reason* caratterizzata da un'indagine più "snella", rispetto a quella più approfondita, rendendo di fatto impossibile prevedere a quale tipo di analisi, e di conseguenza a quali criteri, la Corte avrebbe fatto ricorso nel valutare le restrizioni.

I commentatori del diritto antitrust riponevano le speranze di ottenere finalmente chiarezza nel caso *California Dental Association (CDA)*¹⁶⁹, in cui la Corte Suprema è stata chiamata a decidere sulla presunta violazione della *Section 1* dello *Sherman Act* da parte della CDA¹⁷⁰.

La CDA, un'associazione no-profit cui aderivano circa i tre quarti dei dentisti dello Stato della California, offriva ai suoi membri assicurazioni ed altri benefici finanziari per usufruire dei propri servizi, oltre ad intraprendere attività di lobbying, marketing e pubbliche relazioni a beneficio degli iscritti. Il

¹⁶⁶ MARESCA D., *op. cit.*, p.975.

¹⁶⁷ Su tutti si veda: EASTERBROOK F. H., *The Limits of Antitrust*, in *63 Tex. L. Rev.* 1, 14, 1984.

¹⁶⁸ Soprattutto tra le corti federali e statali sono state proposte la "structured", la "truncated" rule of reason e la "quick look analysis", a seconda del livello di approfondimento dell'indagine. L'approccio basato sulla "quick look analysis" è stato avallato anche dalla Corte Suprema nei casi: *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984); *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

¹⁶⁹ *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756, 119 S. Ct. 1604 (1999).

¹⁷⁰ CAVANAGH E. D., Supreme Court ruling in *California Dental Association v. FTC*, disponibile su www.morganlewis.com.

codice etico della CDA vietava di fare pubblicità sui prezzi, in particolare sugli sconti, o sulla qualità dei servizi offerti, ciò che, per la Federal Trade Commission (FTC), configurava una violazione sia dello Sherman Act sia del Federal Commission Trade Act.

Sia la FTC sia la Ninth Court in sede di appello hanno rinvenuto la violazione della Section 1 dello Sherman Act attraverso un'analisi basata su una "quick look" *rule of reason*, applicabile a quelle condotte che, pur non essendo riconducibili alla categoria delle restrizioni illegali di per sè, producono con sufficiente evidenza effetti anti-concorrenziali che non richiedono un'indagine più approfondita.

La Corte Suprema ha, invece, ritenuto che un'indagine così sommaria della restrizione non fosse adeguata nel caso in questione. Pur riconoscendo che l'analisi "quick look" rappresenta un valido approccio di fronte a restrizioni di cui si riconoscono *prima facie* gli effetti anti-concorrenziali¹⁷¹, la Corte ha rinvenuto che le motivazioni che hanno indotto la CDA a vietare determinate attività pubblicitarie andassero meglio approfondite in quanto, apparentemente, sembravano legate alla necessità di evitare l'incremento dell'asimmetria informativa tra paziente e medico, attraverso la divulgazione di messaggi ingannevoli o fuorvianti¹⁷².

In sintesi, la Corte ha ritenuto di rinvviare la decisione alla Ninth Court per un'esame più approfondito, dal momento che la restrizione posta in essere dalla CDA avrebbe potuto essere giustificata i) per evitare l'asimmetria informativa tra paziente e medico; ii) per le difficoltà nell'effettuare una comparazione tra i pacchetti di servizi professionali; iii)

¹⁷¹ La Corte ha, infatti, statuito che la "quick look" rule of reason è applicabile "*when the great likelihood of anticompetitive effects can easily be ascertained, i.e., where the anticompetitive effects are obvious*".

¹⁷² Merita di essere menzionata la *dissenting opinion* del giudice Justice Breyer, il quale ha proposto un'alternativa alla "quick look" che consiste nel rispondere a quattro domande, ovvero: 1) la restrizione costituisce davvero un problema? 2) quali sono gli effetti anti-concorrenziali più probabili che ne derivano? 3) esistono degli effetti pro-concorrenziali che possono bilanciarli? 4) le compagnie coinvolte hanno un potere di mercato sufficiente a fare la differenza? E' sufficiente rispondere a queste domande per valutare se una restrizione viola lo Sherman Act o meno.

per le difficoltà nel verificare le informazioni sui prezzi e servizi; iv) per il legame di fiducia che alcuni pazienti hanno con il loro medico.

In questa occasione la Corte ha di fatto dato l'*endorsement* sia alla "quick look" *rule of reason* sia a quella basata su un'analisi più approfondita, lasciando, quindi, inalterati i dubbi circa i criteri attraverso i quali decidere di volta in volta quale approccio seguire.

Nel tentativo di elaborare una *rule of reason* che fosse il più possibile coerente e prevedibile, soprattutto per quanto riguarda le ragioni in base alle quali giustificare le restrizioni del mercato, la Corte ha in realtà confuso ancora di più le idee, ricorrendo a test di ragionevolezza basati su criteri sempre diversi perché improntati a perseguire talvolta la tutela della concorrenza in generale, talaltra il benessere dei consumatori e così via¹⁷³.

In questo modo l'indagine necessaria a valutare la legalità della condotta restrittiva risulta particolarmente complessa e lunga, a causa degli innumerevoli fattori che le corti sono chiamate a prendere di volta in volta in considerazione¹⁷⁴. Ciò comporta inevitabilmente incertezza in relazione all'esito della valutazione, non essendo prevedibili quali siano i parametri utilizzati in relazione a ciascun caso.

In sintesi, "*the increased focus on case facts under the rule of reason will (...) increase the uncertainty involved in litigation, and this uncertainty will increase the number of cases litigated because parties are unsure of what the outcome of a particular case will be*"¹⁷⁵.

Negli ultimi decenni la situazione non è certo migliorata, al contrario il caso *Brown*¹⁷⁶ rappresenta un ulteriore esempio di come le corti statunitensi si siano talvolta molto allontanate dall'impostazione seguita nel caso *Chicago Trade of Board*. Mentre, infatti, in quest'ultimo caso il test di

¹⁷³ HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.134.

¹⁷⁴ EASTERBROOK E., *op. cit.*, p.153.

¹⁷⁵ BLECHER, *The "New Antitrust" as Seen by a Plaintiff's Lawyer*, in 54 *ANTITRUST L.J.* 43, 45, 1985.

¹⁷⁶ *United States v. Brown Univ.*, 5 F.2d 658 (3d Cir. 1993)

ragionevolezza applicato dalla Corte Suprema era incentrato strettamente sull'efficienza economica, nel caso *Brown* l'intesa restrittiva non è stata sanzionata in ragione dei fini di tutela pubblicistici che perseguiva.

Il caso verteva sull'accordo concluso tra alcune università americane, tra cui *MIT* ed altre *Ivy League Schools*, per offrire agevolazioni finanziarie per pagare la retta annuale agli studenti iscritti. Il Dipartimento di Giustizia ha proposto un'azione per violazione della Section 1 dello Sherman Act contro le università che avevano stretto l'intesa. Nonostante la corte distrettuale avesse sanzionato in prima istanza l'accordo in questione, il *Third Circuit* ha ribaltato in sede di appello l'esito della decisione, affermando che la restrizione era suscettibile di giustificazione in quanto diretta a salvaguardare il diritto allo studio o comunque, più in generale, un interesse pubblico¹⁷⁷.

Sebbene il metodo maggiormente utilizzato dalle corti sia quello della *rule of reason* basata sull'analisi economica degli effetti della restrizione sul mercato, si sono susseguiti, come si è visto, diversi casi in cui i motivi con cui le corti hanno giustificato le pratiche restrittive perseguivano obiettivi non più solo di efficienza economica, ma più in generale di carattere pubblicistico. Non sorprendono, quindi, le critiche legate all'incertezza che ruota intorno all'applicazione della *rule of reason*, posto che, non essendoci dei requisiti predefiniti, le corti sono libere di prendere in considerazione gli elementi che ritengono di volta in volta più rilevanti a loro discrezione¹⁷⁸.

¹⁷⁷ MARESCA D., *op. cit.*, p.981.

¹⁷⁸ LANG M., *op. cit.*, p.3; PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.701.

4. Il passaggio alla *per se* rule e il successivo ritorno alla *rule of reason*

Nonostante nel diritto antitrust statunitense la necessità di poter contar su di un adeguato livello di certezza del diritto non sia così sentita come in Europa¹⁷⁹, né dagli studiosi né dalle imprese operanti sul mercato, le critiche mosse nel tempo alla *rule of reason* hanno indotto le corti a tentare strade diverse per rendere l'analisi delle condotte meno costosa e più prevedibile.

Il ricorso alla *per se rule*¹⁸⁰ ha, quindi, ragioni utilitaristiche, legate all'esigenza della Corte Suprema di dettare linee guida più chiare e definite per le imprese¹⁸¹. Di fronte alla vaghezza della *rule of reason*, la *per se rule* sembrava la risposta che consentiva di risparmiare tempo e denaro nei contenziosi, di rappresentare un'efficace deterrente per le compagnie e di assicurare maggiore certezza sull'esito delle decisioni da parte delle corti¹⁸².

A differenza di quanto accade con la *rule of reason*, nel metodo della *per se rule* non c'è spazio per la giustificazione da parte delle imprese delle pratiche restrittive da loro poste in essere. La Corte Suprema ha, infatti, individuato alcune intese i cui effetti anti-concorrenziali sono così evidenti che non serve indagare ulteriormente sulle ragioni che hanno spinto le imprese a concluderle¹⁸³.

¹⁷⁹ In HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.136, si parla addirittura di "ossessione" da parte dell'Europa nella ricerca di standard sempre più elevati di certezza del diritto.

¹⁸⁰ Tra i contributi più significati sul tema si segnalano: AREEDA P., *The Changing Contours of the Per Se Rule*, in *Antitrust Law Journal* 54.1, 1985, p. 27; FOX E. M., *Future of the Per Se Rule: Two Visions at War with One Another*, The, in *Washburn LJ* 29, 1989, p.200; KRATTENMAKER T. G., *Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses*, in *Geo. LJ* 77, 1988, p.165; LIEBELER W. J., *1984 Economic Review of Antitrust Developments: Horizontal Restrictions, Efficiency, and the Per Se Rule*, in *UCLA L. Rev.* 33, 1985, p.1019; VON KALINOWSKI J. O., *Per Se Doctrine-An Emerging Philosophy of Antitrust Law*, The, in *UCLA L. Rev.* 11, 1963, p.569.

¹⁸¹ HYLTON K.N., *op. cit.*, p.116.

¹⁸² PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.691.

¹⁸³ Per usare le parole della Corte Suprema nel caso *Jefferson Parish Hospital Distt. No.2 v. Hyde*²⁶: "the rationale for "per se" rule, in part, is to avoid a burdensome inquiry into the actual market conditions in situations where the likelihood of anti-competitive conduct is so great as to render

Campo naturale di applicazione della *per se rule* sono state, quindi, le intese che fissano prezzi: nel caso *Trenton Pottiers Co.*¹⁸⁴, la Corte ha affermato che tale tipo di accordo ha certamente come effetto quello di restringere almeno in parte la concorrenza all'interno del mercato e, per tale motivo, deve essere sanzionato senza bisogno di accertarne l'eventuale ragionevolezza.

Pochi anni dopo, questo approccio è stato esteso anche a tutti quegli accordi che, pur non fissandoli direttamente, avevano comunque l'effetto di alterare i prezzi sul mercato¹⁸⁵ e per questo motivo sono state, quindi, ritenute dalla Corte come illegali di per sè.

Un ulteriore passo avanti nell'applicazione della *per se rule* si è avuto con il caso *Topco Associates*¹⁸⁶, in cui il medesimo approccio riservato alle intese sui prezzi è stato esteso agli accordi aventi ad oggetto la ripartizione geografica del mercato¹⁸⁷. Il caso riguardava un'associazione, la Topco Associates, che raccoglieva al suo interno circa venticinque catene di piccoli e medi supermercati, ciascuna operante nel territorio locale con una quota tra l'1,5 e il 16%. Non essendo i membri dell'associazione finanziariamente in grado di distribuire prodotti di marchi privati, hanno stretto un'intesa che li obbligava a vendere esclusivamente i prodotti Topco all'interno di un determinato mercato geografico. In questo modo le catene che vendevano i prodotti Topco si potevano rivolgere ad una fascia di consumatori diversa rispetto a quella che acquista i prodotti di marca presso catene di supermercati più grandi.

unjustified the costs of determining whether the particular case at bar involves anti-competitive conduct".

¹⁸⁴ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927).

¹⁸⁵ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940): "Any combination which tampers with price structures. (...) Under the Sherman Act a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is illegal per se".

¹⁸⁶ *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972).

¹⁸⁷ La Corte Suprema si era già pronunciata pochi anni prima su questo tipo di accordi nel caso *United States v. Sealy*, 388 U.S. 350 (1967), definendole violazioni dello Sherman Act ancora più gravi delle intese sui prezzi.

La Corte ha sancito che una simile restrizione geografica del mercato è illegale di per sé e non può essere giustificata dall'esigenza di incentivare la concorrenza in un'altra porzione del mercato¹⁸⁸.

Intorno agli anni '60 alcuni commentatori¹⁸⁹ hanno però cominciato a sollevare perplessità sulla *per se rule* che, seppur efficiente, rischiava di sfociare in un eccesso di regolazione del mercato, oltre che di sanzionare accordi che, al di là dell'apparente illegalità, potevano rivelarsi in realtà positivi per i consumatori.

Sotto la spinta, quindi, delle critiche avanzate anche dalla Chicago School, la Corte Suprema ha cominciato a rivedere il suo orientamento in merito al ricorso alla *per se rule* per l'analisi delle intese di cui alla Section 1 dello Sherman Act. In particolare, con il caso *Sylvania*¹⁹⁰, viene sancito che la *rule of reason* deve essere l'approccio maggiormente usato anche in relazione all'analisi degli accordi restrittivi della concorrenza¹⁹¹.

Riaffermando l'importanza di analizzare i benefici economici che potrebbero potenzialmente derivare dalle intese restrittive, la Corte ha così affermato la supremazia dell'analisi economica del diritto antitrust e, quindi, dell'approccio basata sulla *rule of reason*¹⁹².

Nonostante nel caso *Sylvania* la Corte Suprema avesse lasciato spazio per l'analisi con il metodo della *per se rule* almeno in relazione agli

¹⁸⁸ Tale conclusione non ha trovato d'accordo il giudice Burger, che, nella sua dissenting opinion, ha spiegato che, avendo l'accordo in questione portato alla creazione di un nuovo prodotto, incrementando quindi la concorrenza sul mercato, non doveva essere considerato illegale di per se.

¹⁸⁹ Su tutti CRANE M., *The Future Direction of Antitrust*, in *56 Antitrust L.L* 3, 14, 1987.

¹⁹⁰ *Continental T.V v. G.T.E. Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977). Per un approfondimento sul caso in questione si rimanda ai seguenti contributi: LIEBELER W. J., *Intrabrand Cartels under GTE Sylvania*, in *UCLA L. Rev.* 30, 1982, p. 1; LOUIS M. B., *Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*, in *Virginia Law Review*, 1980, p.879; PITOFSKY R., *The "Sylvania" Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions*, in *Columbia Law Review*, 78.1, 1978, p.1; POSNER R. A., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *The University of Chicago Law Review*, 1977, p.1; ZELEK E. F. - STERN W. L. - DUNFEE T. W., *A Rule of Reason Decision Model After Sylvania*, in *California Law Review*, 68.1, 1980, p.13.

¹⁹¹ Secondo la Corte: "Departure from the rule-of-reason standard must be based upon demonstrable economic effect".

¹⁹² PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.694.

accordi orizzontali, in due successive pronunce ha, al contrario, ampliato ulteriormente il campo di applicazione della *rule of reason*.

In *National Society of Professional Engineers v. United States*¹⁹³ quello che sarebbe stato un accordo dichiarato *prima facie* illegale dalla Corte¹⁹⁴, è stato invece oggetto di un esame più approfondito delle circostanze in cui è stato concluso. Il contenuto dell'intesa prevedeva il divieto da parte degli ingegneri appaltatori di fare offerte concorrenziali al fine di tutelare la pubblica sicurezza. Diversamente, infatti, si rischiava di scegliere gli appaltatori solo per il minor prezzo offerto e non anche in base all'esperienza e alla qualità del servizio svolto.

La Corte, pur non applicando in questo caso la *per se rule*, è comunque giunta a sanzionare l'accordo a seguito di un'analisi più approfondita, in quanto l'unica ragione addotta dalla società nazionale degli ingegneri non era supportata da dati che ne evidenziassero l'efficienza economica.

Il passaggio dalla *per se rule* alla *rule of reason* in relazione alle intese sui prezzi è stato rimarcato nel successivo caso *Broadcast Music*¹⁹⁵. La CBS ha denunciato la violazione della Section 1 dello Sherman Act da parte della Broadcast Music Inc. (BMI) in quanto il prezzo comune stabilito per l'utilizzo di prodotti coperti da copyright, tramite BMI, erano il frutto di un accordo, illegale di per se, concluso tra i detentori dei diritti d'autore.

La Corte, pur riconoscendo chiaramente nella condotta di BMI un'intesa restrittiva della concorrenza¹⁹⁶, ha tuttavia ritenuto che esistessero

¹⁹³ *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978).

¹⁹⁴ Come nel caso *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

¹⁹⁵ *Broadcast Music v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

¹⁹⁶ Nello spiegare come scegliere tra il modello *per se rule* e *rule of reason*, la Corte ha affermato che "*our inquiry must focus on whether the effect and (...) purpose of the practice are to threaten the proper operation of our predominantly free-market economy-that is, whether the practice facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output*".

sufficienti indizi circa i potenziali effetti pro-concorrenziali dell'accordo da poter procedere all'analisi attraverso la *rule of reason*¹⁹⁷.

Lo stesso desiderio di passare dall'approccio basato sulla *per se rule* a quello della *rule of reason* si è manifestato poco dopo in relazione ad un'altra categoria tipicamente definita come illegale di per se: il boicottaggio collettivo¹⁹⁸.

Il passaggio alla *rule of reason* per l'analisi delle pratiche di boicottaggio collettivo è avvenuto in *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*¹⁹⁹, quando la Corte ha evidenziato alcuni possibili effetti benefici per il mercato nella condotta della NWS consistente nell'aver espulso dall'associazione uno dei suoi membri. Nel corso del procedimento, infatti, la ricorrente non aveva dimostrato né il potere di mercato della NWS né che quest'ultima lo avesse sfruttato per rendere più difficile o escludere l'accesso ai suoi concorrenti. Il caso meritava, quindi, di essere approfondito alla luce della *rule of reason*.

Lo stesso ragionamento circa l'importanza di allegare prova delle quote di mercato della compagnia responsabile del boicottaggio è stato ripreso anche in *FTC v. Indiana Federation of Dentists*²⁰⁰, in cui la Corte ha applicato la *rule of reason* per giungere alla conclusione che il diniego di fornire macchine a raggi x alle compagnie di assicurazione per valutare

¹⁹⁷ Un'ulteriore occasione per affermare la predilezione per la *rule of reason* in relazione all'analisi delle intese orizzontali si è avuta in *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984). La NCAA, un'associazione che includeva i principali College degli Stati Uniti, aveva imposto il numero massimo di volte in cui alle squadre di football di ciascuna scuola era consentito apparire in tv e a fronte di quale compenso. Il giudice Stevens ha riconosciuto la condotta della NCAA come un classico esempio di intesa restrittiva orizzontale, che tradizionalmente è sempre stata considerata di per se illegale. Tuttavia la Corte ha deciso di ricorrere alla *rule of reason* per consentire all'associazione di poter giustificare la propria condotta. Secondo la NCAA la restrizione era necessaria al fine di consentire a tutti i college le medesime opportunità di apparire in tv e di trarne profitto, tale ragione non ha però convinto la Corte che è comunque giunta alla conclusione di vietare l'intesa.

¹⁹⁸ Fino ad allora la Corte aveva seguito il metodo della *per se rule*, tra gli altri, nei seguenti casi: *Radiant Burners v. Peoples Gas, Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656 (1961); *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945); *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966); *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores*, 359 U.S. 207 (1959); *Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States*, 234 U.S. 600 (1914); *Fashion Originators' Guild of Am. v. FrC*, 312 U.S. 457 (1941).

¹⁹⁹ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985).

²⁰⁰ *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

l'entità dei danni reclamati, configura una violazione dello Sherman Act. Pur giungendo, quindi, alla medesima conclusione cui sarebbe giunta seguendo la *per se rule*, la Corte ha tenuto a precisare che l'analisi dei boicottaggi collettivi attraverso la *per se rule* è possibile solo nei casi in cui le compagnie sfruttano il loro potere di mercato per dissuadere i distributori o i consumatori dal fare business coi loro concorrenti.

In relazione agli accordi verticali il passaggio dalla *per se rule* alla *rule of reason* è stato, invece, meno netto ma altrettanto significativo²⁰¹.

Anche le corti federali hanno accolto con favore la scelta della Corte Suprema di limitare sempre di più il ricorso alla *per se rule* a favore della *rule of reason*²⁰². Persuasi dalle argomentazioni della Chicago School, anche i giudici federali hanno condiviso le perplessità su un approccio così rigido come quello della *per se rule*, sentendo la necessità di ottenere dalle compagnie spiegazioni in grado di giustificare le proprie condotte²⁰³.

In sintesi, l'efficienza garantita dalla *per se rule*, in termini di riduzione di tempi e costi processuali, oltre che di incremento significativo del livello di prevedibilità delle decisioni assunte dalle corti in relazione a determinate categorie di condotte, non sono stati ritenuti sufficienti a giustificare l'arbitrarietà e l'eccessiva generalizzazione che tale approccio implica²⁰⁴. Sia i commentatori della materia sia le corti federali e suprema hanno dimostrato, come si è visto, di preferire l'esistenza di una "zona grigia" consentita dalla *rule of reason*, in cui le imprese hanno spazio per spiegare le ragioni delle loro condotte, piuttosto che un meccanismo più certo e prevedibile che, però, rischia di sanzionare restrizioni che potrebbero nascondere, invece, effetti positivi per il mercato.

²⁰¹ Si vedano i casi *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984); *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

²⁰² *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986); 479 U.S. 1033 (1987); *National Bancard Corp. v. Visa, U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir.), 479 U.S. 923 (1986); *Polk Bros. v. Forest City Enters.*, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985).

²⁰³ PIRAINO JR T.A., *op. cit.*, p.700.

²⁰⁴ HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *op. cit.*, p.138.

Il prezzo da pagare per avere più prevedibilità è stato dunque ritenuto troppo alto per chi non ha mai fatto della certezza del diritto una sua bandiera.

5. L'art. 101 Tfue e le restrizioni per oggetto e per effetto

Al fine di comprendere se ed in quale misura le teorie statunitensi appena descritte abbiano influenzato l'art. 101 TFUE e, di conseguenza, il livello di certezza del diritto che contraddistingue l'indagine sulla legittimità delle intese tra imprese all'interno del mercato comune, occorre descrivere innanzitutto brevemente la struttura della norma del Trattato in commento.

L'art. 101 TFUE²⁰⁵ si articola in tre paragrafi, il primo dei quali vieta i) tutti gli accordi fra imprese che operano allo stesso livello della catena produttiva o distributiva (accordi orizzontali) o a livelli diversi (accordi verticali), ii) decisioni di associazioni di imprese e iii) pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra i paesi dell'UE e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

Oltre ad imporre il divieto appena descritto, il primo paragrafo dell'art. 101 TFUE elenca alcuni esempi di condotte anticoncorrenziali ritenute proibite perché contrarie al diritto della concorrenza²⁰⁶. E' bene specificare che, trattandosi di un elenco meramente esemplificativo, nulla esclude che una condotta che non rientri fra quelle espressamente citate possa essere considerata contraria all'art. 101.1 TFUE.

Al paragrafo successivo, la norma prosegue sancendo la nullità "*di pieno diritto*" di ogni accordo, decisione o pratica concordata conclusi in

²⁰⁵ DRAETTA U. - PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale – Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, p.194; JONES A. - SUFRIN B., *EU Competition Law*, Oxford, 2014, p.122; MUNARI F., *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, 2006, p.1492; PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Parigi, 2013, p.177; TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p.637; VAN BAEL I. - BELLIS J. F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, p. 28; WHISH R. - BAILEY D., *Competition Law*, Oxford, 2012, p.82.

²⁰⁶ Si tratta in particolare di quegli accordi o pratiche concordate diretti a: "a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi."

violazione dell'art. 101.1 Tfeue. Tale sanzione opera automaticamente e senza che sia richiesta un'apposita decisione della Commissione in tal senso. La diretta applicabilità dell'art. 101 Tfeue fa sì che la nullità possa essere dichiarata anche dalle autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza. Si tratta di una nullità assoluta che priva di qualsiasi effetto l'accordo o la decisione, anche nei confronti di terzi, per tutto il tempo per cui si è protratta la violazione. Tuttavia la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che la nullità si estende alle sole clausole che violano l'art. 101.1 Tfeue²⁰⁷, restando pertanto valide ed efficaci le altre parti dell'accordo nella misura in cui tale possibilità sia prevista dal diritto nazionale²⁰⁸.

Esiste la possibilità che le condotte vietate ai sensi del primo paragrafo dell'art. 101.1 Tfeue siano esentate da tale divieto e, di conseguenza, dalla sanzione di nullità. Il paragrafo 3 della norma in commento prevede, infatti, un'esenzione per quegli accordi o decisioni restrittivi della concorrenza che rispettino i seguenti requisiti: i) contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; ii) riservino agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; iii) evitino di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; iv) non diano a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. Tali requisiti sono da ritenersi cumulativi, di conseguenza se anche solo uno di essi non è rispettato, l'accordo o la pratica concordata non possono beneficiare dell'esenzione dal divieto di cui al paragrafo 1²⁰⁹. Tali condizioni devono inoltre persistere per tutta la durata dell'intesa.

²⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Société Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Raccolta p.00262.

²⁰⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1983, causa 319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA c. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, Raccolta p.04173.

²⁰⁹ Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato pubblicata in GUCE del 27.4.2004, C 101, p. 97, par. 42; sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA GCM and others c. Commissione Europea*, Raccolta p.II-913.

Prima dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003²¹⁰ la Commissione aveva competenza esclusiva sull'applicazione dell'art. 101.3 TFUE: la disciplina previgente prevedeva, infatti, l'obbligo per le imprese interessate ad avvalersi dell'esenzione in questione di notificare l'accordo alla Commissione affinché quest'ultima decidesse della sua applicabilità²¹¹. A seguito della riforma, tale sistema di notifica è stato abolito, facendo diventare la disposizione di cui al paragrafo 3 una vera e propria eccezione legale che le imprese possono far valere nei procedimenti per violazione dell'art. 101.1 TFUE. L'art. 2 del Regolamento n. 1/2003 chiarisce che l'onere di dimostrare la sussistenza dei requisiti fissati dal paragrafo 3 incombe sulle imprese che intendono avvalersene.

Come si evince, quindi, dal testo della norma, un accordo o una pratica concordata possono impedire, restringere o falsare la concorrenza a causa del loro oggetto o del loro effetto. Tali requisiti sono tra loro alternativi e vanno pertanto considerati disgiuntamente. Giurisprudenza consolidata ha, infatti, stabilito che gli effetti concreti vadano esaminati solo qualora l'accordo non abbia per oggetto di restringere la concorrenza²¹².

Tale approccio è stato confermato anche dalla Commissione che, al paragrafo 20 delle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato²¹³, afferma che: *“una volta stabilito che un accordo ha per*

²¹⁰ 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, pubblicato in GUCE del 4.1.2003, L 1/1.

²¹¹ Art. 4.1 del Regolamento (CEE) del Consiglio n. 17/1962: Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, pubblicato in GUCE del 21.2.1962 n. 13, p.204.

²¹² Sentenze della Corte di giustizia del 30 maggio 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Société Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Raccolta p.00262; del 13 luglio 1966, causa 56 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, Raccolta p.00458; del 11 gennaio 1990, causa C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici c. Commissione*, Raccolta p.I-45; del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bra ü AG*, Raccolta p.I-935; del 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, Raccolta p.I-4411; del 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, Raccolta p.I-4125; sentenza del Tribunale del 23 ottobre 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, Raccolta p.II-4653. Recentemente la Corte di giustizia ha nuovamente ribadito che esistono intese che per loro natura minacciano la normale concorrenza sul mercato in modo così evidente da rendere superfluo indagare sulle reali intenzioni delle parti.

²¹³ Cit. per esteso sub. nota 63.

oggetto di restringere la concorrenza, non è necessario tenere conto dei suoi effetti concreti. In altre parole, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, non è necessario che venga dimostrata l'esistenza di effetti anticoncorrenziali se l'accordo ha per oggetto una restrizione della concorrenza.”

La Comunicazione prosegue poi fornendo, al paragrafo 21, la definizione di restrizioni per oggetto, che si identificano come quelle “*che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato”*.

Analogamente a quanto visto in merito all'applicazione della *per se rule*, anche la giurisprudenza comunitaria ha individuato alcune tipologie di accordi considerati restrittivi per oggetto, che non possono, pertanto, essere giustificati dall'analisi del contesto economico in cui sono stati conclusi²¹⁴.

Nella sentenza *European Night Services*²¹⁵ il Tribunale, dopo aver affermato che la valutazione di un accordo deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti²¹⁶, ha individuato negli accordi orizzontali che fissano i prezzi²¹⁷ e nelle decisioni che ripartiscono il

²¹⁴ Sentenza del Tribunale del 8 luglio 2004, cause riunite T-67, T-68, T-71 e T-78/00, *JFE Engineering c. Commissione*, Raccolta p.II-2501.

²¹⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998, cause riunite T-374, T-375, T-384 e T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd., Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-03141.

²¹⁶ Nella sentenza *CRAM e Rheinzink* - sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1984, cause riunite 29 e 30/83, *Compagnie royale astimenne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p01679 - la Corte ha precisato, con riguardo alla valutazione degli accordi restrittivi per oggetto, che: “*Per stabilire se un accordo abbia l'oggetto di restringere la concorrenza non è necessario accertare quale dei due contraenti abbia preso l'iniziativa d'inserire questa o quella clausola, né controllare se le parti abbiano avuto un'intenzione comune al momento della stipulazione dell'accordo.*”

²¹⁷ Si vedano, *ex multis*, anche le sentenze del Tribunale del 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midland c. Commissione*, Raccolta p.II-2597; del 12 luglio 2001, cause riunite T-202, T-204 e T-207/98, *Tate & Lyle c. Commissione*, Raccolta p.II-2035; del 11 marzo 1999, causa T-141/94, *Thyssen Stahl A.G. c. Commissione*, Raccolta p.II-347; del 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Trèfilunion c. Commissione*, Raccolta p.II-1063. Gli accordi che fissano prezzi sono classificati

mercato²¹⁸ due esempi di manifeste restrizioni della concorrenza che, in quanto tali, non possono trovare giustificazione nel contesto in cui sono stati conclusi.

Un'ulteriore fattispecie considerata dalla Corte di giustizia come restrizione per oggetto è quella degli accordi verticali che vietano l'esportazione. La Corte è giunta a tale conclusione nella decisione *General Motors*²¹⁹ in cui è stata chiamata a giudicare di un'intesa avente ad oggetto l'applicazione, da parte di un fornitore di autoveicoli, nell'ambito di contratti di concessione, di una misura che escludeva le vendite all'esportazione dal sistema di premi accordati ai concessionari. In quell'occasione il giudice europeo ha inoltre precisato che un accordo può avere un oggetto restrittivo anche qualora non abbia come unico obiettivo una restrizione della concorrenza, bensì persegua anche il conseguimento di altri obiettivi legittimi.

Sempre in relazione ad accordi verticali, in particolare quelli che fissano i prezzi di rivendita tra fornitore e distributore²²⁰, la Corte di giustizia ha ancora recentemente confermato che *“se è pur vero che gli accordi verticali spesso sono, per loro natura, meno dannosi per la concorrenza degli accordi orizzontali, anch'essi possono però, in determinate circostanze, avere un potenziale restrittivo particolarmente elevato. Così, già in varie occasioni la Corte ha affermato che un accordo verticale aveva per oggetto una restrizione della concorrenza (v. sentenze del 13 luglio*

come restrizioni per oggetto anche dalla Commissione che, nelle già citate Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, sancisce al paragrafo 20 che: *“Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione.”*

²¹⁸ Nello stesso senso anche le decisioni della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear*; del 5 dicembre 2001, caso COMP/37.800/F3 – *Luxemburg Brewers*; sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, Raccolta p.II- 1775.

²¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, *General Motors c. Commissione*, Raccolta p.I-3173.

²²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1985, causa 243/83, *SA Binon Cie c. Sa Agence et messageries de la presse*, Raccolta p.2015.

1966, *Consten e Grundig/Commissione*, 56/64 e 58/64, *Racc. pag. 457*; del 1° febbraio 1978, *Miller International Schallplatten/Commissione*, 19/77, *Racc. pag. 131*; del 3 luglio 1985, *Binon*, 243/83, *Racc. pag. 2015*, nonché *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, cit.*)²²¹.

Oltre alle categorie di accordi individuate dalla giurisprudenza, pur non esistendo una comunicazione della Commissione che racchiuda un elenco esaustivo degli accordi restrittivi della concorrenza per oggetto²²², sono generalmente ritenuti tali quelli elencati nei regolamenti di esenzione²²³ o nelle Linee direttrici della Commissione. Ne sono un esempio le “Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale”²²⁴, che al paragrafo 74 affermano che “*gli scambi di informazioni che effettuano i concorrenti sui dati individualizzati relativi ai prezzi o alle quantità previsti in futuro dovrebbero (...) essere considerati una restrizione della concorrenza per oggetto*”.

Qualora, invece, un’intesa non abbia per oggetto una restrizione della concorrenza, si procede a valutare se possa avere effetti anticoncorrenziali in violazione dell’art. 101.1 TfeU. Secondo la Commissione, perché un accordo produca effetti restrittivi, “*deve pregiudicare la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi,*

²²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e altri c. Gazdasági Versenyhivatal*, non ancora pubblicata.

²²² Per un approfondimento sulle intese restrittive della concorrenza per oggetto si rimanda a BAILEY D., *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2012, p.559.

²²³ Si veda ad esempio l’art. 4 del Regolamento (CE) n. 772/2004 della Commissione del 27 aprile 2004 relativo all’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, pubblicato in GUCE del 27.4.2004, L 123, p. 11.

²²⁴ Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, pubblicata in GUCE del 14.1.2001, C 11/1.

sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante"²²⁵.

Al fine di stabilire se un accordo abbia o meno un effetto anticoncorrenziale è necessario esaminarlo nel contesto giuridico ed economico in cui deve essere applicato, assumendo un'importanza primaria la definizione del mercato rilevante²²⁶, dal momento che una restrizione della concorrenza può avere un impatto più o meno negativo a seconda che si tratti di accordi tra imprese concorrenti o non concorrenti²²⁷.

Nella sentenza O2²²⁸, il giudice europeo ha sottolineato che l'analisi circa gli effetti anticoncorrenziali degli accordi deve tenere in considerazione anche come la concorrenza si sarebbe svolta in assenza dell'intesa contestata.

Con specifico riguardo agli accordi verticali, nella decisione *Delimitis*²²⁹ la Corte di giustizia ha introdotto la cd. teoria delle reti parallele: secondo quanto suggerito dalla Corte, gli effetti di un accordo, oltre che individualmente, andrebbero esaminati anche in relazione agli altri accordi simili già esistenti sul mercato, così da poter valutare se tale rete di intese consenta l'accesso al mercato da parte di un nuovo concorrente o, al contrario, lo impedisca. In quest'ultimo caso si dovrà accertare più specificatamente quanto contribuisca l'accordo contestato a creare questa barriera di accesso al mercato.

²²⁵ Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato pubblicata in GUCE del 27.4.2004, C 101, p. 97, par. 24.

²²⁶ MORITZ L., *An introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013, p. 96.

²²⁷ VAN BAEL I. - BELLIS J. F., *op. cit.*, p. 80.

²²⁸ Sentenza del Tribunale del 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germania) c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-1231. Questo stesso concetto è stato espresso dalla Corte di giustizia anche nella già citata decisione *General Motors*, dove si è affermato che, al fine di decidere sulla legittimità dell'intesa, occorre esaminare la situazione della concorrenza sul mercato della fornitura di autoveicoli nell'ipotesi in cui le vendite all'esportazione non fossero state escluse dalla politica dei premi.

²²⁹ Sentenza *Delimitis*, C-234/89, *cit.*

6. Il dibattito sull'art. 101 come codificazione della *per se rule* e della *rule of reason*

Agli approcci *per se rule* e *rule of reason* il diritto dell'Unione europea contrappone dunque le categorie delle restrizioni della concorrenza c.d. "per oggetto" o "per effetto"²³⁰.

Il dibattito sulla contrapposizione di questi diversi metodi si è sviluppato principalmente intorno a due questioni: 1) se sia possibile ravvisare nel paragrafo 1 dell'art. 101 un divieto *per se* delle intese restrittive della concorrenza; 2) se il paragrafo 3 dell'art. 101 rappresenti una codificazione della *rule of reason*²³¹.

Per quanto riguarda la prima questione, i dubbi circa la possibilità di classificare come *per se* le restrizioni alla concorrenza proibite ai sensi dell'art. 101.1 sono nati in seguito ad alcune pronunce della Corte²³² e della Commissione²³³ in cui il divieto viene applicato in modo quasi automatico ed acritico.

Particolarmente rappresentativa di tale approccio è la sentenza *Volkswagen*²³⁴, dove il giudice europeo, nella valutazione di un accordo diretto a ripartire geograficamente il mercato, ha ritenuto di sanzionare la casa automobilistica per aver adottato misure aventi ad oggetto la compartimentazione del mercato italiano, attraverso un approccio del tutto simile alla *per se rule*, affermando che "*tali misure erano di per sé tali da influire sul commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del*

²³⁰ Per un approfondimento sulle analogie e le differenze tra antitrust americano ed europeo si vedano: FOX E., *The Market Power Element of Abuse of Dominance - Parallels and Differences in Attitudes - US and EU*, in *European Competition Law. Annual 2007*, a cura di EHLERMANN C.D. e MARQUIS M., Oxford e Portland, 2008, p.109; TEMPLE LANG J., *L'art. 82- I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2009, p.457.

²³¹ BASTIANON S., *Diritto comunitario della concorrenza e integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p. 93.

²³² Si veda ad esempio la sentenza del Tribunale del 27 febbraio 1992, causa T-19/91, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-415.

²³³ Decisione della Commissione del 16 dicembre 1991, IV/33.242, Yves Saint Laurent, pubblicata in GU L12 del 18 gennaio 1992, p. 14.

²³⁴ Sentenza del Tribunale del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c. Commissione Europea*, *Raccolta* p. II-02707.

Trattato (sentenza della Corte 12 luglio 1979, cause riunite 32/78 e da 36/78 a 82/78, *BMW Belgium/Commissione*, Racc. pag. 2435, punto 32)” e che pertanto la Commissione, nel svolgere la sua indagine, “non era tenuta a indagare sugli effetti concreti di queste misure sul gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”.

Per contro, in altre occasioni il giudice europeo, nel valutare l'anticoncorrenzialità di fattispecie elencate nella lista di cui al paragrafo 1, anziché dichiararne l'illegittimità *tout court*, ha riconosciuto la necessità di effettuare un'analisi degli accordi che tenesse conto del contesto in cui venivano conclusi, prendendo in considerazione fattori ogni volta diversi al fine di valutarne l'eventuale portata restrittiva della concorrenza²³⁵.

Nella sentenza *Glaxo*²³⁶, dopo aver confermato che gli accordi diretti a limitare il commercio parallelo o a compartimentare il mercato comune in linea di principio devono essere considerati diretti a impedire la concorrenza, il Tribunale aggiunge che, tuttavia, il semplice fatto che un accordo miri a restringere il commercio parallelo non è sufficiente per

²³⁵ Sentenza Allianz, C-32/11, *cit.*

²³⁶ Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission c. Commissione Europea*, Raccolta, p. II-02969. Per un approfondimento sul caso in questione si rimanda a: COLANGELO G., *Farmaci, commercio parallelo e obiettivi dell'antitrust: il caso "Glaxo"*, in *Il Foro italiano*, 2007, IV, Col.39; CORRADI M. C., *GlaxoSmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, p.87; DIENY E., *Appréciation au regard du droit communautaire de la concurrence d'un accord visant à réduire le commerce parallèle des médicaments*, in *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2006, p.2151; ECCLES R., *Parallel Exports in the Pharmaceuticals Sector: Take Nothing For Granted*, in *European Competition Law Review*, 2007, p.134; GIANNACCARI A., *Il caso Glaxo e le importazioni parallele*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p.557; IDOT L., *Commerce parallèle de médicaments et spécificité du marché pharmaceutique*, in *Europe*, 2006, n. 326, p.27; JUNOD V., *An End to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in GlaxoWellcome*, in *World Competition*, 2007, Vol.30, p.291; LIBERATORE F., *Importazione parallela di medicinali e diritto antitrust: note a margine della sentenza del Tribunale di primo grado CE "Glaxosmithkline c. Commissione Europea"*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2007, p.501; MARQUIS M., *Tutela del consumatore e disciplina della concorrenza: in margine alla sentenza del Tribunale di prima istanza nel caso GlaxoSmithKline*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p.369; ROBIN C., *Accords de distribution*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, n. 10, p.21; VAN DER WOUDE M., *Le TPI annule la décision de la Commission rejetant une demande d'exemption pour un système de prix différenciés en fonction de la destination des produits pharmaceutiques*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.64; ZIVY F., *Délimitation des preuves admissibles en justice à l'appui d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81 CE*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.116.

concludere nel senso di una violazione dell'art. 81, n. 1, CE. La decisione della Commissione, che sanzionava la condotta della casa farmaceutica *GlaxoSmithKline*, veniva dichiarata viziata e, pertanto, annullata proprio per non aver preso sufficientemente in considerazione gli effetti positivi che tali condizioni di vendita avevano sulla capacità di investire in innovazione e ricerca dell'azienda.

La sentenza *Glaxo* non è l'unica decisione in cui la Corte si è orientata verso un esame più attento degli effetti concreti che le intese hanno sul mercato e sui consumatori e degli interessi meritevoli di essere tutelati.

Nella sentenza *Société Technique Minière*²³⁷ la Corte ha stabilito che il contratto che contenga una clausola che concede un diritto esclusivo di vendita all'interno di una determinata area “*non ricade automaticamente sotto il divieto di cui all'art. 81 n.1*”, dal momento che occorre analizzare anche il contesto giuridico economico di riferimento.

Vi sono casi, poi, in cui la Corte non ha esitato ad escludere l'applicazione del diritto della concorrenza in virtù di principi o politiche, esterni al mercato, e quindi alla fattispecie oggetto di valutazione, da ritenersi prevalenti nell'ambito della comparazione fra principi a contenuto circolare. Il caso più significativo, che non può certo ricondursi alla rule of reason, è offerto dalla decisione *Albany International*²³⁸, dove la Corte ha ritenuto di non sanzionare un'intesa, stipulata in forma di accordo collettivo, che istituiva un regime pensionistico integrativo, l'iscrizione al quale poteva essere resa obbligatoria dalle pubbliche autorità, dal momento che tale regime, nel suo complesso, mirava a garantire un determinato livello pensionistico a tutti i lavoratori del settore interessato e contribuiva direttamente, quindi, al miglioramento di una delle condizioni di lavoro degli impiegati.

²³⁷ Sentenza *Société Technique Minière*, causa 56/65, cit.

²³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Raccolta p.I-05751.

Anche nella decisione *Wouters*²³⁹ la Corte di giustizia ha dichiarato che non tutte le intese che restringono la libertà d'azione delle parti violano necessariamente l'art. 101 Tfu (allora art. 81 CE), dovendo, infatti, tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi, che nel caso di specie riguardavano il buon esercizio della professione di avvocato.

Quest'approccio così flessibile della Corte nel giudicare alcune tra le fattispecie elencate al paragrafo 1, ha indotto taluni ad escludere che si possa parlare di un divieto *per se e*, nello stesso tempo, a ritenere che vi sia margine per riconoscere all'interno dell'art. 101 un'analisi in termini di *rule of reason*²⁴⁰.

L'analisi del mercato all'interno del quale opera l'accordo, che caratterizza come si è visto il metodo della *rule of reason*, è stata infatti utilizzata come criterio di valutazione di un contratto di fornitura di birra dalla Corte nella già citata sentenza *Delimitis*²⁴¹. Secondo alcuni autori, il fatto che siano stati presi in considerazione fattori quali il numero dei produttori concorrenti presenti sul mercato, il livello di saturazione dello stesso e il grado di fedeltà dei consumatori, rappresenta un caso di applicazione della *rule of reason*²⁴².

Tuttavia, vi è chi ha escluso questa lettura sostenendo che l'unica sede in cui sia possibile effettuare un'analisi economica completa all'interno

²³⁹ Sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Raccolta p.I-01577.

²⁴⁰ BASTIANON S., *op. cit.*, p. 95.

²⁴¹ Sentenza *Delimitis*, causa C-234/89, cit. In generale il Tribunale di prima istanza e la Corte di giustizia hanno dato più spazio all'analisi economica nelle istruttorie, esigendo dalla Commissione argomenti più probanti non solo in relazione all'analisi delle intese restrittive, ma anche in sede di valutazione degli abusi di posizione dominante (sentenza del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-02585) e delle concentrazioni (sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2002, causa T-80/02, *Tetra Laval BV c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-04519).

²⁴² HILDEBRAND D., *The role of economic analysis in the EC competition rules*, New York, 2002, p.217.

dell'art. 101 sia il paragrafo 3²⁴³. L'equiparazione dell'art. 101.3 alla *rule of reason* statunitense ha attirato su di sé numerose critiche. In primo luogo si è posto in evidenza la diversa origine, nel primo caso normativa e nel secondo caso giurisprudenziale, dei due metodi. In secondo luogo si è sottolineato come, mentre la *rule of reason* sia utilizzata in un'analisi caso per caso delle restrizioni, il paragrafo 3 si riferisca ad intere categorie di accordi. Infine si è osservato che, a differenza di quanto avviene con la *rule of reason*, il paragrafo 3 consente di effettuare valutazioni non solo di carattere economico ma anche politico-sociale²⁴⁴.

²⁴³ A. FRIGNANI - M. WALBROECK, *Diritto della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 160.

²⁴⁴ S. BASTIANON, *op. cit.*, p. 100.

7. Un ulteriore esempio di influenza delle teorie statunitensi sull'art. 101 TFUE

Le recenti decisioni assunte, rispettivamente, dalla Corte Suprema statunitense nel caso *Actavis*²⁴⁵ e dalla Commissione europea nel caso *Lundbeck*²⁴⁶ hanno contribuito al dibattito sull'influenza delle teorie statunitensi sull'art. 101 TFUE²⁴⁷. Infatti, l'iter logico che caratterizza queste due pronunce appare molto simile al punto da aver riaperto il dibattito sull'influenza che le dottrine della *rule of reason* e *per se rule* hanno avuto sull'art. 101 Tfu.

Il caso *Actavis*²⁴⁸, deciso dalla Corte Suprema nel giugno 2013, verteva sull'accordo concluso tra diversi produttori di farmaci generici, tra cui *Actavis* (allora *Watson Pharmaceuticals*), che si impegnavano a non mettere in commercio, fino all'agosto 2015, la versione generica di un farmaco chiamato *AndroGel*. Tale accordo prevedeva, inoltre, che *Solvay Pharmaceuticals*, proprietaria del brevetto del farmaco, corrispondesse un'ingente somma di denaro (tra i 243 e i 342 milioni di dollari) ai produttori del farmaco generico in cambio di una serie di servizi che questi ultimi avrebbero dovuto rendere.

La *Federal Trade Commission* (FTC) ha avviato una procedura nei confronti di tutti i partecipanti all'intesa, sostenendo che l'importo versato da *Solvay Pharmaceuticals* ai potenziali produttori della versione generica del farmaco *AndroGel* rappresentava in realtà un compenso per aver

²⁴⁵ *Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al*, 570 U.S (2013).

²⁴⁶ Decisione della Commissione europea del 19 giugno 2013, *Lundbeck*, COMP/AT. 39.226.

²⁴⁷ ITALIANER A., *Competitor agreements under EU competition law*, in *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, 2013, p.1.

²⁴⁸ Per un maggior approfondimento sulla pronuncia in commento si rimanda a: AA.VV., *III. Federal Statutes and Regulations: F. Hatch-Waxman Act - Reverse-Payment Settlements - FTC v. Actavis, Inc.*, 127 Harv. L. Rev. 358; HARRIS B. C. - MURPHY K. M. - WILLIG R. D. - WRIGHT M. B., *Activating Actavis: a more complete story*, 28 Antitrust ABA 83; HOVENKAMP H., *Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision*, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 3; MCDONALD K. D., *Cover story, because I said so: on the competitive rationale of FTC v. Actavis*, 28 Antitrust ABA 36; O'ROURKE K. R. - SALLET J. - ROBSON K., *FTC V. Actavis: Reconciling Conflicts In Rule Of Reason*, disponibile su Law 360, LexisNexis Advance 7/2013; R. A. SAMP, *The Role of State Antitrust Law in the Aftermath of Actavis*, 15 Minn. J.L. Sci. & Tech. 149.

acconsentito a non competere sul mercato fino all'agosto 2015. Tuttavia, sia la corte distrettuale, sia la corte federale non hanno ritenuto convincente questa teoria, non rinvenendo alcun effetto anticoncorrenziale nella condotta dei partecipanti, dal momento che la concorrenza da parte dei generici ad *Androgel* sarebbe stata comunque possibile a partire dall'agosto 2015, ben sessantacinque mesi prima dello scadere del brevetto in mano a *Solvay Pharmaceuticals*.

La Corte Suprema, nell'analizzare la sentenza impugnata, ha invece ritenuto non condivisibile il giudizio delle corti minori, che avrebbero omesso di esaminare gli effetti anticoncorrenziali. Secondo la Corte Suprema, l'abbandono della *rule of reason* a favore di un'analisi basata su presunzioni può, infatti, trovare giustificazione solo quando anche un osservatore con conoscenze elementari di economia può giungere alla conclusione che l'accordo in questione avrebbe effetti anticoncorrenziali sul mercato. Data la complessità del caso in esame, in cui era necessario bilanciare gli interessi tutelati dalle norme federali antitrust con quelli tutelati dalle norme sui brevetti, la Corte Suprema ha deciso di rinviare la questione alla *Court of Appeals for the Eleventh Judicial Circuit* affinché procedesse ad una valutazione più approfondita, applicando la *rule of reason*.

Appena due giorni dopo la pronuncia della Corte Suprema, la Commissione Europea ha sanzionato la compagnia farmaceutica *Lundbeck* ed altre aziende produttrici di farmaci generici per un accordo del tutto simile a quello dell'appena descritto caso *Actavis*²⁴⁹. Anche in quest'occasione, infatti, l'azienda farmaceutica detentrica del brevetto di un antipressivo, il *Citalopram*, ha stretto un accordo con alcuni produttori di farmaci generici affinché questi ultimi non entrassero nel mercato con la versione generica del farmaco in cambio della corresponsione di circa 10 milioni di euro.

²⁴⁹ Si veda in proposito i commenti di: CHOI W. - DEN UYL B. - HUGHES M., *Pay-For-Delay Practices in the Pharmaceutical Sector: Lundbeck, Actavis, and Others*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5.1, 2014, p.44; ZAFAR O., *Lundbeck, and Johnson & Johnson and Novartis: The European Commission's 2013 'pay-for-delay' decisions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5.4, 2014, p.207.

Al fine di valutare la potenziale anticoncorrenzialità dell'intesa fra le case farmaceutiche, la Commissione ha preso in considerazione gli stessi fattori sulla base dei quali la Corte Suprema ha adottato la propria decisione, ovvero: i) la capacità da parte dei produttori del generico di essere potenziali concorrenti della *Lundbeck*; ii) il limite imposto ai produttori di non entrare nel mercato per tutta la durata dell'accordo; iii) la perdita degli incentivi per i produttori volti a sostenere gli sforzi necessari, in termini di ricerca e sviluppo, per entrare autonomamente nel mercato, essendo stato dimostrato che la somma corrisposta da *Lundbeck* corrispondeva già al potenziale guadagno che i produttori del generico avrebbero avuto entrando con successo nel mercato.

Come nel caso *Actavis*, la complessità della vicenda ha indotto anche la Commissione a ritenere opportuna un'analisi che tenesse in considerazione il contesto giuridico ed economico, rifiutandosi quindi di ricondurre automaticamente l'intesa in questione ad una restrizione per oggetto ex art. 101.1 TFUE.

8. Osservazioni sull'esistenza di una *rule of reason* europea in relazione al principio di certezza del diritto

Dall'analisi della giurisprudenza e della dottrina emerge implicitamente una certa analogia tra i ragionamenti del giudice europeo e i metodi *per se* e *rule of reason* applicati dalle corti statunitensi.

Si ritiene, tuttavia, di condividere l'impostazione della Commissione²⁵⁰ e della Corte di giustizia²⁵¹, che hanno negato in più occasioni l'equiparazione tra l'art. 101 par. 3 e la *rule of reason*. Se, infatti è vero che, la giurisprudenza comunitaria ha mostrato una flessibilità nell'applicazione dell'art. 101 tale da consentire la giustificazione di accordi

²⁵⁰ Nel Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CE, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. C 132 del 12/05/1999 pag. 0001, la Commissione dichiara di non vedere nella *rule of reason* una soluzione ai problemi di enforcement legati all'art. 85 CE. L'aver introdotto una valutazione degli aspetti pro e anticoncorrenziali non significa che si possa andare oltre, dal momento che "effettuare con maggiore sistematicità, nel quadro dell'articolo 85, paragrafo 1, un'analisi degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di un'intesa restrittiva porterebbe difatti a svuotare del suo contenuto il paragrafo 3 dello stesso articolo e solo una revisione del trattato potrebbe introdurre una simile modifica. Sarebbe quanto meno paradossale privare della sua sostanza l'articolo 85, paragrafo 3, laddove tale disposizione contiene in realtà tutti gli elementi di un "principio di ragionevolezza"."

²⁵¹ Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) contro Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-02459. Il Tribunale, nel negare l'esistenza di una *rule of reason* nel diritto comunitario della concorrenza, afferma che "in diverse sentenze la Corte e il Tribunale si sono preoccupati di indicare il carattere dubbio dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza [v. sentenze della Corte 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, *Montecatini/Commissione*, Racc. pag. I-4539, punto 133 («anche ammettendo che la "rule of reason" svolga un ruolo nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato»), e del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-14/89, *Montedipe/Commissione*, Racc. pag. II-1155, punto 265, e 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Tréfilunion/Commissione*, Racc. pag. II-1063, punto 109]". Sarebbe inoltre difficile, secondo il ragionamento del giudice, conciliare l'esistenza di tale criterio interpretativo con la struttura normativa dell'art. 85 CE, che "prevede esplicitamente, al n. 3, la possibilità di esonerare accordi restrittivi in materia di concorrenza qualora questi ultimi soddisfino un determinato numero di condizioni, in particolare allorché sono indispensabili alla realizzazione di taluni obiettivi e non danno alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in esame. Solo nel preciso ambito di tale disposizione può intervenire una ponderazione degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di una restrizione (v., in tal senso, sentenze della Corte 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia*, Racc. pag. 353, punto 24; del Tribunale 15 luglio 1994, causa T-17/93, *Matra Hachette/Commissione*, Racc. pag. II-595, punto 48, e *European Night Services e a./Commissione*, citata sopra al punto 34, punto 136). L'art. 85, n. 3, del Trattato perderebbe gran parte del suo effetto utile se un tale esame dovesse già essere effettuato nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato." Per un commento alla sentenza citata si rimanda a: MANZINI P., *I Paraferali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, II, p.285-296; MANZINI P., *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, in *European Competition Law Review*, 2002, p.392-399; O. ODUDU, *A new economic approach to Art. 81(1)?*, in *European Law Review*, 2002, p.100-105.

apparentemente anti-concorrenziali, tale flessibilità non può essere interpretata come una legittimazione dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza. Il suddetto approccio si inserisce piuttosto in un accertamento che va oltre la mera analisi economica degli effetti, comprendendo anche aspetti di tipo pubblicistico sconosciuti alla tradizionale *rule of reason* statunitense.

Rispetto alla dottrina, alla luce delle recenti sentenze *Actavis e Lundbeck*, occorre riconoscere la validità degli argomenti di coloro²⁵² che riconoscono esplicitamente l'influenza che le dottrine della *rule of reason* e *per se rule* hanno avuto sulla normativa antitrust comunitaria, pur non arrivando al punto di definire l'art. 101.3 TFUE come un esempio di *rule of reason europea*²⁵³.

La stessa tendenza della Commissione ad ampliare il numero dei cd. *safe harbors*, ovvero quelle categorie di accordi che si presumono essere di per sé legali e, di conseguenza, esenti dal divieto di cui all'art. 101, paragrafo 1, Tfu²⁵⁴, ricorda molto da vicino la categoria delle *per se permission* elaborata ed applicata oltreoceano.

Non va, però scordato che vi sono notevoli differenze tra il sistema europeo e quello statunitense²⁵⁵, a partire dal fatto che la *Section 1* dello

²⁵² MARQUIS M., *O2 (Germany) v Commission and the Exotic Mysteries of article 81(1) EC*, in *European Law Review*, 2007, 32, p. 44; B. ROBERTSON, *What is a restriction of competition? The implication of the CFI's judgment in O2 Germany and the Rule of Reason*, in *European Competition Law Review*, 2007, 28, p. 260; E. STEINDORFF, *Article 85 and the rule of reason*, in *Common Market Law Review*, 1984, 649.

²⁵³ LIBERTINI M., (voce) *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2010, p.240.

²⁵⁴ Tale approccio è stato adottato dalla Commissione con le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato e, successivamente, con due diversi regolamenti nell'intento di offrire alle imprese la necessaria certezza del diritto, introducendo un'esplicita esenzione per determinate categorie che si possano presumere, per le loro caratteristiche, conformi alle condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del trattato. Si tratta del Regolamento (UE) n. 1218/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione, pubblicato in GU L 335 del 18.12.2010, pagg. 43–47 e del Regolamento (UE) n. 1217/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi ricerca e sviluppo, pubblicato in GU L 335 del 18.12.2010, pagg. 36–42.

²⁵⁵ Si veda tra gli altri AMATO G., *La legge antitrust vent'anni dopo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2010, p.923, il quale sottolinea l'importanza che le tipologie comportamentali continuano ad avere all'interno dell'ordinamento europeo adducendo come esempio il fatto che

Sherman Act non contempla una lista di condotte ritenute anticoncorrenziali analoga a quella dell'art. 101.1, né prevede un sistema di esenzioni come quello di cui all'art. 101.3²⁵⁶. Pare, quindi, difficile parlare di una *rule of reason* europea, in quanto, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 Tfeue, l'analisi delle intese non si spinge mai al punto di bilanciare gli effetti pro ed anticoncorrenziali, a prescindere che si tratti di restrizioni per oggetto o per effetto. Inoltre, a differenza di quanto previsto dalla *per se rule*, l'art. 101.1 TFUE non contempla ipotesi in cui eventuali restrizioni siano ritenute automaticamente e necessariamente illegali, dal momento che tali fattispecie potrebbero ancora eventualmente godere dell'esenzione di cui al paragrafo 3²⁵⁷.

Se, quindi, da un lato è inevitabile rinvenire nelle sentenze del giudice europeo alcune analogie con i metodi statunitensi di valutazione delle intese, non sembra, per questo, corretto classificare le restrizioni "per oggetto" e "per effetto" ex art. 101 TFUE come mere trasposizioni delle dottrine *per se rule* e *rule of reason*. Tali parametri possono infatti aver rappresentato un punto di partenza per la normativa europea *antitrust*, ma sono stati ulteriormente sviluppati ed adattati in coerenza con le caratteristiche del mercato comunitario, attraverso un sistema di analisi delle intese complessivamente diverso rispetto a quello d'oltreoceano.

In particolare, il sistema di esenzioni di cui al paragrafo 101.3 si è spinto al di là di quanto previsto dalla dottrina statunitense, non limitandosi a consentire semplicemente una valutazione dell'intesa in termini di efficienza economica, ma anche in termini di tutela di interessi pubblicistici. Sembra, quindi, fuori luogo il tentativo di ricondurre i metodi valutativi propri dell'art. 101 TFUE con quelli della *per se rule* e *rule of reason*, trattandosi di

uno sconto al dettagliante fondato non sui volumi, ma sulla fedeltà continui ad essere mal visto nell'antitrust europeo, senza che si vadano concretamente a indagare le conseguenze sul consumatore. Nell'elencare le differenze tra i due sistemi aggiunge che, nel diritto europeo della concorrenza, "i prezzi sono rimasti predatori anche in assenza di prova del loro futuro recupero, della dottrina delle *essential facilities* si è continuato a far uso derivandone abusi sconosciuti (come tali) all'esperienza americana, e mai ha preso piede quell'in dubio pro reo".

²⁵⁶ BASTIANON S., *op. cit.*, p. 93.

²⁵⁷ ITALIANER A., *Competitor agreements under EU competition law*, in *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, 2013, p.7.

sistemi legali diversi che hanno sviluppato approcci diversi che meglio rispondono alle esigenze del relativo mercato.

Posto, quindi, che non sembra corretto parlare di *rule of reason* europea in relazione all'art. 101, è comunque evidente che l'approccio seguito dalla Commissione e dalla Corte di giustizia nel valutare le intese restrittive per effetto fornisce pochi punti fermi alle imprese che intendono orientare le proprie condotte in anticipo al fine di evitare sanzioni antitrust. Il ricorso ad un'analisi economica degli effetti dell'intesa è, infatti, tanto essenziale, quanto problematico dal punto di vista del rispetto del principio di certezza del diritto. In conclusione, ci si auspica che i modelli economici utilizzati in questo tipo di analisi vengano meglio circostanziati e definiti in modo che le imprese possano avere dei parametri più certi per poter valutare *ex ante* l'eventuale illegittimità delle loro condotte.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *III. Federal Statutes and Regulations: F. Hatch-Waxman Act - Reverse-Payment Settlements - FTC v. Actavis, Inc.*, 127 Harv. L. Rev. 358

AMATO G., *La legge antitrust vent'anni dopo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2010, p.923

AREEDA P., *The Changing Contours of the Per Se Rule*, in *Antitrust Law Journal* 54.1, 1985, p. 27

ARENA A., *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni parimenti interne: la sentenza Sbarigia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p.201

BAILEY D., *Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2012, p.559

BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford, 2010, p.257

BARTOLONI M. E., *Il caso Ruiz-Zambrano: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p.652

BASTIANON S., *Diritto comunitario della concorrenza e integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p.93

BERNERI C., *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p.696

BESCHLE D.L., *"What, Never? Well, Hardly Ever". Strict Antitrust Scrutiny as an Alternative to Per Se Antitrust Illegality*, in *Hastings Law Journal*, 501-02, 1987, p.475

BIONDI A., *Limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in BESTAGNO F. e RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p.75

BORK R.H., *The rule of reason and the per se concept: Price fixing and market division*, in *The Yale Law Journal*, 1966, p.373

BRUNET E., *Streamlining Antitrust Litigation by Facial Examination of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction*, in *Wash. L. Rev.*, 1984, p.1

CAVANAGH E. D., Supreme Court ruling in California Dental Association v. FTC, disponibile su www.morganlewis.com

CANNIZZARO E., *Producing "Reverse Discrimination" through the exercise of EC competences*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, 1997, XXVII, 1, p.32

CARO DE SOUSA P., *Catch me if you can? The market freedoms' ever-expanding outer limits*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, IV, 2, p.166

CHOI W. - DEN UYL B. - HUGHES M., *Pay-For-Delay Practices in the Pharmaceutical Sector: Lundbeck, Actavis, and Others*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5.1, 2014, p.44

CRANE M., *The Future Direction of Antitrust*, in *56 Antitrust L.L* 3, 14, 1987

COLANGELO G., *Farmaci, commercio parallelo e obiettivi dell'antitrust: il caso "Glaxo"*, in *Il Foro italiano*, 2007, IV, Col.39

CORRADI M. C., *GlaxoSmithKline: il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente della forma"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, p.87

DAVIES G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market*, The Hague, 2003, p.129

DE LUCA P. - PUGLIA M., *Cronache della giurisprudenza dell'Unione europea (gennaio-giugno 2011)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2011, p.781

DE MEO R., *Status di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p.763

DIENY E., *Appréciation au regard du droit communautaire de la concurrence d'un accord visant à réduire le commerce parallèle des médicaments*, in *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2006, p.2151

DRAETTA U. - PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea, Parte speciale – Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, p.194

DREHER M. –ADAM M., *The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process*, in *ZWeR – Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2006, p.259

ECCLES R., *Parallel Exports in the Pharmaceuticals Sector: Take Nothing For Granted*, in *European Competition Law Review*, 2007, p.134

EASTERBROOK E., *Antitrust Law Enforcement in the Vertical Restraints Area: Vertical Arrangements and the Rule of reason*, in *Antitrust Law Journal*, 1986, p.135

FOX E., *The Market Power Element of Abuse of Dominance - Parallels and Differences in Attitudes - US and Eu*, in *European Competition Law. Annual 2007*, a cura di EHLERMANN C.D. e MARQUIS M., Oxford e Portland, 2008, p.109

FOX E., *Future of the Per Se Rule: Two Visions at War with One Another*, *The*, in *Washburn LJ* 29, 1989, p.200

GIANNACCARI A., *Il caso Glaxo e le importazioni parallele*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p.557

HAILBRONNER K. - THYM D., *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand*

Chamber) of 8 March 2011, in *Common Market Law Review*, 2011, 4, p.1253

HARRIS B. C. - MURPHY K. M. - WILLIG R. D. - WRIGHT M. B., *Activating Actavis: a more complete story*, 28 *Antitrust ABA* 83

HARTLEY T.C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2010, p.146

HAWKE B.H. - DENAEIJER N., *The development of Articles 81 and 82 EC Treaty: Legal Certainty*, in *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, 2001, p.129

HILDEBRAND D., *The role of economic analysis in the EC competition rules*, New York, 2002, p.217

HOVENKAMP H., *Anticompetitive Patent Settlements and the Supreme Court's Actavis Decision*, 15 *Minn. J.L. Sci. & Tech.* 3; McDONALD K. D., *Cover story, because I said so: on the competitive rationale of FTC v. Actavis*, 28 *Antitrust ABA* 36

HYLTON K.N., *Rule of Reason and Per se Rule*, in *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, 2003, p.113

IDOT L., *Commerce parallèle de médicaments et spécificité du marché pharmaceutique*, in *Europe*, 2006, n. 326, p.27

ITALIANER A., *Competitor agreements under EU competition law*, in *40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, 2013, p.1

JESSURUM D'OLIVEIRA H.U., *Is Reverse Discrimination Still Permissible under the Single European Act?*, in *Forty years on: The evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p.73

JONES A. - SUFRIN B., *EU Competition Law*, Oxford, 2014, p.122

JUNOD V., *An End to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in GlaxoWellcome*, in *World Competition*, 2007, Vol.30, p.291

KRATTENMAKER T. G., *Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses*, in *Geo. LJ* 77, 1988, p.165

LIBERTINI M., (voce) *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2010, p.240

LIBERATORE F., *Importazione parallela di medicinali e diritto antitrust: note a margine della sentenza del Tribunale di primo grado CE "Glaxosmithkline c. Commissione Europea"*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2007, p.501

LIEBELER W. J., *1984 Economic Review of Antitrust Developments: Horizontal Restrictions, Efficiency, and the Per Se Rule*, in *UCLA L. Rev.* 33, 1985, p.1019

LIEBELER W. J., *Intrabrand Cartels under GTE Sylvania*, in *UCLA L. Rev.* 30, 1982, p. 1

LORENZON S., *Cittadinanza europea e principio di attribuzione delle competenze: l'integrazione europea alla prova del test di proporzionalità*, in *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, p.159

LOUIS M. B., *Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*, in *Virginia Law Review*, 1980, p.879

MANZINI P., *I Parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto "per sé"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, II, p.285

MANZINI P., *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, in *European Competition Law Review*, 2002, p.392

MARESCA D., *The importation of the rule of reason in European Competition Law: the implications of economic and behavioral theories and the case of port services*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2013, p.971

MARESCA M., *Tutela del legittimo affidamento ed assetti proprietari nella promozione e regolazione delle infrastrutture stradali*, in MARESCA M. (a cura di), *Lo Spazio Mediterraneo della Mobilità*, Udine, 2010, p.81

MARESCA M., *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di trasporti e infrastrutture*, Milano, 2014, p.193

MARQUIS M., *Tutela del consumatore e disciplina della concorrenza: in margine alla sentenza del Tribunale di prima istanza nel caso GlaxoSmithKline*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, p.369

MENGOZZI P., *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 3, p.417

MONTAGUE G.H., *Per Se Illegality and the Rule of Reason*, in *ABA Section of Antitrust Law*, 1958, Vol. 12, p.69

MONTANARI L., *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, p.433

MORITZ L., *An introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013, p. 96

MARQUIS M., *O2 (Germany) v Commission and the Exotic Mysteries of article 81(1) EC*, in *European Law Review*, 2007, 32, p.44

MORRIS R., *European Citizenship and the right to move freely: internal situations, reverse discrimination and fundamental rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, p.179

MUNARI F., *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, 2006, p.1492

NIC SHUIBHNE N., *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?*, in *Common Market Law Review*, 2002, 39, p.731

ODUDU O., *A new economic approach to Article 81(1)?*, in *European Law Review*, 2002, p.100

O'ROURKE K. R. - SALLET J. - ROBSON K., *FTC V. Actavis: Reconciling Conflicts In Rule Of Reason*, disponibile su Law 360, LexisNexis Advance 7/2013

OTTAVIANO I. , *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p.797

PAGANO E., *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p.467

PALLADINO R., *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 2, p.331

PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Parigi, 2013, p.177

PIRAINO JR T.A., *Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1990, p.685

PITOFKY R., *The "Sylvania" Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions*, in *Columbia Law Review*, 78.1, 1978, p.1

POSNER R. A., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *The University of Chicago Law Review*, 1977, p.1

ROBERTSON B. , *What is a restriction of competition? The implication of the CFI's judgment in O2 Germany and the Rule of Reason*, in *European Competition Law Review*, 2007, 28, p.260

ROBIN C., *Accords de distribution*, in *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, n. 10, p.21

SAMP R. A., *The Role of State Antitrust Law in the Aftermath of Actavis*, 15 *Minn. J.L. Sci. & Tech.* 149

STEINDORFF E., *Article 85 and the rule of reason*, in *Common Market Law Review*, 1984, p.649

TEMPLE LANG J., *L'art. 82- I problemi e la soluzione*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2009, p.457

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p.637

TRYFONIDOU A., *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, The Hague, 2008, XXXV, 1, p. 43

VAN BAEL I. - BELLIS J. F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2009, p. 28; WHISH R. - BAILEY D., *Competition Law*, Oxford, 2012, p.82

VAN DER WOUDE M., *Le TPI annule la décision de la Commission rejetant une demande d'exemption pour un système de prix différenciés en fonction de la destination des produits pharmaceutiques*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.64

VECCHIO F., *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p.1249

VON KALINOWSKI J. O., *Per Se Doctrine-An Emerging Philosophy of Antitrust Law*, The, in *UCLA L. Rev.* 11, 1963, p.569

WHITE R., *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford, 2004, p.42

ZAFAR O., *Lundbeck, and Johnson & Johnson and Novartis: The European Commission's 2013 'pay-for-delay' decisions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5.4, 2014, p.207

ZELEK E. F. - STERN W. L. - DUNFEE T. W., *A Rule of Reason Decision Model After Sylvania*, in *California Law Review*, 68.1, 1980, p.13

ZIVY F., *Délimitation des preuves admissibles en justice à l'appui d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81 CE*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.116

ELENCO DELLE DECISIONI CITATE

Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1966, causa 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) c. Société Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Raccolta p.00262

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, causa 56 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, Raccolta p.00458

Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 1979, causa 99/78, *Weingut Gustav Decker KG c. Hauptzollamt Landau*, Raccolta p.00101

Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1979, causa 175/78, *Regina c. Vera Ann Saunders*, Raccolta p. 01129

Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1981, causa 169/80, *Gondrand Frères*, Raccolta p.1931

Sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1982, cause riunite 35 e 36/82, *Morson e Jhanjan*, Raccolta p.3723

Sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1984, cause riunite 29 e 30/83, *Compagnie royale astimenne des mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.01679

Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1985, causa 243/83, *SA Binon Cie c. Sa Agence et messageries de la presse*, Raccolta p.2015

Sentenza della Corte di giustizia del 8 dicembre 1987, causa 20/87, *Ministere public c. Andre Gauchard*, Raccolta p. 04879

Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1987, causa 147/87, *Zaoui*, Raccolta p.5511

Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, causa 120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*, Raccolta p.2321

Sentenza della Corte di giustizia del 22 febbraio 1989, cause riunite 92 e 93/87, *Commissione c. Francia e Regno Unito*, *Raccolta* p.405

Sentenza della Corte di giustizia del 11 gennaio 1990, causa C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici c. Commissione*, *Raccolta* p.I-45

Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bra'ü AG*, *Raccolta* p.I-935

Decisione della Commissione del 16 dicembre 1991, IV/33.242, *Yves Saint Laurent*, pubblicata in GU L12 del 18 gennaio 1992, p.14

Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*, *Raccolta* p.I-341

Sentenza del Tribunale del 27 febbraio 1992, causa T-19/91, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-415

Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 1992, causa C-153/91, *Petit*, *Raccolta* p.I-4973

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Koua Poirrez*, *Raccolta* p.I-6685

Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159 e 160/91, *Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, *Raccolta* p. I-00637

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1993, causa C-34/92, *GruSa Fleisch GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, *Raccolta* p.1-4147

Sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, cause riunite C-363, 407, 408, 410 e 411/93, *Lancry c. Direction générale des douanes*, *Raccolta* p. I-3957

Sentenza del Tribunale del 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Trèfilunion c. Commissione*, *Raccolta* p.II-1063

Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments c. Minister van Financiën*, *Raccolta* p. I-1141

Sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, *Raccolta* p.II- 1775

Sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 1995, cause riunite C-85 e 486/93, *Simitzi c. Kos*, *Raccolta* p. I-2669

Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e altri c. Minister for Agriculture and Food e Attorney General*, *Raccolta* p.I-00569

Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96, *Uecker e Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, *Raccolta* p. I-03171

Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferriere Nord c. Commissione*, *Raccolta* p.I-4411

Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1998, causa T-113/96, *Édouard Dubois et Fils c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta* p.125

Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 settembre 1998, cause riunite T-374, T-375, T-384 e T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd., Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société nationale des chemins de fer français (SNCF) c. Commissione delle Comunità europee*, *Raccolta* p.II-03141

Sentenza del Tribunale del 11 marzo 1999, causa T-141/94, *Thyssen Stahl A.G. c. Commissione*, *Raccolta* p.II-347

Sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 1999, causa C-161/97, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Commissione*, *Raccolta* p.2057

Sentenza della Corte di giustizia del 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, Raccolta p.I-4125

Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Raccolta p.I-05751

Sentenza del Tribunale del 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen AG c. Commissione Europea*, Raccolta p.II-02707

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

Sentenza del Tribunale del 12 luglio 2001, cause riunite T-202, T-204 e T-207/98, *Tate & Lyle c. Commissione*, Raccolta p.II-2035

Sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) contro Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-02459

Decisione della Commissione del 5 dicembre 2001, caso COMP/37.800/F3 – *Luxemburg Brewers*

Sentenza della Corte del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Raccolta p.I-01577

Sentenza del Tribunale di primo grado del 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours plc c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-02585

Sentenza della Corte di Cassazione, SU civili, 19 luglio 2002 n. 10542

Sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00, *P Falck SpA e Acciaierie di Bolzano SpA c. Commissione*, Raccolta p.1-7869

Sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2002, causa T-80/02, *Tetra Laval BV c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.II-04519

Sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2003, causa T-213/00, *CMA GCM and others c. Commissione Europea*, Raccolta p.II-913

Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, causa T-224/00, *Archer Daniels Midland c. Commissione*, Raccolta p.II-2597

Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras e Albertus Snoek c. Bundesrepublik Deutschland*, Raccolta p. I-10447

Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello c. État belge*, Raccolta p. I-11613

Sentenza del Tribunale del 23 ottobre 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, Raccolta p.II-4653

Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, Raccolta p. I-13187

Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2004, Cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo Adriano S.r.l.*, Raccolta p. 6911

Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004, Causa C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, Raccolta p. I-02703

Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2004, causa C-376/02, *Stichting 'Goed Wonen c. Staatssecretaris van Financien*, Raccolta p.1-3445

Sentenza del Tribunale del 8 luglio 2004, cause riunite T-67, T-68, T-71 e T-78/00, *JFE Engineering c. Commissione*, Raccolta p.II-2501

Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, causa C-459/02, *Willy Gerekens et Association Agricole pour la Promotion de la Commercialisation Laitiere Procola c. Luxembourg*, Raccolta p.1-7315

Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani S.r.l. c. Comune di Carrara*, Raccolta p. I-8052

Sentenza della Corte di giustizia, sez. II, del 30 giugno 2005, causa C-295/03, *Alessandrini srl*, Raccolta p. 5673

Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2005, causa C-154/04, *Alliance for Natural Health*, Raccolta p. 6451

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer c. David Halsey*, Raccolta p. I-10837

Sentenza del Tribunale del 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germania) c. Commissione*, Raccolta, p. II-1231

Sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, *General Motors c. Commissione*, Raccolta p.I-3173

Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission c. Commissione Europea*, Raccolta p.II-02969

Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen and Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, Raccolta p. I-10451

Sentenza della Corte di Cassazione Penale dell'1 dicembre 2006, n. 2800

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94 e 202/04, *Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari*, Raccolta p. I-11421

Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear*

Sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348

Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-94/07, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, *Raccolta*, p. I-05939

Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 2010, causa C- 333/08, *Commissione Europea c. Repubblica di Francia*, *Raccolta* p.I-00757

Sentenza della Corte di giustizia del 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, *Raccolta* p. I-0117

Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2011, causa C-161/06, *Skoma-Lux sro c. Celní feditelství Olomouc*, *Raccolta* p.1-10841

Sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2011, causa C-54/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, *Raccolta* p. I-04355

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e altri c. Gazdasági Versenyhivatal*, non ancora pubblicata

Decisione della Commissione europea del 19 giugno 2013, *Lundbeck*, COMP/AT. 39.226

ELENCO DELLE DECISIONI STATUNITENSI CITATE

Mitchel v. Reynolds, (1711) 24 Eng. Rep. 347 (K.B.)

Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States, 234 U.S. 600 (1914)

Chicago Board of Trade v. United States, 46 U.S. 231 (1918)

United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)

United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

Fashion Originators' Guild of Am. v. FrC, 312 U.S. 457 (1941)

Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)

Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958)

Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, 359 U.S. 207 (1959)

Radiant Burners v. Peoples Gas, Light & Coke Co., 364 U.S. 656 (1961)

United States v. General Motors Corp., 384 U.S. 127 (1966)

United States v. Sealy, 388 U.S. 350 (1967)

United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 629-12 (1972)

Continental T.V v. G.T.E. Sylvania, 433 U.S. 36 (1977)

National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

Broadcast Music v. CBS, 441 U.S. 1 (1979)

Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y, 457 U.S. 332, 344 (1982)

NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984)

Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984);
Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)

Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co , 472
U.S. 284 (1985)

FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986)

Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988)

United States v. Brown Univ., 5 F.2d 658 (3d Cir. 1993)

Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al, 570 U.S (2013)

PARTE III

STRUMENTI GIURIDICI PER GARANTIRE L'EFFETTIVITÀ DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO

CAPITOLO 1

LA TUTELA DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO PRESSO IL GIUDICE NAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'effettività: l'obbligo di applicazione diretta del principio di certezza del diritto da parte del giudice nazionale – 2. L'azione di responsabilità degli Stati Membri per violazione del diritto comunitario – 3. La tutela cautelare e anticipatoria del principio di certezza del diritto.

1. *L'effettività: l'obbligo di applicazione diretta del principio di certezza del diritto da parte del giudice nazionale*

La tutela del principio di certezza del diritto non ha beneficiato, fino ad oggi, di una particolare attenzione da parte delle autorità giurisdizionali nazionali. Se la Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte affermato la cogenza di tale principio, i giudici interni hanno mostrato resistenza a mettere sul piatto della medesima bilancia gli interessi pubblicistici e la certezza giuridica delle imprese. Sotto il profilo giuridico, la difficoltà ad applicare in modo diretto la certezza del diritto è principalmente dovuta ad un non sempre pieno riconoscimento del diritto ad una difesa giurisdizionale.

Tale diritto ha valenza tanto quanto diritto fondamentale garantito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) del 1950, tanto in qualità di principio generale del diritto dell'Unione europea derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. L'art. 6 della Convenzione, al comma 1, statuisce infatti che: *“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”*.

Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva²⁵⁸, oltre ad esplicitare forza applicativa in ragione della sua presenza all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, è indubbiamente anche parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, come espressamente affermato nella sentenza *Unibet*²⁵⁹: *“Prima di tutto si deve ricordare che, in base ad una giurisprudenza costante, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Infatti, è compito degli Stati membri ed in particolare “dei giudici nazionali (...) garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario”.*

L'importanza del principio del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è stato successivamente riaffermato nella decisione *Virginie Pontin*²⁶⁰, in cui la Corte di giustizia ha sottolineato la necessità di un trattamento equivalente tra le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario rispetto a quelli che riguardano ricorsi analoghi di natura interna.

Agli Stati Membri viene, quindi, chiesto di garantire all'interno del proprio ordinamento giurisdizionale nazionale la tutela dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario²⁶¹. Spetta, quindi, al giudice nazionale assicurare il rispetto del principio di equivalenza giurisdizionale, essendo l'unico a disporre di conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi nell'ambito dell'ordinamento nazionale per accertare se le modalità procedurali dirette a garantire, nel diritto interno, la tutela dei diritti

²⁵⁸ Per una descrizione esaustiva degli strumenti giurisdizionali previsti nell'ordinamento comunitario si rimanda a CONDINANZI M. - MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

²⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, Raccolta p. I-02271.

²⁶⁰ Esprime lo stesso principio anche la sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, Raccolta p. I-10467.

²⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 1 dicembre 1998, causa C-326/96, *B. S. Levez c. T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Raccolta p. I- 7857.

derivanti ai singoli dal diritto comunitario siano conformi a tale principio e per esaminare tanto l'oggetto quanto gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna con i quali si asserisce che sussista un'analogia in considerazione della rilevanza delle norme nel procedimento complessivamente inteso, dello svolgimento del procedimento medesimo e delle specificità di tali norme²⁶².

Dalla giurisprudenza fin qui citata emerge che ogni qual volta si ponga la questione se una norma processuale nazionale renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario occorre tener conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali²⁶³.

Quanto sopra implica necessariamente il dovere di una piena applicazione della certezza del diritto da parte dei giudici nazionali, anche in disapplicazione delle normative interne che dovessero essere incompatibili con essa. Si può, ad esempio, fare riferimento alle numerose normative che, modificando autoritativamente contratti pubblici tra Stato e imprese hanno modificato il sinallagma contrattuale a sfavore degli investitori²⁶⁴. Ebbene, in tali casi, in caso di esperimento di un rimedio giurisdizionale da parte delle imprese nei confronti dello Stato membro, spetterebbe al giudice nazionale il ripristino della relazione contrattuale originaria, in disapplicazione della normativa interna incompatibile.

²⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc*, Raccolta p.I-3201.

²⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2008, causa C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, Raccolta p.I-685.

²⁶⁴ Si pensi, ad esempio, al recente *referendum* sull'acqua pubblica in cui, seppur attraverso la volontà popolare, si è resa autoritativamente non remunerabile il capitale investito nelle imprese che gestiscono le infrastrutture di distribuzione.

2. L'azione di responsabilità degli Stati Membri per violazione del diritto comunitario

La violazione della certezza del diritto, al pari delle altre norme del diritto europeo, può legittimamente fondare l'azione di responsabilità dei confronti dello Stato Membro che non abbia rispettato tale principio.

Com'è noto, infatti, l'amministrazione pubblica che si renda autore di una violazione del diritto dell'Unione europea, arrecando un danno alle persone fisiche e giuridiche operanti nel mercato, è chiamato al risarcimento in virtù di un principio di diritto ricostruito dalla giurisprudenza del Corte di Giustizia delle Comunità Europee a decorrere dal 1991 nella nota sentenza *Francovich*²⁶⁵. La profondità dell'ordinamento europeo, come

²⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause C-6 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, Raccolta p. I-5357. Per un approfondimento sulla portata della pronuncia in questione si rimanda a: AUBY J.B., *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires*, in *Droit administratif*, 1992, p.1; BARONE A. - PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1992, IV, Col.146; BREALEY M., *The Liability of the State in Damages for Breach of Community Law*, in *European Business Law Review*, 1992, p.39; CAFAGNO M., *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p.147; CAMPESAN A. - DAL FERRO A., *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p.313; CARANTA R., *Governmental Liability after Francovich*, in *The Cambridge Law Journal*, 1993, p.272; CARNELUTTI A.: *L'arrêt "Francovich Bonifaci". L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire*, in *Revue du marché unique européen*, 1992, p.187; CONSTANTINESCO V., *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, in *Journal du droit International*, 1992, p.426; DUBOUIS L., *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 1992, p.1; DUFFY P., *Damages against the State: A New Remedy for Failure to Implement Community Obligations*, in *European Law Review*, 1992, p.133; HANFT J.E., *Francovich and Bonifaci v. Italy: EEC Member State Liability for Failure to Implement Community Directives*, in *Fordham International Law Journal*, 1991, p.1237; MARINAI S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p.689; MORI P., *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giustizia civile*, 1992, II, p.513; ORLANDI M., *Responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai cittadini dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, p.456; PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Il Foro italiano*, 1992, IV, Col.150; RUSSO SPENA F., *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p.163; SCHOCKWEILER F., *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, p.27; SMITH H., *The Francovich Case: State Liability and the Individual's Right to Damages*, in *European Competition Law Review*,

è noto ritenuto “ordinamento di nuovo genere” (per usare una ormai costante terminologia della Corte di Giustizia), è tale da dare luogo a posizioni giuridiche soggettive in capo ai singoli ed alle imprese che sono tutelabili perfino e nei confronti degli Stati membri. Una fattispecie di responsabilità che fino al 1991 era considerata essenzialmente politica (quale quella che lo Stato contrae quando viola il diritto internazionale oppure non rispetta disposizioni costituzionali sfornite di effetto diretto), è stata ricostruita per intero ad opera dell’ordinamento comunitario finanche disapplicandosi le disposizioni interne di tutti i Paesi membri.

Oggi il principio è di costante applicazione ed i giudici nazionali, in quanto giudici del diritto comunitario, sono chiamati a tutelare gli interessi dei singoli anche verso gli Stati membri e le amministrazioni competenti che, violando il diritto comunitario, abbiano arrecato loro un pregiudizio²⁶⁶.

Così, anche nel caso di violazione del diritto comunitario posta in essere attraverso l’adozione di regole interne configgenti con il principio di certezza del diritto, gli Stati membri sono chiamati al risarcimento del danno²⁶⁷. La Corte ha avuto modo nel tempo di ricostruire le caratteristiche

1992, p.129; STEINER J., *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993, p.3; TRIFONE L., *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause "Brasserie du Pêcheur", "Factortame III" e "Hedley Lomas"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p.63.

²⁶⁶ Si veda in proposito TESAURO G., *op.cit.*, p. 341 e ss.

²⁶⁷ Oltre al già citato caso *Francovich*, il riferimento è all’altrettanto noto caso *Brasserie du Pêcheur*, sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, *Raccolta* p.I-01029. Tra i commenti più importanti in dottrina si segnalano: ADOBATI E., *Precisati dalla Corte di giustizia l’ambito e l’applicabilità del principio della responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per la violazione di obblighi comunitari*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p.215; CARTEI G.F., *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p.733; CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Il Foro italiano*, 1996, IV, Col.321; DUBOIS L., *La responsabilité de l’Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, in *Revue française de droit administratif*, 1996, p.583; EMILIOU N., *State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle?*, in *European Law Review*, 1996, p.399; FINES F., *La garantie atténuée du droit à réparation*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p.90; GOLETTI G.B., *Diritto comunitario e responsabilità nazionali*, in *Il Foro amministrativo*, 1996, p.2184; MANZELLA G.P., *Responsabilità dello stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p.428; TORIELLO F., *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto*

dell'azione di responsabilità predetta: in sintesi deve trattarsi di una violazione grave e manifesta del diritto europeo, si tratti della mancata trasposizione di una direttiva, oppure, della violazione di una norma del Trattato²⁶⁸. Né è rilevante al riguardo l'eventuale violazione del diritto nazionale, occorrendo inoltre la sussistenza del nesso di causalità fra il comportamento dell'amministrazione ed il danno.

In breve, l'ordinamento comunitario è andato ben oltre quello nazionale proprio allo scopo di garantire il c.d. *effetto utile*²⁶⁹ e il rispetto del diritto europeo.

La giurisprudenza ha avuto molte occasioni di precisare il contenuto della responsabilità in parola, che presenta elementi molto simili alla responsabilità civile delineata all'interno dell'ordinamento italiano in generale²⁷⁰. Così, malgrado regolata dai principi del diritto comunitario alla stregua degli orientamenti della Corte, la responsabilità degli Stati e dei loro organi competenti per la violazione del diritto comunitario deve essere fatta valere davanti ai giudici nazionali, i quali saranno altresì chiamati a pronunciare la disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto comunitario.

La Corte di giustizia ha inoltre precisato che, con riguardo alla violazione del diritto comunitario, possano essere adottate anche misure di tipo inibitorio. Tale posizione è stata più volte affermata in applicazione tanto del principio di effettività del diritto comunitario enunciato nella nota

comunitario: prime osservazioni in tema di illecito "legislativo" comunitario, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p.502; WOOLDRIDGE F. - D'SA R.M., *ECJ Decides Factortame (N° 3) and Brasserie du Pêcheur*, in *European Business Law Review*, 1996, p.161.

²⁶⁸ E' quanto affermato dalla Corte di giustizia nell'appena citato caso *Brasserie du Pêcheur*, secondo cui si ha violazione del diritto comunitario anche nel "caso della lesione di un diritto direttamente conferito dalla norma comunitaria e che i singoli possono per l'appunto invocare davanti ai giudici nazionali. In tale ipotesi, il diritto al risarcimento costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito".

²⁶⁹ Su tutti si veda il contributo di SCORRANO M. G., *Il principio dell'effetto utile*, in *L'Ordinamento Europeo*, 2006, 2, p. 349.

²⁷⁰ Così ALPA G. - ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p.476 e segg.

sentenza *Simmenthal*²⁷¹, quanto del citato principio di effetto utile. In sostanza, la Corte di giustizia ha costantemente disapplicato normative interne anche procedurali che non consentissero di fare valere i diritti nascenti dalle norme comunitarie.

In una sentenza del 5 ottobre 2006, la Corte di giustizia ha confermato che *“spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro indicare i giudici competenti e fissare le procedure giurisdizionali destinate a garantire la tutela dei diritti che derivano ai singoli dal diritto comunitario, purchè, da una parte, tali modalità non siano meno favorevoli di quelle relative a diritti fondati sull’ordinamento nazionale (principio di equivalenza) e, dall’altra, non rendano impossibile o eccessivamente difficoltoso, in pratica, l’esercizio dei diritti garantiti dall’ordinamento*

²⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, Raccolta p.00629. Anche questa pronuncia della Corte è stata ampiamente commentata in dottrina: BARAV A., *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, p.313; BERRI M., *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1978, I, Col.1153-1156; CAPELLI F., *Conflitto fra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte costituzionale italiana*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p.289; CARBONE S.M. - SORRENTINO F., *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I, p.654; CATALANO N., *I mezzi per assicurare la prevalenza dell’ordinamento comunitario sull’ordinamento interno*, in *Giustizia civile*, 1978, I, p.816; CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I p.669; FRANCHINI A., *Il diritto comunitario tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1978, IV, p.116; GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *L’arrêt du 9 mars 1978 de la Cour de justice des Communautés européennes et la règle de l’application directe du droit communautaire dans le droit interne des Etats membres*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, p.24; GOFFIN L., *De la prééminence absolue du droit communautaire européen sur le droit national des Etats membres (A propos de l’arrêt Simmenthal du 9 mars 1978)* in *Journal des tribunaux*, 1978, p.392; LUZZATTO R., *Illegittimità costituzionale o illegittimità "comunitaria" di leggi interne?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, p.145; MARCH HUNNINGS N., *Rival Constitutional Courts: A Comment on Case 106/77*, in *Common Market Law Review*, 1978, p.483; MONACO R., *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p.287; MOSCONI F., *Contrasto tra norma comunitaria e norma interna posteriore: possibili sviluppi dopo la sentenza 106/77 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1978, p.515; PAONE P., *Primato del diritto comunitario e disapplicazione del diritto degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p.429; PAU G., *Sui limiti di rilevanza del diritto comunitario nel sistema giuridico italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p.277; POCAR F., *E’ sempre necessaria la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna contrastante con quella comunitaria?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, p.251; USHER J., *The Primacy of Community Law*, in *European Law Review*, 1978, p.214-217.

comunitario (principio di effettività). Secondo la natura dei mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale è pertanto possibile proporre un'istanza al giudice nazionale al fine di ottenere l'adozione di misure provvisorie, quali la sospensione di misure controverse, per la salvaguardia degli interessi dei singoli²⁷² ed, in particolare, degli interessi e diritti protetti dal diritto comunitario²⁷³.

Recentemente, la Corte è giunta, persino, a considerare non compatibile con l'ordinamento comunitario il principio del giudicato presente nell'ordinamento italiano all'art. 2909 del codice civile²⁷⁴. In quel caso la

²⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Raccolta p.I-09957. Si vedano le note di CHEROT J.Y., *Une décision de la Commission déclarant une aide compatible n'a pas pour conséquence de régulariser, a posteriori, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par l'article 88, paragraphe 3, CE, même si elle précise qu'elle porte sur une période antérieure à son adoption*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.108; IDOT L., *Effet d'une décision de la Commission sur des demandes de remboursement*, in *Europe*, 2006, Décembre, Comm. n. 370, p.24.

²⁷³ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Raccolta, p. 01989; del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*, Raccolta, p. I-04599; del 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri*, Raccolta, p. I-03547.

²⁷⁴ Si tratta del noto caso *Lucchini*, sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, Raccolta, p. I-06199. Per un approfondimento sul caso in questione si rimanda a BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, p.1591-1603; CHEROT J.Y., *Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'Etat octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2007, n° 4, p.108-110; CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p.225-238; DO T.U., *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Lucchini"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n° 3, p.732-734; FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008; p.193-219; LAJOLO F., *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p.724-730; PERONI G., *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, p.221-232; NEBBIA P., *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *European Law Review*, 2008, p.427-438; NEGRELLI A., *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p.1217-1236; PICARDI N., *Eventuali conflitti*

Corte ha ritenuto che pur in presenza di una sentenza passata in giudicato che accoglieva le ragioni di un soggetto destinatario di un aiuto di Stato (aiuto dichiarato illegittimo dalla Commissione europea), lo stesso soggetto, e soprattutto la pubblica amministrazione erogatrice dell'aiuto, rimane, comunque, tenuta all'osservanza degli art. 87 ed 88 del Trattato (oggi 107 e 108 del TFUE) e, di conseguenza all'obbligo di restituzione degli aiuti di stato illegittimamente ricevuti.

La Corte ha, specificamente, affermato che *“Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva”*. Il medesimo principio deve essere quindi applicato con riferimento a tutte le norme procedurali interne nei limiti che impediscono la piena effettività delle norme comunitarie dotate di efficacia diretta (quali sono le norme sul mercato interno e le norme sulla concorrenza).

fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario, in *Giustizia civile*, 2008, I, p.559-561; PRIMICERI S. - LEANZA P., *L'intangibilità del giudicato e i limiti imposti dalla Corte di giustizia con la sentenza Lucchini. Osservazioni*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, 2008, p.69-77; SCODITTI E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro italiano*, 2007, IV, Col.533-535; STILE M.T., *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p.733-741; VITALE G., *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p.595-616; ZUFFI B., *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p.382-384.

3. La tutela cautelare e anticipatoria del principio di certezza del diritto

La tutela del principio di certezza del diritto, così come tutti i diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione Europea, può essere perseguita anche attraverso un'azione volta ad ottenere un provvedimento atipico a carattere cautelare ed anticipatorio nei confronti dello Stato membro che si accinge ad adottare una disposizione suscettibile di rivelarsi contraria al diritto comunitario.

E' noto che l'ordinamento comunitario, sin dal caso *Van Gend & Loos*²⁷⁵, per venire alle pronunce più recenti nei casi *Francovich*, *Brasserie du Pecheur*²⁷⁶, *Kobler*²⁷⁷ e *Traghetti del Mediterraneo*²⁷⁸, ha dato luogo ad un sistema giuridico che pone al centro l'individuo (che si tratti di una persona fisica o giuridica) dando attuazione ad una "comunità di diritto" persino più evoluta, sotto questo profilo, rispetto a quella disciplinata dall'ordinamento italiano (che, ad esempio, non prevede una fattispecie di responsabilità extracontrattuale in conseguenza di un comportamento del legislatore).

Senza qui voler ripercorrere i tratti della evoluzione della comunità giuridica ordinata dall'Unione Europea di oggi e dalla Comunità Europea di ieri, che si connota per l'assoluta primazia del diritto persino rispetto alla azione legislativa e finanche politica, e ad una quota di rinuncia alla

²⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta p.00003. In dottrina si vedano in particolare i seguenti contributi: DE WITTE B., *The Continuous Significance of Van Gend en Loos, The Past and Future of EU Law*, in *The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, p.9; DURANTE F., *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p.415; TELCHINI I., *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, 3, p.247; TIZZANO A., *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013.

²⁷⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e la Regina c. Segretario di Stato al trasporto*, Raccolta p. I-01029.

²⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, Raccolta p.I-10239.

²⁷⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*, Raccolta p.I-05177.

sovranità da parte degli Stati membri²⁷⁹ è indubbio che gli Stati membri sono chiamati a dare attuazione alle norme europee caratterizzate dall'elemento della diretta applicabilità e, nel caso di inosservanza, a risarcire il danno così arrecato al privato che da quelle norme fosse costituito titolare di una posizione giuridica soggettiva tutelata.

In questo contesto il giudice nazionale, pur operando sulla base delle regole di procedura nazionali²⁸⁰, costituisce la garanzia della applicazione del diritto comunitario divenendo ad ogni effetto "giudice del diritto comunitario". Fra le norme caratterizzate da diretta applicabilità la Corte di Giustizia, e, più di recente, espressamente, lo stesso Trattato di Lisbona (che tuttavia ha una funzione unicamente ricognitiva, sotto questo aspetto), includono anche i principi fondamentali desumibili dalla Convenzione Europea sulla Salvaguardia dei diritti dell'Uomo e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri²⁸¹.

Anzi, proprio la circostanza che i principi fondamentali (o generali) costituiscano parte integrante dell'ordinamento comunitario costituisce la condizione essenziale che garantisce l'operatività di tale ordinamento e la stessa esistenza della comunità di diritto dell'Unione Europea nonché la sua valenza nella prospettiva dell'art. 11 della Costituzione²⁸².

In questa prospettiva, gli Stati membri che non siano riusciti a garantire il rispetto del principio di certezza del diritto sono chiamati al

²⁷⁹ Principio affermato nelle celebri sentenze della Corte Costituzionale Frontini e Granital, rispettivamente n. 183 del 27 dicembre 1973 e n.170 del 20 giugno 1984.

²⁸⁰ Resta fermo, tuttavia, il principio di effettività per cui vanno disapplicate le norme processuali di diritto interno che rendono eccessivamente difficile od impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo, come sancito dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Levez* -causa C-326/9.

²⁸¹ TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., p.87. Nello stesso senso si vedano anche le seguenti pronunce della Corte di giustizia: sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Raccolta p.03727; sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.00491; sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, Raccolta p. 419; sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. 2633; ordinanza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa 46/87, *Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.1549.

²⁸² E' quanto affermato nella citata sentenza Granital della Corte Costituzionale.

risarcimento del danno prodotto ai singoli titolari di posizioni giuridiche soggettive rette dall'ordinamento comunitario.

Oltre al risarcimento del danno, nella decisione *Factortame*²⁸³ la Corte di giustizia afferma espressamente che la tutela effettiva del singolo per effetto della violazione del diritto comunitario implica anche la possibilità per lo stesso di far valere il suo diritto in via anticipatoria e cautelare per evitare il danno ingiusto comunitario. In breve, quando uno Stato membro si accinge a violare il principio di certezza del diritto, il singolo che da tale violazione resterebbe pregiudicato è abilitato a chiedere una inibitoria o altrimenti un provvedimento cautelare al giudice competente, essendo la tutela cautelare parte integrante dell'apparato di garanzia di cui il singolo beneficia ed essendo inimmaginabile uno strumento di protezione dei diritti dei singoli che prescindere da una adeguata forma di tutela cautelare. Ed è del tutto irrilevante che la norma interna (di segno procedurale) non la preveda, né tantomeno si potrà invocare la ripartizione fra i poteri dello stato, dovendo il diritto interno che non consentisse l'adozione di una forma di cautela essere disapplicato in virtù del già citato principio di effettività.

²⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, Raccolta p. I - 2466.

CAPITOLO 2

L'INTERPRETAZIONE DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO TRAMITE IL RINVIO PREGIUDIZIALE: IL PROBLEMA DEI TRIBUNALI ARBITRALI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il significato del termine “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE – 3. La giurisprudenza più significativa della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale da parte di corti arbitrali – 4. Le principali argomentazioni a favore e contro il tradizionale approccio della Corte di giustizia.

1. *Introduzione*

Il rispetto del principio del certezza del diritto passa anche attraverso la corretta interpretazione del principio stesso e della sua portata applicativa. Il rinvio pregiudiziale può, quindi, rappresentare uno strumento fondamentale per un’efficace applicazione del principio in questione.

Se il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici delle corti ordinarie o amministrative non pone particolari problemi, più complesso è invece il caso in cui sia un arbitro o un collegio arbitrale a voler ricorrere alla Corte di giustizia ai sensi dell’art. 267 Tfeue.

Nonostante, infatti, la Corte di giustizia abbia già in più occasioni affermato espressamente che all’arbitro non è riconosciuta la possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale²⁸⁴, questo approccio è ancora oggetto di un acceso dibattito in dottrina soprattutto da parte di coloro che criticano il ragionamento attraverso il quale la Corte giunge alla conclusione di negare tale autorizzazione²⁸⁵.

²⁸⁴ Sentenze della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa C 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Raccolta p.01095; del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Gemeente Almelo and Others c. Energiebedrijf IJsselmij*, Raccolta p.1-1477; del 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier c. Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA*, Raccolta p. I-00923.

²⁸⁵ Si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: GORMLEY W. P., *The Future Role of Arbitration within the EEC: The Right of an Arbitration to Request a Preliminary Ruling pursuant to Article 177*, in *Saint Louis University Journal*, 1968, 4, p.550; BEBR G., *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1985, p.489; DE MELLO X., *Arbitrage et droit communautaire*, in *Revue de l'arbitrage*, 1982, p.390; FRIEND M., *EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators*, in *The Law*

Le conseguenze del mancato riconoscimento di questa possibilità da parte della Corte di giustizia sono significative se si pensa allo stretto legame che unisce l'arbitrato al diritto dell'Unione Europea sia per il ricorso sempre più frequente a questo metodo di risoluzione delle controversie nelle transazioni commerciali, sia per l'influenza sempre maggiore che il diritto dell'Unione Europea ha sulle operazioni commerciali²⁸⁶.

Il rischio è, pertanto, che questo approccio ostacoli un'uniforme applicazione del principio di certezza del diritto all'interno del mercato comune, dal momento che un significativo numero di decisioni vincolanti per le parti, quali quelle pronunciate dagli arbitri.

Quarterly Review, 1983, p.356; IDOT L., *Arbitration and EC law*, in *International Business Law Journal*, 1996, p. 561; BAUDENBACHER C., *Enforcement of EC Competition Rules by Arbitration Tribunals Outside the EU*, in *European Competition Law Annual 2001*, Oxford, p.341; IDOT L., *Arbitration courts*, *European Competition Annual 2001*, Oxford, p.285;. CHABOT G, *Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE*, in *La Semaine juridique - édition générale*, 2005, II, p. 10079 ; VAN HOUTTE H., *Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty? A State of Affairs*, in *Asa Bulletin*, 2005, p.431; RASIA C., *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale: nuovo confronto tra gabbie ideologiche, funzionalità degli scambi, esigenze di tutela effettiva*, in *Il Corriere giuridico*, 2006, p.21; RICCI E. F., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p.710; OLIK M. - FYBACH D., *The Competence of Investment Arbitration Tribunal sto seek Preliminary Ruling from the European Courts*, in *Czech Yearbook of International Law*, 2011; ELSING S. H., *References by Arbitral Tribunals to the European Court of Justice for Preliminary Rulings*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2013*, p.45.

²⁸⁶ BAUDENBACHER C. - HIGGINS I., *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, in *Columbia Journal of European Union Law*, 2002, 8, p.16.

2. Il significato del termine “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 Tfeue

Punto di partenza per affrontare il tema in questione è l’analisi del contenuto e degli obiettivi dell’art. 267 TFUE, che regola appunto la richiesta di rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia²⁸⁷.

Al fine di garantire un’uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione Europea, l’articolo 267 TFUE conferisce alle giurisdizioni degli Stati Membri la possibilità di rivolersi alla Corte di giustizia affinché quest’ultima si pronunci i) sull’interpretazione dei trattati e ii) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione²⁸⁸.

Il problema principale legato all’ambito di applicazione di questa norma consiste nella vaghezza del termine “giurisdizione” e, quindi, nell’incertezza su quali organi giurisdizionali siano effettivamente legittimati ad effettuare il rinvio pregiudiziale.

Nella sentenza *Vaasseen*²⁸⁹, la Corte di giustizia ha stabilito per la prima volta i criteri alla luce dei quali interpretare questa espressione, indicando le caratteristiche che un organismo deve avere per essere considerato una giurisdizione ai sensi dell’articolo 267 TFUE. La Corte si è

²⁸⁷ Per un maggior approfondimento sulle regole alla base del rinvio pregiudiziale si rimanda a: BARENTS R., *Directory of EU Case-law on the Preliminary Ruling Procedure*, Kluwer Law International, 2009; MORTEN B. - NIELS F., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014.

²⁸⁸ Articolo 267: “La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull’interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.”

²⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, causa 61/65, Sig.ra G. Goebbels, vedova Vaassen c. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, Raccolta p. 00408.

soffermata, in particolare, sull'ammissibilità del rinvio pregiudiziale ad opera del *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor her Mijnbedrijf*, corte arbitrale incaricata di dirimere alcune controversie in materia di previdenza sociale in Olanda.

In quell'occasione la Corte ha affermato che anche organismi giurisdizionali diversi dalle corti ordinarie, come appunto una corte arbitrale, possono effettuare un rinvio pregiudiziale se ricorrono i seguenti presupposti: i) sono istituiti dalla legge, ii) sono organi permanenti, iii) la loro giurisdizione è obbligatoria, iv) applicano norme di legge e vi) sono indipendenti²⁹⁰. Sulla base di questi criteri, lo *Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor her Mijnbedrijf* è stato ritenuto a tutti gli effetti un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal momento che è stato costituito da una legge olandese, la sua giurisdizione è obbligatoria per le parti, è un organo permanente ed applica norme giuridiche.

Seguendo questo stesso approccio, la Corte di giustizia ha dichiarato ammissibile in altre occasioni la richiesta di rinvio pregiudiziale da parte giurisdizioni diverse dalle corti ordinarie. Nella decisione *Broekmeulen*²⁹¹, la Corte ha accettato il rinvio pregiudiziale della Commissione olandese dei ricorsi per la medicina generica, ricorrendo i presupposti individuati nella sentenza *Vaasseen*. Il Comitato, infatti, è stato istituito con il consenso e la cooperazione delle autorità pubbliche olandesi, prevedono una procedura

²⁹⁰ Questi criteri sono stati recentemente richiamati dalla Corte nell'ordinanza del 14 novembre 2013, causa C-49/13, *MF 7 a.s. v. MAFRA a.s.*, non ancora pubblicata in Raccolta: "Secondo una giurisprudenza costante, per valutare se l'organo remittente possieda le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione attinente unicamente al diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze del 17 settembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, Racc. pag. I-4961, punto 23; del 31 maggio 2005, *Syfait e a.*, C-53/03, Racc. pag. I-4609, punto 29; del 14 giugno 2007, *Häupl*, C-246/05, Racc. pag. I-4673, punto 16, nonché del 31 gennaio 2013, *Belov*, C-394/11, punto 38)". Si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, Raccolta p.I-4961; e del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland c. Austria*, Raccolta p.I-4573.

²⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1981, causa 246/80, *C. Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, Raccolta p.02311.

che si svolge nel rispetto del contraddittorio tra le parti e la decisione è vincolante e definitiva.

Ugualmente ammissibili sono stati considerati i rinvii pregiudiziali effettuati da un collegio arbitrale incaricato di risolvere le controversie tra le parti di contratti collettivi stipulati tra organizzazioni di datori di lavoro e lavoratori²⁹² e da un ufficio indipendente denominato *Immigration adjudicator*,²⁹³.

Al contrario, la Corte di giustizia non ha riconosciuto la qualifica di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE rispetto ad alcune autorità amministrative: è il caso del *Amtsgericht Heidelberg*, una corte locale incaricata di tenere i registri commerciali. Secondo la Corte, al momento del rinvio pregiudiziale non c'era alcun ricorso pendente davanti all'*Amtsgericht* tra le parti, circostanza che contribuisce alla qualifica di organo non giurisdizionale bensì meramente amministrativo²⁹⁴. Analogamente non è stato ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale da parte del *Bezirksgericht Bregenz*, un ufficio di registro austriaco il cui compito era semplicemente

²⁹² Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*, Raccolta p. 3199.

²⁹³ Sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 1999, causa C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for Home Department*, Raccolta p. I-1209.

²⁹⁴ Ordinanza della Corte di giustizia del 10 luglio 2001, causa C-86/00, *Amtsgericht Heidelberg c. Germania*, Raccolta p. I-05353. Questo approccio era già stato fatto proprio dalla Corte di giustizia nella sentenza del 12 novembre 1998, causa C-134/97, *Victoria Film A/S c. Regno di Svezia*, Raccolta p. I-07023: "occorre rammentare che discende da una giurisprudenza costante che i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v. ordinanza 5 marzo 1986, causa 318/85, *Greis Unterweger*, Racc. pag. 955, punto 4, e sentenza 19 ottobre 1995, causa C-111/94, *Job Centre*, Racc. pag. I-3361, punto 9).

15 Ebbene, anche se esistono nella fattispecie elementi che potrebbero far ritenere che la *Skatterättsnämnden* eserciti una funzione giurisdizionale, in particolare lo status d'indipendenza attribuitole dalla sua istituzione per legge e il potere di emanare decisioni di natura vincolante applicando le norme di diritto, altri elementi portano a concludere che essa svolga fundamentalmente una funzione amministrativa." Non essendo incaricata, quindi, di prendere alcuna decisione nei confronti della *Victoria Film* ma dovendosi limitare ad emettere un parere, la *Skatterättsnämnden* deve essere considerato un organo con funzioni esclusivamente amministrative.

verificare la corrispondenza dei requisiti richiesti per la registrazione di marchi e brevetti, senza avere alcuna funzione giurisdizionale²⁹⁵.

²⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2001, C-178/99, *Bezirksgericht Bregenz c. Austria*, Raccolta p.I-04421.

3. La giurisprudenza più significativa della Corte di giustizia in materia di rinvio pregiudiziale da parte di corti arbitrali

Le osservazioni fin qui svolte rivelano l'importanza che la Corte di giustizia attribuisce al carattere di giurisdizione obbligatoria al fine di considerare soddisfatti i requisiti dell'art. 267 TFUE. Questa caratteristica è stata utilizzata dalla Corte per valutare l'ammissibilità di un rinvio pregiudiziale anche con riferimento ai tribunali arbitrali.

Nella sentenza *Nordsee*²⁹⁶, la più significativa sul tema, la Corte ha sottolineato che quando un tribunale arbitrale è istituito e regolato da norme statutarie assume un ruolo molto più simile a quello svolto dalle corti ordinarie potendo, quindi, rientrare nella nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE. Se, al contrario, non è previsto l'obbligo, di fatto o di diritto, per le parti di adire il tribunale arbitrale, ma questa scelta dipende solo da un accordo privatistico che non coinvolge amministrazioni pubbliche, la Corte esclude che in questo contesto il rinvio pregiudiziale possa essere dichiarato ammissibile.

Nel motivare la propria decisione di negare l'autorizzazione al tribunale arbitrale ad effettuare il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha infatti evidenziato che: *“Al momento della conclusione del contratto nel 1973, i contraenti erano liberi di affidare la soluzione delle loro eventuali controversie al giudice ordinario o di scegliere la via dell'arbitrato inserend nel contratto una clausola in tal senso. Dal fascicolo si desume che non esisteva, per i contraenti, alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato.”*

Questo approccio è stata ripreso successivamente nella decisione *Eco Swiss*²⁹⁷, in cui la Corte ha riaffermato che *“gli arbitri, diversamente da*

²⁹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa 102/81, *"Nordsee" Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Raccolta p.01095.

²⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Raccolta p.3055. Per un maggior approfondimento su questa pronuncia si rimanda a: BASTIANON S., *L'arbitrabilità delle controversie antitrust*

un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario" e nella sentenza *Denuit*, in cui è stato nuovamente rimadito il concetto che "poiché, nella causa principale, per le parti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e poiché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato, il Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges et Voyages non può essere considerato giurisdizione nazionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE".

Nonostante la presa di posizione del giudice europeo sembri essere netta, come verrà spiegato meglio nel paragrafo successivo, viene riconosciuta da alcuni la possibilità di "aggirare" il diniego ad effettuare il prinvio pregiudiziale facendo ricorso al cd. *golden bridge*²⁹⁸, che consiste nell'esame delle questioni pregiudiziali da parte delle corti nazionali sia in sede di revisione del lodo arbitrale, sia fornendo assistenza agli arbitri nel corso del procedimento. Si tratterebbe, quindi, di adire in modo indiretto la Corte di giustizia sulle questioni più problematiche riguardati il diritto dell'Unione Europea.

tra diritto nazionale e diritto comunitario, in *Il Foro italiano*, 1999, IV, Col.471; FURSE M. - D'ARCY L., *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton: EC Competition Law and Arbitration*, in *European Competition Law Review*, 1999, p.392; IDOT L., *Revue de l'arbitrage*, 1999, p.639; RADICATI DI BROZOLO L. G., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p.665; D'ALESSANDRO E., *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giustizia civile*, 2000, p.1903; LAUDISIA L., *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p.591; MOURRE A., *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais*, 2000, p.127; PUNZI C., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p.235; SHELKOPLYAS N., *European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, p.569.

²⁹⁸ ELSING S. H., *cit.*, p.49.

4. Le principali argomentazioni a favore e contro il tradizionale approccio della Corte di giustizia

Dalla giurisprudenza della Corte appena analizzata, emerge come solo in casi molto circostanziati il rinvio pregiudiziale proveniente da un tribunale arbitrale sia stata dichiarato ammissibile, mentre nella maggior parte dei casi, ovvero quando la risoluzione delle controversie da parte di un arbitro è frutto di una scelta discrezionale delle parti, questa autorizzazione viene negata.

Come già accennato nell'introduzione, questo approccio della Corte è tuttora dibattuto in dottrina tra chi si schiera favore di questa interpretazione²⁹⁹ e chi, al contrario, fornisce argomenti per supportare una diversa conclusione³⁰⁰.

Le principali argomentazioni a supporto della posizione della Corte riguardano i) l'interpretazione letterale dell'articolo 267 TFUE; ii) il rischio di un incremento eccessivo del carico di lavoro della Corte; iii) il rischio di manipolazione dello strumento del rinvio pregiudiziale e, infine, iv) il rischio di far venir meno le caratteristiche di efficacia e rapidità proprie dell'arbitrato.

Per quanto riguarda la prima osservazione, questa è stata proposta dal governo britannico nel caso *Nordsee* facendo leva sul fatto che il linguaggio utilizzato dall'articolo 267 TFUE si riferisce esclusivamente a giurisdizioni riconosciute ufficialmente dagli Stati Membri, escludendo quindi quei tribunali, come quello arbitrale, istituiti attraverso accordi tra privati.

Il secondo argomento si basa sulla preoccupazione che, dichiarando ammissibili anche i rinvii pregiudiziali provenienti da arbitri, la Corte si trovi

²⁹⁹ BEBR G., *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1985, p.489; M. SCHWAIGER, *The Courts-Preliminary Ruling According to Article 234 EC Treaty and Arbitral Tribunals*, in *Austrian Arbitration Yearbook 2007*, p.303.

³⁰⁰ BENEDETTELLI M., *"Communitarization" of International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe?*, in *Arbitration International*, 2011, p.583; ELSING S. H., *cit.*, p.49; IDOT L., *cit.*, p.287.

a dover far fronte ad un numero eccessivo di richieste, anche in ragione della scarsa conoscenza del diritto dell'Unione Europea da parte degli arbitri che, com'è noto, non devono essere necessariamente avvocati o giuristi³⁰¹. Ad avanzare questo timore è stato l'Avvocato Generale General Reischl nel già citato caso Nordsee, il quale ha affermato che: “*bisogna considerare il rischio di un carico di lavoro, difficilmente valutabile, per la Corte di giustizia che in questo modo verrebbe distratta dai propri compiti principali, a favore di controversie di carattere privato spesso di minima importanza*”.

Un ulteriore argomento a favore del diniego dell'autorizzazione ad effettuare il rinvio pregiudiziale da parte dell'arbitro riguarda il fatto che, avendo le parti più controllo sul procedimento davanti all'arbitro rispetto a quello instaurato davanti alle corti ordinarie, potrebbero decidere di porvi fine solo per evitare di essere vincolati dalla decisione della Corte di giustizia qualora l'esito non fosse quello da loro auspicato³⁰².

Infine, è stato evidenziato come la procedura ex art. 267 TFUE davanti alla Corte può durare anche anni e potrebbe non garantire un adeguato livello di confidenzialità, minando così quelle caratteristiche dell'arbitrato che nella maggior parte dei casi spingono le parti ad optare per quella soluzione piuttosto che instaurare un giudizio davanti al giudice ordinario³⁰³.

Queste argomentazioni non hanno convinto quella parte della comunità accademica che, al contrario, ritiene che anche gli arbitri scelti contrattualmente dalle parti dovrebbero poter adire la Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE. E' stato, infatti, rilevato come nelle controversie in materia di diritto del commercio internazionale quella dell'arbitrato spesso non sia una libera scelta delle parti ma piuttosto una scelta quasi obbligata³⁰⁴. Pertanto,

³⁰¹ ELSING S. H., *cit.*, p.51.

³⁰² SCHWAIGER M., *cit.*, p.307.

³⁰³ ELSING S. H., *cit.*, p.53.

³⁰⁴ BAUDENBACHER C., *Judicial of European competition law*, in *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2002, 2003*, p.363.

assicurare il rispetto del diritto dell'Unione Europea in un numero sempre crescente di decisioni arbitrali vincolanti per le parti diventa di importanza cruciale³⁰⁵.

Rispetto ai rischi di un carico di lavoro eccessivo per la Corte o che le parti non diano seguito alla decisione della Corte interrompendo il procedimento davanti all'arbitro, questa parte della dottrina non ritiene queste argomentazioni decisive dal momento le obiezioni potrebbero essere sollevate anche in relazione ai rinvii pregiudiziali sollevati dalle corti ordinarie quando agiscono in supporto dei tribunali arbitrali o in sede di revisione delle decisioni.

Non convince, infatti, l'ipotesi di ricorrere al cd. "golden bridge" come alternativa per gli arbitri per ricorrere indirettamente alla Corte di giustizia: in questo modo, infatti, l'eventuale problema di un maggior carico di lavoro per la Corte sarebbe semplicemente rimandato, causando così uno spreco di tempo e di risorse³⁰⁶. Inoltre questo meccanismo presuppone che le regole procedurali degli Stati Membri prevedano la possibilità per gli arbitri di chiedere assistenza alle corti ordinarie, come accade ad esempio nel sistema tedesco, altrimenti non esiste una reale alternativa al rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE.

Viene messa in discussione anche la rilevanza attribuita alla natura privatistica che contraddistingue la scelta degli arbitri da parte delle parti e, di conseguenza, all'assenza di norme statutarie che ne regolino il procedimento³⁰⁷: in molti Stati Membri, infatti, la possibilità di adire un tribunale arbitrale al posto di un giudice ordinario è previsto da norme

³⁰⁵ BENEDETTELLI M., *cit.*, p.585.

³⁰⁶ LEW J. D. M. - MISTELIS L. A. - KRÖLL S., *Arbitration and European Law*, in *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 477.

³⁰⁷ ELSING S. H., *cit.*, p.56.

codificate che autorizzano gli arbitri ad emettere pronunce dagli effetti del tutto simili a quelli delle sentenze dei tribunali ordinari³⁰⁸.

In conclusione, le argomentazioni a supporto del tradizionale approccio della Corte non convincono fino in fondo, al contrario della più pertinente necessità di contribuire alla corretta e uniforme applicazione del principio di certezza del diritto. Può, quindi, valer più la pena allungare i tempi di conclusione dell'arbitrato per avere una decisione che rispetti il principio di certezza del diritto, e più in generale il diritto dell'Unione Europea, visto il ricorso sempre più diffuso da parte degli operatori commerciali e degli investitori a questo metodo di risoluzione delle controversie all'interno del mercato unico. Si auspica, pertanto, che la Corte di giustizia riveda il proprio approccio nel senso di consentire anche agli arbitri nominati contrattualmente dalle parti di sollevare questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE.

³⁰⁸ E' il caso, tra gli altri, dell'Italia e della Francia dove le norme cge regolano l'arbitrato sono contenute nel Codice di Procedura Civile rispettivamente agli articoli da 806 a 840 nel primo caso e da 1442 a 1527 nel secondo.

CAPITOLO 3

UNA NORMA DI DIRITTO INTERNO DI RICHIAMO ALL'ORDINAMENTO COMUNITARIO PER SUPERARE IL LIMITE DELLE SITUAZIONI PURAMENTE INTERNE

SOMMARIO: 1. Gli strumenti per rendere applicabile in ambito nazionale il principio di certezza del diritto anche nel caso di situazioni puramente interne – 2. L'approccio costituzionale – 3. Il rinvio al diritto comunitario.

1. *Gli strumenti per rendere applicabile in ambito nazionale il principio di certezza del diritto anche nel caso di situazioni puramente interne*

Questo capitolo si propone di offrire una soluzione al problema, precedentemente sollevato, relativo alle situazioni puramente interne e in particolare al rischio che questa categoria continui a rappresentare un ostacolo per l'applicazione del principio di certezza del diritto all'interno dell'ordinamento nazionale.

L'obiettivo è, quindi, individuare gli strumenti giuridici che consentono agli operatori economici italiani di pianificare i loro investimenti in Italia sulla base di un sistema di regole non suscettibile di mutamenti repentini, grazie alla tutela garantita dall'applicazione del principio di certezza del diritto anche nelle cd. situazioni puramente interne³⁰⁹.

Come si è visto, la Corte ha da tempo abbandonato il criterio geografico, cui conseguiva l'inaccettabile paradosso delle discriminazioni al contrario, per puntare su un criterio maggiormente legato agli effetti "potenzialmente" lesivi del mercato comune da parte delle legislazioni nazionali³¹⁰. Il concetto di "potenzialmente" lesivo non è, tuttavia, uniformemente seguito dalla Corte di giustizia e pare del tutto assente dalla

³⁰⁹ Il tema è affrontato, di recente, in MARESCA M., *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di trasporti e infrastrutture*, Milano, 2014, p.193.

³¹⁰ Si vedano sul punto le osservazioni di MARESCA M., *Regolazione e politica europea dei porti e della logistica a sostegno del Mediterraneo* in M. MARESCA (a cura di), *op. cit.*, p. 21, nonché di MARESCA D. - PELLERITI S., *La regolazione del diritto di accesso alle infrastrutture portuali e aeroportuali*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, n. 2 e 3, 2009, pp. 107-150.

giurisprudenza nazionale³¹¹ sicché l'effettiva portata del principio di certezza del diritto rischia di subire un ridimensionamento e lasciare gli interventi economici in balia degli umori politici³¹².

Avendo chiara l'importanza del principio della certezza del diritto, soprattutto ai fini della garanzia degli investimenti produttivi, sono state prospettate soluzioni diverse.

³¹¹ Il riferimento è agli episodi descritti in nota 2.

³¹² MARESCA M., *I limiti della European jurisdiction*, in M. MARESCA (a cura di), *op. cit.*, p. 32.

2. L'approccio costituzionale

La prima soluzione, disciplinata interamente dal diritto interno e che si colloca nella logica tradizionale dell'adattamento ordinario, consiste nel recepire la certezza del diritto al di là dell'art. 25 della Costituzione, come principio costituzionale autonomamente applicabile. In breve si tende a conferire stabilità ai contratti di durata evitando il porsi dei rischi regolatorio e specialmente legislativo, assoggettandoli ad una disciplina tendenzialmente inderogabile che presidia l'investimento produttivo e che, contemporaneamente, realizza anche obiettivi di tutela di segno internazionale.

Questa soluzione³¹³ offre indubbiamente una forte tutela proprio nella prospettiva della garanzia del diritto internazionale e comunitario. Tuttavia, è evidente che questa prospettiva provi troppo, posto che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, quali desumibili dall'ordinamento dell'Unione, non presuppongono certo che lo Stato membro non possa mai "modificare in corsa" il regolamento giuridico di un determinato rapporto di durata, e più specificamente di un contratto di investimento, ma solo che tale intervento, da una parte deve essere ispirato al principio di proporzionalità e ragionevolezza e, dall'altro, deve essere orientato alla tutela di interessi e valori protetti (ad esempio la tutela dell'ambiente, la protezione della salute nell'ambiente di lavoro, la tutela del consumatore utente ecc...).

Ricorrendo questi presupposti il diritto dell'Unione europea non impedisce affatto una modifica, anche autoritativa, dei contratti in corso purché lo Stato membro provveda all'indennizzo³¹⁴.

In sostanza si reputa complesso ed inadatto un intervento di modifica costituzionale che operi un'integrazione della Carta con il principio della

³¹³ Si tratta della soluzione che sembra essere stata prospettata in occasione di recenti convegni da autorevoli esponenti quali Giuliano Amato, Franco Bassanini e Luciano Violante.

³¹⁴ Come previsto nel Primo Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

certezza del diritto sottoposto, tuttavia, ad una disciplina così specifica come quella offerta dal diritto dell'Unione Europea. Inoltre un intervento siffatto pare estremamente rigido, perché cristallizzerebbe i principi anzidetti in un contesto costituzionale che non è necessariamente coincidente con quello dell'ordinamento dell'Unione. Resterebbe, infatti, possibile il protrarsi dei conflitti fra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale proprio per l'inevitabile differente regime.

3. Il rinvio al diritto comunitario

Per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, pare più convincente l'ipotesi alternativa suggerita dal Prof. Maurizio Maresca³¹⁵, il quale suggerisce di risolvere il problema dell'inadeguatezza dell'ordinamento nazionale (proprio perché carente sotto il profilo della certezza del diritto) operando il rinvio mobile permanente al diritto dell'Unione Europea, in virtù di una norma ordinaria che estenderebbe l'ambito di operatività del diritto comunitario anche a fattispecie puramente interne.

Una soluzione che produrrebbe l'effetto tipico dello strumento di adattamento speciale al diritto internazionale, scongiurando il rischio di difformità fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea e che muoverebbe da una ricostruzione da tempo operata sia dalla giurisprudenza³¹⁶ che dalla stessa dottrina³¹⁷.

Inoltre, in un momento di grave crisi economica quale quello attuale, una disposizione che si limitasse a rendere applicabili i principi di certezza e di legittimo affidamento, nei loro contenuti e significati desumibili dall'ordinamento dell'Unione Europea, anche all'interno del diritto nazionale costituirebbe un segno della massima importanza, non solo per richiamare investimenti stranieri, ma anche per garantire gli investitori nazionali.

Si tratterebbe, in pratica, di un intervento che vada nello stesso senso di quello posto in essere di recente per attribuire al cittadino italiano gli stessi diritti a lui riconosciuti dal diritto dell'Unione europea. L'art. 53 della legge n. 234 del 24 dicembre 2012 sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione

³¹⁵ Si veda MARESCA M., *op. cit.*, p.184.

³¹⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 1997, *Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst*, in causa C-28/95, Racc. 1997 p. I-04161.

³¹⁷ MINOZZI E., *Norme nazionali di rinvio al diritto comunitario per la disciplina di situazioni puramente interne e competenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1998, p.1103-1117; NIZZO C., *La Corte di giustizia e la competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, norme nazionali modellate su disposizioni comunitarie*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p.998-1002.

Europea³¹⁸ sembra, infatti, porsi proprio nella direzione del superamento della categoria delle situazioni puramente interne. Tale norma, rubricata “Parità di trattamento”, consente di non applicare, nei confronti di cittadini italiani, *“norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea”*.

Il legislatore italiano ha, quindi, messo nero su bianco il divieto di operare discriminazioni al contrario. In questo modo, infatti, i cittadini italiani potranno godere dello stesso trattamento riservato agli altri cittadini europei, anche rimanendo all'interno del territorio nazionale.

Il limite di tale disposizione legislativa, che scongiura l'applicazione di norme discriminatorie ma non produce l'effetto ricostruttivo di un principio (ad esempio di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento), è il fatto di essere riferibile ai soli cittadini, escludendo pertanto dalla propria portata applicativa le persone giuridiche, che risentono altrettanto dei limiti che la categoria delle situazioni puramente interne porta con sé.

³¹⁸ Tale legge, già citata sub. nota 3, abroga e sostituisce la cd. Legge Buttiglione (legge n. 11 del 4 febbraio 2005, pubblicata in GU n.37 del 15 febbraio 2005). Tra le novità più rilevanti rispetto al precedente testo normativo, si segnala in primo luogo il coinvolgimento diretto del Parlamento nazionale nel controllo del rispetto del principio di sussidiarietà nell'attività legislativa dell'UE (artt. 8, 9 e 42). Le Camere esaminano i progetti di atti legislativi dell'Unione tempestivamente e la fase di formazione delle normative europee è regolata sulla base di linee di indirizzo stabilite di comune accordo. Per quanto riguarda la partecipazione del Parlamento alla definizione della politica europea dell'Italia e al processo di formazione degli atti dell'Unione europea, sono stati estesi e meglio definiti gli obblighi informativi del Governo alla Camere (artt. 4, 5 e 6), sono state precisate le modalità per assicurare l'adempimento dell'obbligo costituzionale del Governo di attenersi, nel corso dei negoziati europei, agli indirizzi espressi dalle Camere (art. 7). Altrettanto rilevante, per quanto riguarda la cd. fase discendente, è lo “sdoppiamento” della legge comunitaria, nel senso che al posto di una sola legge annuale, il Governo presenta, entro il 28 febbraio di ogni anno, la legge di delegazione europea, che conterrà le deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive europee e delle decisioni quadro, e, se necessario, può presentare entro il 31 luglio di ogni anno una seconda legge, la legge europea, con cui dare attuazione agli atti europei e ai trattati internazionali conclusi nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione (artt. 29 e 30).

BIBLIOGRAFIA

ADOBATI E., *Precisati dalla Corte di giustizia l'ambito e l'applicabilità del principio della responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per la violazione di obblighi comunitari*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p.215

ALPA G. - ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p.476

AUBY J.B., *Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires*, in *Droit administratif*, 1992, p.1

BARAV A., *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, p.313

BARENTS R., *Directory of EU Case-law on the Preliminary Ruling Procedure*, Kluwer Law International, 2009

BARONE A. - PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1992, IV, Col.146

BASTIANON S., *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro italiano*, 1999, IV, Col.471

BAUDENBACHER C., *Judicial of European competition law*, in *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2002*, 2003, p.363

BAUDENBACHER C. - HIGGINS I., *Decentralization of EC Competition Law Enforcement and Arbitration*, in *Columbia Journal of European Union Law*, 2002, 8, p.16

BAUDENBACHER C., *Enforcement of EC Competition Rules by Arbitration Tribunals Outside the EU*, in *European Competition Law Annual 2001*, Oxford, p.341

BEER G., *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1985, p.489

BENEDETTELLI M., "*Communitarization*" of *International Arbitration: A New Spectre Haunting Europe?*, in *Arbitration International*, 2011, p.583

BERRI M., *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1978, I, Col.1153-1156

BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, p.1591

BREALEY M., *The Liability of the State in Damages for Breach of Community Law*, in *European Business Law Review*, 1992, p.39

CAFAGNO M., *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p.147

CAMPESAN A. - DAL FERRO A., *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p.313

CAPELLI F., *Conflitto fra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte costituzionale italiana*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p.289

CARANTA R., *Governmental Liability after Francovich*, in *The Cambridge Law Journal*, 1993, p.272

CARBONE S.M. - SORRENTINO F., *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I, p.654

CARNELUTTI A.: *L'arrêt "Francovich Bonifaci". L'obligation des Etats membres de réparer les dommages causés par les violations du droit communautaire*, in *Revue du marché unique européen*, 1992, p.187

CARTEI G.F., *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p.733

CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Il Foro italiano*, 1996, IV, Col.321

CATALANO N., *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, in *Giustizia civile*, 1978, I, p.816

CHABOT G., *Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE*, in *La Semaine juridique - édition générale*, 2005, II, p. 10079

CHEROT J.Y., *Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'Etat octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2007, n. 4, p.108

CHEROT J.Y., *Une décision de la Commission déclarant une aide compatible n'a pas pour conséquence de régulariser, a posteriori, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par l'article 88, paragraphe 3, CE, même si elle précise qu'elle porte sur une période antérieure à son adoption*, in *Concurrences : revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 4, p.108

CONDINANZI M. - MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009

CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, I p.669

CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p.225

CONSTANTINESCO V., *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, in *Journal du droit International*, 1992, p.426

D'ALESSANDRO E., *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giustizia civile*, 2000, p.1903

DE MELLO X., *Arbitrage et droit communautaire*, in *Revue de l'arbitrage*, 1982, p.390; M. FRIEND, *EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators*, in *The Law Quarterly Review*, 1983, p.356

DE WITTE B., *The Continuous Significance of Van Gend en Loos, The Past and Future of EU Law*, in *The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, p.9

DURANTE F., *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p.415

DO T. U., *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Lucchini"*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n. 3, p.732

DUBOIS L., *La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 1992, p.1

DUFFY P., *Damages against the State: A New Remedy for Failure to Implement Community Obligations*, in *European Law Review*, 1992, p.133

DUBOIS L., *La responsabilité de l'Etat législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son*

incidence sur la responsabilité de la Communauté, in *Revue française de droit administratif*, 1996, p.583

EMILIOU N., *State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle?*, in *European Law Review*, 1996, p.39

ELSING S. H., *References by Arbitral Tribunals to the European Court of Justice for Preliminary Rulings*, in *Austrian Yearbook on International Arbitration 2013*, p.45

FINES F., *La garantie atténuée du droit à réparation*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p.90

FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*; 2008; p.193

FRANCHINI A., *Il diritto comunitario tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1978, IV, p.116

FURSE M. - D'ARCY L., *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton: EC Competition Law and Arbitration*, in *European Competition Law Review*, 1999, p.392

GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *L'arrêt du 9 mars 1978 de la Cour de justice des Communautés européennes et la règle de l'application directe du droit communautaire dans le droit interne des Etats membres*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, p.24

GOFFIN L., *De la prééminence absolue du droit communautaire européen sur le droit national des Etats membres (A propos de l'arrêt Simmenthal du 9 mars 1978)* in *Journal des tribunaux*, 1978, p.392

GOLETTI G.B., *Diritto comunitario e responsabilità nazionali*, in *Il Foro amministrativo*, 1996, p.2184

GORMLY W. P., *The Future Role of Arbitration within the EEC: The Right of an Arbitration to Request a Preliminary Ruling pursuant to Article 177*, in *Saint Louis University Journal*, 1968, 4, p.550

HANFT J.E., *Francovich and Bonifaci v. Italy: EEC Member State Liability for Failure to Implement Community Directives*, in *Fordham International Law Journal*, 1991, p.1237

IDOT L., *Effet d'une décision de la Commission sur des demandes de remboursement*, in *Europe*, 2006, Décembre, Comm. n. 370, p.24

IDOT L., *Arbitration courts*, *European Competition Annual 2001*, Oxford, p.285

IDOT L., *Revue de l'arbitrage*, 1999, p.639

IDOT L., *Arbitration and EC law*, in *International Business Law Journal*, 1996, p. 561

LAJOLO F., *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p.724

LAUDISA L., *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p.591

LEW J. D. M. - MISTELIS L. A. - KRÖLL S., *Arbitration and European Law*, in *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 477

LUZZATTO R., *Illegittimità costituzionale o illegittimità "comunitaria" di leggi interne?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, p.145

MANZELLA G.P., *Responsabilità dello stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p.428

MARCH HUNNINGS N., *Rival Constitutional Courts: A Comment on Case 106/77*, in *Common Market Law Review*, 1978, p.483

MARESCA D. - PELLERITI S., *La regolazione del diritto di accesso alle infrastrutture portuali e aeroportuali*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, n. 2 e 3, 2009, p.107

MARESCA M., *L'evoluzione del diritto dell'Unione Europea in materia di trasporti e infrastrutture*, Milano, 2014, p.193

MARINAI S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p.689

MINOZZI E., *Norme nazionali di rinvio al diritto comunitario per la disciplina di situazioni puramente interne e competenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1998, p.1103-1117

MONACO R., *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p.287

MORI P., *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giustizia civile*, 1992, II, p.513

MORTEN B. - NIELS F., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014

MOSCONI F., *Contrasto tra norma comunitaria e norma interna posteriore: possibili sviluppi dopo la sentenza 106/77 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1978, p.515

MOURRE A., *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais*, 2000, p.127

NEBBIA P., *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *European Law Review*, 2008, p.427

NEGRELLI A., *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p.1217

NIZZO C., *La Corte di giustizia e la competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, norme nazionali modellate su disposizioni comunitarie*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p.998-1002

OLIK M. - FYBACH D., *The Competence of Investment Arbitration Tribunal to seek Preliminary Ruling from the European Courts*, in *Czech Yearbook of International Law*, 2011

ORLANDI M., *Responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai cittadini dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, p.456

PAONE P., *Primato del diritto comunitario e disapplicazione del diritto degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p.429

PAU G., *Sui limiti di rilevanza del diritto comunitario nel sistema giuridico italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p.277; POCAR F., *E' sempre necessaria la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna contrastante con quella comunitaria?*, in *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, p.251

PERONI G., *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, p.221

PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia civile*, 2008, I, p.559

PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Il Foro italiano*, 1992, IV, Col.150

PRIMICERI S. - LEANZA P., *L'intangibilità del giudicato e i limiti imposti dalla Corte di giustizia con la sentenza Lucchini. Osservazioni*, in *Diritto e Politiche dell'Unione Europea*, 2008, p.69

PUNZI C., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p.235

RADICATI DI BROZOLO L. G., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p.665

RASIA C., *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale: nuovo confronto tra gabbie ideologiche, funzionalità degli scambi, esigenze di tutela effettiva*, in *Il Corriere giuridico*, 2006, p.21

RICCI E. F., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p.710

RUSSO SPENA F., *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p.163

SCHOCKWEILER F., *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, p.27

SCHWAIGER M., *The Courts-Preliminary Ruling According to Article 234 EC Treaty and Arbitral Tribunals*, in *Austrian Arbitration Yearbook 2007*, p.303

SCODITTI E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro italiano*, 2007, IV, Col.533

SCORRANO M. G., *Il principio dell'effetto utile*, in *L'Ordinamento Europeo*, 2006, 2, p.349.

SHELKOPLYAS N., *European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, p.569

SMITH H., *The Francovich Case: State Liability and the Individual's Right to Damages*, in *European Competition Law Review*, 1992, p.129

STEINER J., *From Direct Effects to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993, p.3

STILE M.T., *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p.733

TELCHINI I., *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, 3, p.247

TIZZANO A., *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos : 1963-2013 : actes du colloque*, Luxembourg, 13 mai 2013

TRIFONE L., *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause "Brasserie du Pêcheur", "Factortame III" e "Hedley Lomas"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p.63

TORIELLO F., *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario: prime osservazioni in tema di illecito "legislativo" comunitario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, p.502

USHER J., *The Primacy of Community Law*, in *European Law Review*, 1978, p.214

VITALE G., *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p.595

WOOLDRIDGE F. - D'SA R.M., *ECJ Decides Factortame (N. 3) and Brasserie du Pêcheur*, in *European Business Law Review*, 1996, p.161

VAN HOUTTE H., *Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty? A State of Affairs*, in *Asa Bulletin*, 2005, p.431

ZUFFI B., *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p.382

ELENCO DELLE DECISIONI CITATE

Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta p.00003

Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Sig.ra G. Gøebbels, vedova Vaassen c. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, Raccolta p. 00408

Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt*, Raccolta p. 419

Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*, Raccolta p.00491

Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Raccolta, p. 01989

Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, Raccolta p.00629
Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1981, causa 246/80, *C. Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, Raccolta p.02311

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Raccolta p.03727

Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa 102/81, *"Nordsee" Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, Raccolta p.01095

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica federale di Germania*, Raccolta p. 2633

Ordinanza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa 46/87, Hoechst AG c. Commissione delle Comunità europee, Raccolta p.1549

Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*, Raccolta p. 3199

Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, Raccolta p. I - 2466

Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause C-6 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, Raccolta p. I-5357

Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Gemeente Almelo and Others c. Energiebedrijf IJsselmij*, Raccolta p.I-1477

Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*, Raccolta, p. I-04599

Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e la Regina c. Segretario di Stato al trasporto*, Raccolta p. I-01029

Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Raccolta p.I-01029

Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri*, Raccolta, p. I-03547

Sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 1997, *Leur-Bloem c. Inspecteur der Belastingdienst*, in causa C-28/95, Racc. 1997 p. I-04161

Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, Raccolta p.I-4961

Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1998, causa C-134/97, *Victoria Film A/S c. Regno di Svezia*, Raccolta p.I-07023

Sentenza della Corte di giustizia del 1 dicembre 1998, causa C-326/96, *B. S. Levez c. T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Raccolta p.I- 7857

Sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 1999, causa C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for Home Department*, Raccolta p. I-1209

Sentenza della Corte di giustizia del 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, Raccolta p.3055

Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc*, Raccolta p.I-3201

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2001, C-178/99, *Bezirksgericht Bregenz c. Austria*, Raccolta p.I-04421.

Ordinanza della Corte di giustizia del 10 luglio 2001, causa C-86/00, *Amtsgericht Heidelberg c. Germania*, Raccolta p.I-05353

Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland c. Austria*, Raccolta p.I-4573

Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, Raccolta p.I-10239

Sentenza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier c. Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA*, Raccolta p. I-00923

Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*, Raccolta p.I-05177

Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol*, Raccolta p.I-09957

Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, Raccolta p. I-02271

Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, Raccolta, p. I-06199

Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2008, causa C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, Raccolta p.I-685

Sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, Raccolta p. I-10467

Ordinanza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-49/13, *MF 7 a.s. v. MAFRA a.s.*, non ancora pubblicata in Raccolta

Conclusioni

Partendo dall'ultima parte del lavoro è possibile cominciare a tracciare le conclusioni. L'apparato ricostruttivo del diritto sostanziale alla certezza giuridica sarebbe, infatti, inutile senza la precisazione degli strumenti di applicazione pratica che consentano di garantire la relativa tutela giurisdizionale.

Consapevoli della tradizionale resistenza delle autorità giudiziarie nazionale rispetto all'applicazione diretta del diritto dell'Unione europea, si è comunque deciso di analizzare gli strumenti processuali astrattamente nella disponibilità delle imprese europee al fine di tracciare una sorta di percorso di tutela strettamente correlato alle diverse situazioni in cui la certezza del diritto può svolgere la propria funzione di stabilità.

Proprio la stabilità del mercato costituisce l'obiettivo di tutela della certezza del diritto. Si tratta del punto di arrivo del suddetto percorso il quale è, invece, comprensibile attraverso una lettura ragionata delle conclusioni di ciascun capitolo del presente lavoro.

Si fa riferimento, in primo luogo, all'individuazione della valenza giuridica della certezza del diritto. Il primo capitolo, attraverso un'analisi della fenomenologia giurisprudenziale, ha circoscritto l'analisi al diritto primario dell'Unione europea ed, in particolare, ai principi generali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. A tale categoria appartiene, infatti, il principio oggetto del presente lavoro; codesta appartenenza non si riduce ad una mera classificazione formale ma, al contrario, implica una serie di conseguenze giuridiche direttamente percepibili dagli operatori del mercato europeo. Infatti, la certezza del diritto diventa sovra ordinata non solo al diritto nazionale ma anche al diritto dell'Unione europea derivato.

Ciò che, invece, risultava controverso era il coordinamento dello stesso principio rispetto alle altre norme del diritto primario. Proprio quest'ultimo elemento ha costituito il primo risultato dell'analisi scientifica condotta nei primi due capitoli; in sostanza, sono stati individuati due modelli di contemperamento tra principi comunitari cogenti appartenenti alla medesima categoria gerarchica. Il modello *Albany* prevede la prevalenza di un principio rispetto all'altro postulando la necessaria soccombenza di quello meno funzionale agli obiettivi della politica comunitaria. Il modello *Viking* conduce, invece, a ritenere possibile la contestuale applicazione di due norme di pari grado seppur apparentemente confliggenti sotto il profilo del contenuto precettivo; in tale prospettiva, il bilanciamento tra esigenze incompatibili, come la certezza del diritto e la regolazione autoritativa

dell'economia, la proporzionalità diventa il principale parametro di riferimento.

L'individuazione della proporzionalità, come criterio di applicazione della certezza del diritto, in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea, ha condotto all'individuazione delle concrete forme di tutela della stabilità del quadro giuridico ed economico. Nel secondo capitolo si sono, quindi, definite le due modalità di applicazione della certezza del diritto: la prima nella fase di accesso al mercato e la seconda nell'esercizio a valle dell'attività economica.

Il primo momento si caratterizza per la garanzia della parità di trattamento da parte delle amministrazioni pubbliche competenti nella definizione del quadro regolatorio cristallizzato per l'accesso al mercato: se, infatti, il Trattato pare limitarsi a sanzionare le mere discriminazioni sulla base della nazionalità, l'applicazione giurisprudenziale e l'elaborazione dottrinale delle regole sul mercato interno hanno condotto a dare rilevanza anche alle misure autoritative che limitano l'accesso al mercato a prescindere dalla mera discriminazione, conducendo alla protezione anche delle c.d. situazioni puramente interne.

Di conseguenza, il medesimo trattamento giuridico di tutela verso gli investitori stranieri il cui investimento rischi di essere frustrato da interventi imprevisti e/o imprevedibili da parte degli Stati membri, va, oggi, riconosciuto anche alle imprese che si limitano ad operare all'interno del territorio nazionale. Risulterà, comunque, fondamentale effettuare un bilanciamento tra la suddetta certezza del diritto e le ulteriori esigenze di carattere generale che stanno alla base dell'adozione delle misure autoritative: l'idoneità a raggiungere l'obbiettivo pubblicistico e l'impossibilità di adottare misure meno invasive costituiscono i due parametri di dettaglio che consentono di rispettare la proporzionalità e, quindi, di considerare legittimo l'intervento dello Stato nel mercato.

Si connota, invece, in modo diverso la certezza del diritto rispetto alla fase di esecuzione delle attività economiche. Se, infatti, il diritto della concorrenza parrebbe garantire la libertà delle imprese anche dalla indebita intrusione delle pubbliche amministrazioni, oltre che dagli abusi, le medesime regole scontano talune difformità di applicazione giurisprudenziale che oscillano tra la definizione del rigido divieto delle condotte e degli accordi tra imprese fino alla valutazione della ragionevolezza degli stessi rispetto agli ulteriori obiettivi di carattere pubblicistico: anche in questo caso, la Corte di giustizia, pur non avendo mai riconosciuto una completa applicazione della c.d. *rule of reason*

statunitense, ha condotto all'applicazione di una sorta di proporzionalità adattata alle esigenze della tutela della concorrenza. Vengono, così, giustificati accordi tra imprese, pratiche concordate o abusi di posizione dominante che conseguono il risultato di provocare un beneficio ai consumatori o una maggiore tutela di ulteriori esigenze pubblicistiche che vanno temperate con la libera concorrenza.

In ogni caso, che si tratti di accesso al mercato o di tutela della concorrenza, la certezza del diritto rimane una prerogativa assoluta per le imprese che necessita di un costante bilanciamento con le ulteriori norme dei Trattati. Chiamati al materiale esercizio di temperamento sono, in prima battuta, i giudici nazionali che, attraverso gli esaminati strumenti processuali, possono dare diretta applicazione ai principi esposti nel corpo del lavoro nonché apprestare una tutela effettiva alle imprese i cui diritti hanno subito una compressione.

Rimane, tuttavia, un grosso limite all'operatività della certezza del diritto: la sua fonte comunitaria fa sì che la relativa applicazione diretta sia invocabile solamente nelle materie che rientrano nel campo d'applicazione del diritto dell'Unione europea; ed è per tale ragione che, verso la fine del lavoro, si è auspicata e teorizzata l'ipotesi di introdurre una norma nazionale di richiamo alla certezza del diritto affinché anche le fattispecie attualmente non coperte dalla protezione comunitaria possano giovare della medesima protezione ed armonizzare un sistema economico la cui stabilità diventa progressivamente sempre più importante tanto per gli investitori stranieri quanto per le imprese nazionali.