

Giornale di diritto amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza,
prassi e opinioni

ANNO XV - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milano/Porto Assago (MI)

9 2009

www.ipsoa.it/giornaledidirittoamministrativo

**Trattato di Lisbona:
la Germania frena**

**Bonifica, danno ambientale
e transazioni globali**

**I rapporti tra Corti europee
nel conflitto tra ordinamenti**

DIRETTORE SCIENTIFICO
Sabino Cassese

COMITATO SCIENTIFICO
Francesco Battini
Luigi Carbone
Giulio Vesperini
Gino Mancini



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

NORME

Ambiente	ALLA RICERCA DELLA «PIETRA FILOSOFALE»: BONIFICA, DANNO AMBIENTALE E TRANSAZIONI GLOBALI Decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 208, conv. con modif. dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13 Commento di <i>Francesco Fonderico</i>	917
	RASSEGNA DELLA NORMATIVA STATALE a cura di <i>Umberto G. Zingales</i>	930
	RASSEGNA DELLA NORMATIVA REGIONALE a cura di <i>Corrado Cardoni, Luca Castelli, Francesca Di Lascio, Chiara Lieto</i>	933

GIURISPRUDENZA

Diritti fondamentali	ESERCIZI DI DIALOGO: I RAPPORTI TRA CORTI EUROPEE NEL CONFLITTO TRA ORDINAMENTI Corte europea dei diritti umani, sez. III, 20 gennaio 2009, n. 13645/09 Commento di <i>Elisa D'Alterio</i>	942
Emissions trading	IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E IL MERCATO COMUNITARIO DELLE EMISSIONI INQUINANTI Corte di giustizia delle Comunità europee, grande sezione, sentenza 16 dicembre 2008, causa C -127/07 Commento di <i>Marta D'Auria</i>	955
Contratti pubblici	DINIEGO DI AGGIUDICAZIONE E RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 2 febbraio 2009, n. 526 Commento di <i>Giovanni Francesco Nicodemo</i>	960
Imprese pubbliche	OLTRE LA TUTELA DELLA CONCORRENZA: LE FORME GIURIDICHE NAZIONALI DI ESERCIZIO DELL'IMPRESA PUBBLICA Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101 e Consiglio di Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215 Commento di <i>Dario Casalini</i>	969

Osservatori

	CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Marco Pacini</i>	978
	CORTE DI GIUSTIZIA E TRIBUNALE DELLE COMUNITÀ EUROPEE a cura di <i>Edoardo Chiti e Laura Segni</i>	980
	CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Pina Carluccio e Renato Finocchi Gheri</i>	981
	CORTE DI CASSAZIONE a cura di <i>Manuela Limentani e Manuela Veronelli</i>	983
	CONSIGLIO DI STATO - DECISIONI a cura di <i>Luigi Carbone e Luciana Lo Meo</i>	984
	TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI a cura di <i>Giulia Ferrari</i>	991
	CORTE DEI CONTI a cura di <i>Francesco Battini</i>	996
	AUTORITÀ INDIPENDENTI a cura di <i>Antonella Albanesi e Elisabetta Freni</i>	999

DOCUMENTI

Unione europea	TRATTATO DI LISBONA: LA GERMANIA FRENA <i>BundesVerfassungsGericht</i> , 2 BvE 2/08 vom 30 juni 2009, Absatz-Nr. (1-421) L'Unione europea e il guinzaglio tedesco, di <i>Sabino Cassese</i>	1003
	<i>Am deutschen Volke</i> , di <i>Mario P. Chiti</i>	1008

LIBRI

SEGNALAZIONI E RECENSIONI	1014
---------------------------	-------------

INDICI

1016

Giornale di diritto amministrativo

Sommario

Hanno collaborato:
Antonella Albanesi

Francesco Battini
Luigi Carbone
Corrado Cardoni
Pina Carluccio
Dario Casalini
Sabino Cassese
Luca Castelli
Edoardo Chiti
Mario P. Chiti
Elisa D'Alterio
Marta D'Auria
Francesca Di Lascio
Francesco Fonderico
Giulia Ferrari
Renato Finocchi Ghersi
Elisabetta Freni

Chiara Lieto
Manuela Limentani
Luciana Lo Meo
Giovanni F. Nicodemo
Marco Pacini

Laura Segni
Manuela Veronelli

Umberto G. Zingales

Dottoranda di ricerca in diritto pubblico dell'economia nella Facoltà di economia e commercio dell'Università «La Sapienza» di Roma
Presidente di Sezione della Corte dei conti
Consigliere di Stato
Funzionario comunale
Magistrato ordinario
Dottore di ricerca in diritto pubblico nella Facoltà di economia dell'Università di Torino
Giudice della Corte costituzionale
Assegnista di ricerca in diritto pubblico nell'Università «Luiss» di Roma
Professore associato di istituzioni di diritto dell'Unione europea nella Facoltà di scienze politiche dell'Università della Tuscia
Professore ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di scienze politiche dell'Università di Firenze
Professore a contratto di diritto amministrativo nella Facoltà di scienze politiche dell'Università di Urbino «Carlo Bo»
Dottore di ricerca in diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Ricercatore di diritto amministrativo nella Facoltà di scienze politiche dell'Università degli studi «Roma Tre»
Avvocato in Roma
Magistrato dei Tar
Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione
Dottore di ricerca in organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»
Esperta di regolamentazione
Funzionario presso il Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri
Collaboratore della cattedra di diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Dottore di ricerca in organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Dottore di ricerca dell'Istituto universitario europeo di Firenze
Dottore di ricerca in organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Consigliere della Corte Costituzionale

Giornale di diritto amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza,
prassi e opinioni

REDAZIONE

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati
scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione **Giornale di diritto amministrativo**
Mensile di legislazione, giurisprudenza,
prassi e opinioni
Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.024 - telefax (02) 82476.079
indirizzo e-mail: redazione.giornaledirittoamministrativo.ipsoa@wki.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Donatella Treu

DIRETTORE SCIENTIFICO

Sabino Cassese

COMITATO SCIENTIFICO

Francesco Battini, Luigi Carbone, Giulio Vesperini,
Gino Mancini

REDAZIONE

Rita Vernillo, Giuseppina Zanin

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

ABCompos s.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

PUBBLICITÀ:

db Consulting
EVENTS & ADVERTISING
db Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 637
del 5 dicembre 1994

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-
dicembre; rolling: 12 mesi dalla data
di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza
di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data
di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare
a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it

INDIRIZZO INTERNET

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione
on line della Rivista, consultabile all'indirizzo
www.ipsoa.it/giornaledirittoamministrativo

ITALIA

Abbonamento annuale: € 205,00

con i Quaderni del Giornale di Diritto Amministrativo
diretti da Sabino Cassese: € 256,00

con i codici legali € 270,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 410,00

MAGISTRATI E UDITORI GIUDIZIARI

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale
alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di
zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via
posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6,
20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-
82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni
Commerciali al n. 02-82476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante

l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere
iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6,
Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della
rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 20,00

Sono disponibili le annate arretrate rilegate al prezzo
di € 200,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972; n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La in-
formiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base infor-
matico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia
S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco ag-
giornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere ri-
chiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società.
I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e so-
cietà esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari
autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale ammi-
nistrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi
dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiorn-
are, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare
tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione
scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori,
Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Rapporti tra ordinamenti

Esercizi di dialogo: i rapporti tra Corti europee nel conflitto tra ordinamenti

Corte europea dei diritti umani, sez. III, 20 gennaio 2009, application n. 13645/05 - *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. Netherlands*.

(...) Ricorre la presunzione per cui uno Stato membro non viene meno all'osservanza degli obblighi della Convenzione qualora esegua le obbligazioni derivanti dalla propria appartenenza ad un'organizzazione internazionale alla quale ha trasferito parte della propria sovranità, a patto che tale organizzazione garantisca la tutela dei diritti fondamentali, sia attraverso l'offerta di apposite garanzie, sia mediante relativi meccanismi di controllo, in un modo che risulti almeno equivalente a quello previsto dalla Convenzione. Come corollario, questa presunzione si applica non solo all'attività di uno Stato membro, ma anche alle procedure poste in essere nell'ambito della stessa organizzazione internazionale, in particolare, alle procedure della Corte di giustizia europea. A tal riguardo, la Corte afferma, inoltre, che una tale protezione non deve essere necessariamente identica a quella prevista dall'articolo 6 della Convenzione; la presunzione può venire meno solo se la protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione sia manifestamente insufficiente.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<i>Conforme:</i> ECHR, <i>Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland</i> , Application no. 45036/98, 30 giugno 2005; ECHR, <i>Kress v. France</i> , Application n. 39594/98, 7 giugno 2001; ECHR, <i>JJ v. The Netherlands</i> , Application n. 21351/93, 27 marzo 1998; ECHR, <i>Orshoven v. Belgium</i> , Application n. 20122/92, 25 giugno 1997; ECHR, <i>Vermeulen v. Belgium</i> , Application n. 19075/91, 20 febbraio 1996; ECHR, <i>Lobo Machado v. Portugal</i> , Application n. 15764/89, 20 febbraio 1996; Corte di giustizia Ce, 4 febbraio 2000, causa 17/1998, <i>Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba</i> , in Racc., 2000, I-665. <i>Difforme:</i> ECHR, <i>Matthews v. the United Kingdom</i> , Application n. 24833/94, 18 febbraio 1999.
Dottrina	G. Harpax, <i>The European Court of Justice and Its Relationship with the European Court of Human Rights: The Question for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy</i> , in <i>Common Market Law Review</i> , n. 46, 2009, 115; L. Garlicki, <i>Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe</i> , in <i>International Journal of Constitutional Law</i> , n. 6, 2008, 509-530; L. Tomasi, <i>Il dialogo tra corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona</i> , in <i>Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona</i> , a cura di M.C. Baruffi, Padova, 2008; M. De Salvia e V. Zagrebelsky (a cura di), <i>Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee</i> , Milano, 2007; M.E. Giannusa, <i>La Cedu e l'Unione europea</i> , in <i>I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee</i> , a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 91 ss.; S. Douglas-Scott, <i>A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis</i> , in <i>Common Market Law Review</i> , 2006, 639 ss.; A. Bultrini, <i>La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa</i> , Torino, 2004.

Omissis.

Il commento di Elisa D'Alterio

La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia in materia di rapporti tra il sistema Cedu e l'ordinamento comunitario, nell'ambito di un ricorso promosso da una cooperativa nei confronti della Comunità europea e dello Stato olandese, per la violazione di disposizioni della Convenzione da parte di un'istituzione comunitaria. Il giudice di Strasburgo, secondo un costante orientamento, rigetta il ricorso, escludendo che vi sia stata violazione dei parametri Cedu. L'ordinamento comunitario offre nella fattispecie una «protezione equivalente» dei diritti fondamentali tutelati dalla Cedu e la ricorrente non ha provato la natura manifestamente insufficiente delle garanzie.

Il fatto

La *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A.* è una cooperativa che pratica la pesca meccanica del cardio nei mari nordici (1). Sia nel luglio del 1999 che nel luglio del 2000, la cooperativa ottiene dall'autorità olandese la licenza per pescare un certo quantitativo di cardi, per un periodo di circa tre mesi e mezzo (2).

Un'associazione ambientalista (3), con il sostegno di altre organizzazioni non governative (4), presenta, in entrambe le circostanze, un'obiezione al rilascio delle licenze, segnalando il grave impatto ambientale provocato dalla pesca meccanica del cardio (5). Inoltre, l'associazione lamenta la violazione dell'art. 6 della direttiva 92/43/Cee in materia di tutela ambientale (6). L'autorità olandese rigetta entrambe le obiezioni (7).

L'associazione impugna, pertanto, i provvedimenti di rigetto dinanzi al giudice amministrativo olandese. In questa sede, viene sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, relativamente alla compatibilità del regime regolato dal *Nature Conservation Act* con la direttiva comunitaria (8). La decisione della Corte è preceduta, come di regola, dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, ove viene formulata un'interpretazione piuttosto restrittiva delle norme della direttiva (9). La cooperativa (*PO Kokkelvisserij*), in quanto parte interessata, chiede di poter replicare a tali Conclusioni. Il giudice comunitario, non solo, rigetta la richie-

Note:

(1) Il cardio è un mollusco marino, chiamato anche «noce di mare», il cui nome deriva dalla sua singolare forma a cuore. È un prelibato frutto di mare, presente in grandi quantità nel Mare del Nord e nel Mare di Wadden. I suoi naturali predatori sono gli edredoni (*somateria mollissima*) e una particolare tipologia di uccelli marini (*haematopus ostralegus*). Entrambe le specie sono protette, poiché in via di estinzione. Per questa ragione, il Mare di Wadden è riserva naturale e, in particolare, una sua parte, sottoposta alla sovranità dello Stato olandese, è tutelata dal *Nature Conservation Act* del 1967.

(2) L'art. 16 del *Nature Conservation Act* stabilisce che le attività di caccia e uccisione di animali nelle aree protette sono soggette a licenza rilasciata dal *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

(3) Si tratta della *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*.

(4) Le organizzazioni sono, rispettivamente, la *Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels* e la *Netherlands Society for the Protection of Birds*.

(5) In particolare, tale tecnica di pesca provocherebbe danni ambientali irreversibili nella zona del Mare di Wadden. Peraltro, i quantitativi di pesca del cardio ammessi nelle licenze risultano troppo elevati in rapporto al quantitativo che deve, invece, essere preservato per il fabbisogno dei naturali predatori. Nella seconda obiezione, si segnala poi come, negli ultimi anni, si sia re-

gistrata una grave riduzione del numero di edredoni e di uccelli marini del Mare di Wadden, causata, presumibilmente, dalle suddette pratiche di pesca.

(6) Il sistema olandese di rilascio delle licenze di pesca si baserebbe su un controllo dell'impatto ambientale non adeguato al regime comunitario. L'art. 6 della direttiva comunitaria recita quanto segue: «1. For special areas of conservation, Member States shall establish the necessary conservation measures involving, if need be, appropriate management plans specifically designed for the sites or integrated into other development plans, and appropriate statutory, administrative or contractual measures which correspond to the ecological requirements of the natural habitat types in Annex I and the species in Annex II present on the sites. 2. Member States shall take appropriate steps to avoid, in the special areas of conservation, the deterioration of natural habitats and the habitats of species as well as disturbance of the species for which the areas have been designated, in so far as such disturbance could be significant in relation to the objectives of this Directive. 3. Any plan or project not directly connected with or necessary to the management of the site but likely to have a significant effect thereon, either individually or in combination with other plans or projects, shall be subject to appropriate assessment of its implications for the site in view of the site's conservation objectives. In the light of the conclusions of the assessment of the implications for the site and subject to the provisions of paragraph 4, the competent national authorities shall agree to the plan or project only after having ascertained that it will not adversely affect the integrity of the site concerned and, if appropriate, after having obtained the opinion of the general public. (...)».

(7) In particolare, nella prima decisione del *Minister* (23 dicembre 1999), si evidenzia che il Mare di Wadden risulta chiuso alla pesca meccanica del cardio e che, in ogni caso, non c'è alcuna prova della irreversibilità degli effetti di una tale tecnica sull'ambiente marino. Inoltre, il quantitativo di pescaggio previsto dalla licenza non incide sul quantitativo di cardi da preservare ai fini dell'alimentazione dei naturali predatori. Nella seconda decisione di rigetto (19 febbraio 2001), viene negata la violazione delle norme comunitarie, ritenendo che il regime nazionale sia equivalente al regime europeo, oltre che basato sulla necessaria disponibilità di dati scientifici. Inoltre, si ritiene che non risulti provato il pericolo ambientale provocato dalla pesca del cardio e che, pertanto, non vi sia alcuna minaccia alla sopravvivenza degli edredoni e degli uccelli marini del Mare di Wadden.

(8) Nell'ambito del rinvio pregiudiziale vengono formulati cinque quesiti. In particolare, si chiede se l'espressione «plan or project», usata dalla direttiva comunitaria, comprenda anche l'attività di rilascio delle licenze, come nella fattispecie in esame. Si chiede, inoltre, in caso di risposta negativa al primo quesito, di precisare quali attività rientrino nell'ambito di applicazione dei par. 2 e 3 dell'art. 6 della suddetta direttiva; si domanda, altresì, di precisare il significato delle espressioni «appropriate steps» e «appropriate assessment» e dell'assenza di «obvious doubt» sulla produzione di effetti dell'attività. Infine, si chiede se la direttiva abbia nella fattispecie un'efficacia immediata e sia direttamente invocabile dinanzi al giudice nazionale.

(9) In sintesi, l'Avvocato Generale afferma che la direttiva richiede che i regimi nazionali di rilascio di licenze, ai fini dell'esercizio di attività aventi impatto ambientale («plan and project»), tengano conto, primariamente, degli effetti negativi sull'ambiente. A tal riguardo, l'Avvocato Generale indica i caratteri che deve avere un regime «appropriate» e afferma che «the competent authorities may agree to a plan or project only where, having considered all the relevant information, in particular the appropriate assessment, they are certain that the integrity of the site concerned will not be adversely affected. This presupposes that the competent authorities are satisfied that there is no reasonable doubt as to the absence of such adverse effects». Infine, egli invita le parti a discutere sull'interpretazione di alcuni passaggi della norma comunitaria.

sta (10), ma aderisce anche in buona parte all'interpretazione formulata dall'Avvocato Generale (11).

Alla luce della decisione della Corte di giustizia (12), il giudice olandese annulla le licenze rilasciate alla *PO Kokkelvisserij* (13). La *PO Kokkelvisserij* ricorre, quindi, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), per il rifiuto del giudice comunitario di ammettere la richiesta di replica alle Conclusioni dell'Avvocato Generale, presentata dalla ricorrente.

La decisione

La cooperativa contesta, innanzi tutto, che le Conclusioni dell'Avvocato Generale contengano errori di fatto e di diritto. Inoltre, l'Avvocato Generale non avrebbe tenuto conto degli interessi e delle argomentazioni della ricorrente. Pertanto, la cooperativa sostiene che il governo olandese e la Comunità europea abbiano violato il proprio diritto al *fair hearing*, previsto dall'art. 6 della Cedu, per il rifiuto della Corte di giustizia di ammettere la richiesta di replica alle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Nel ricorso si evidenzia, altresì, che le garanzie partecipative sancite dall'art. 6 della Cedu prevarrebbero sull'art. 61 delle *Rules of Procedure*, ove si riconosce la facoltà della Corte di giustizia europea di riaprire la fase orale del processo in presenza di certe condizioni (14).

La Corte di Strasburgo rigetta la domanda della ricorrente, ritenuta infondata, articolando la propria decisione in tre paragrafi.

Nel primo, la Corte ammette l'applicabilità dell'art. 6 della Cedu alla procedura di rinvio pregiudiziale disciplinata dall'art. 234 Tce (15).

Nel secondo, il giudice di Strasburgo si interroga sulla possibilità di imputare alla Comunità europea, e più specificamente alla Corte di giustizia, la violazione della norma internazionale. Certamente, la Comunità ha personalità giuridica (art. 281 Tce); tuttavia, la stessa non ha ancora aderito alla Cedu. Pertanto, il ricorso nei confronti della sola Comunità risulta inammissibile *ratione personae*, in virtù dell'art. 35, par. 4, della Convenzione (16).

Nel terzo, la Corte verifica se la violazione sia, invece, imputabile al Regno di Olanda. Innanzi tutto, si prende atto che lo Stato olandese, oltre ad essere membro della Convenzione, è parte coinvolta direttamente nella controversia, poiché la procedura sovranazionale, nella quale si lamenta la violazione

del diritto al *fair hearing*, è stata attivata nell'ambito di un processo domestico, in cui una delle parti è

Note:

(10) Il giudice comunitario evidenzia come né lo Statuto, né le *Rules of Procedure* della Corte di giustizia prevedano la possibilità per le parti di presentare osservazioni in replica alle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Si esclude che la mancanza di una tale previsione violi il diritto di difesa, sancito dall'art. 6 della Cedu, invocato dalla parte. Il solo art. 61 delle *Rules of Procedure* prevede che la Corte d'ufficio o su richiesta dell'Avvocato Generale o delle parti possa riaprire il contraddittorio, qualora il giudice ritenga di possedere informazioni insufficienti o il caso debba essere deciso sulla base di questioni che non sono state discusse dalle parti. Nella fattispecie, la richiesta della *PO Kokkelvisserij* non conterrebbe precise indicazioni sull'utilità o necessità di riapertura del contraddittorio.

(11) In sintesi, la Corte afferma che la pesca meccanica del cardo può essere autorizzata solo qualora si abbia la certezza, fondata su appositi dati scientifici, che l'attività non incida sull'integrità ambientale del sito: «4. Under Article 6(3) of Directive 92/43, an appropriate assessment of the implications for the site concerned of the plan or project implies that, prior to its approval, all the aspects of the plan or project which can, by themselves or in combination with other plans or projects, affect the site's conservation objectives must be identified in the light of the best scientific knowledge in the field. The competent national authorities, taking account of the appropriate assessment of the implications of mechanical cockle fishing for the site concerned in the light of the site's conservation objectives, are to authorise such an activity only if they have made certain that it will not adversely affect the integrity of that site. That is the case where no reasonable scientific doubt remains as to the absence of such effects. 5. Where a national court is called on to ascertain the lawfulness of an authorisation for a plan or project within the meaning of Article 6(3) of Directive 92/43, it can determine whether the limits on the discretion of the competent national authorities set by that provision have been complied with, even though it has not been transposed into the legal order of the Member State concerned despite the expiry of the time-limit laid down for that purpose».

(12) Corte di giustizia Ce, 7 settembre 2004, causa 127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee and Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, in *Racc.*, 2004, I-7405.

(13) In questa sede, il *PO Kokkelvisserij* sostiene che il giudice comunitario abbia agito *ultra vires* nell'interpretazione delle norme comunitarie, ritenendo erroneamente che il regime del rilascio delle licenze di pesca del cardo rientri nelle definizioni di «plan» o «project», alle quali fa riferimento la direttiva. Inoltre, il processo dinanzi l'istituzione comunitaria si sarebbe svolto in violazione dell'art. 6 della Cedu, non essendo stata data la possibilità al rappresentante legale della cooperativa di replicare alle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Il giudice olandese rigetta tutte le presenti censure.

(14) A sostegno di tale tesi la ricorrente cita alcune decisioni della Corte di Strasburgo: ECHR, 18 marzo 1997, *Kress v. France* e 3 marzo 2000, *Křemár and Others v. the Czech Republic*.

(15) In questo passaggio, il giudice decide di non approfondire le questioni del riconoscimento delle garanzie dell'art. 6 a una parte terza interessata e della previsione nella procedura di rinvio pregiudiziale di particolari diritti o obblighi in capo alla ricorrente.

(16) L'art. 35 della Cedu disciplina le condizioni di ricevibilità dei ricorsi e al par. 4 stabilisce che: «la Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento».

proprio una pubblica amministrazione olandese (17).

In secondo luogo, il giudice di Strasburgo ritiene che lo Stato olandese non violi le norme della Convenzione nell'assolvere gli obblighi che gli derivano dalla partecipazione ad un'organizzazione internazionale (la Comunità europea), alla quale ha trasferito parte della propria sovranità, e nella quale le garanzie e i meccanismi di controllo in materia di tutela dei diritti fondamentali si possono considerare «at least equivalent to that for which the Convention provides». Peraltro, la protezione offerta dal diverso ordinamento ultrastatale non deve essere «identical» a quella prevista dall'art. 6 della Cedu, salvo che la tutela dei diritti sanciti dalla Convenzione non risulti «manifestly deficient».

La procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 234 Tce offre «garanzie equivalenti». L'art. 61 delle *Rules of Procedure* prevede, infatti, la possibilità di riapertura del contraddittorio; tuttavia, la ricorrente non ha presentato prove sufficienti dell'utilità o della necessità di riaprire la fase orale del processo. Inoltre, la stessa, a seguito delle indicazioni del giudice comunitario nell'ambito del rinvio pregiudiziale, non ha dimostrato, in sede nazionale, «beyond reasonable scientific doubt», che la pesca meccanica del cardo non provochi alcun impatto ambientale. Pertanto, il giudice di Strasburgo ritiene che la ricorrente abbia avuto a disposizione diversi strumenti di garanzia dei propri diritti, escludendo, quindi, che la protezione offerta alla stessa sia stata «manifestly deficient».

I rapporti tra i due ordinamenti

Nella decisione *Coöperatieve Producentenorganisatie*, la Corte europea dei diritti dell'uomo affronta il problema dei rapporti tra il sistema Cedu e l'ordinamento comunitario (18).

Il sistema Cedu nasce nel 1950 e si afferma come il primo ordinamento regionale europeo di tutela dei diritti fondamentali, dotato di un proprio sistema giurisdizionale. Alla Corte di Strasburgo possono ricorrere sia gli Stati membri (ricorso «interstatale») (19), sia gli individui (ricorso «individuale») (20). L'accesso alla Corte è possibile solo in «ultimissima» istanza, subordinatamente all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni. Per questa ragione, si parla di una «giurisdizione sussidiaria delle libertà» (21).

Note:

(17) Per l'esattezza, si tratta del *Minister van Landbouw, Natuur-*

beheer en Visserij. Sul punto, il giudice di Strasburgo precisa che la fattispecie si differenzerebbe dal caso *Boivin* (ECHR, 9 settembre 2008, *Boivin v. France and Belgium and 32 other Member States of the Council of Europe*), dove si contesta una decisione di un tribunale internazionale, non soggetto al controllo giurisdizionale dei giudici degli Stati convenuti dinanzi alla Corte di Strasburgo.

(18) Sui rapporti tra il sistema Cedu e l'ordinamento comunitario esiste una vasta letteratura. Tra i lavori più datati si ricorda, in particolare, D. Curtin, T. Heukels (a cura di), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Shermers*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 485 ss.; J.H.H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, 1119 ss.; E.A. Alkema, *The Ec and the European Convention on Human Rights: Immunity and Impunity for the Community?*, in *Common Market Law Review*, 1979, 48 ss. Più recenti sono gli studi di G. Harpax, *The European Court of Justice and Its Relationship with the European Court of Human Rights: The Question for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, no. 46, 2009, 115; O. Pollicino, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzione giurisprudenziale e riflessi ordinamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2009, 1 ss.; L. Garlicki, *Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 6, 2008, 509-530; V. Sciarabba, *Tra fonti e corti: diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; L. Tomasi, *Il dialogo tra corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di M.C. Baruffi, Padova, Cedam, 2008; M. De Salvia e V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2007; M.E. Giannusa, *La Cedu e l'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 91 ss.; S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, 639 ss.; J.H.H. Weiler, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto fra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 175 ss.; A. Bultrini, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004; D. Nicol, *Lessons from Luxembourg: Federalisation and the Court of Human Rights*, in *European Law Review*, 2001, 17 ss.; A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1333; A.G. Toth, *The European Union and Human Rights: the Way Forward*, in *Common Market Law Review*, 1997, 497.

(19) Il ricorso «interstatale» può essere azionato da uno degli Stati contraenti per contestare una presunta violazione dei diritti umani, avvenuta nel territorio di un altro Stato membro.

(20) Si v. il Protocollo n. 11 del 1 novembre 1998, che ha formalizzato la possibilità del ricorso individuale alla Corte di Strasburgo. Il ricorso «individuale» può essere azionato dai soggetti direttamente lesi in uno dei diritti tutelati dalla Convenzione, nonché da gruppi e da organizzazioni non governative, comunque sottoposti alla giurisdizione di uno degli Stati che hanno ratificato la Convenzione, indipendentemente dalla loro nazionalità. L'accesso è escluso quando sono invocate lesioni non personali o danni meramente potenziali, o violazioni di diritti che non figurano nell'ambito materiale coperto dalla Convenzione.

(21) Si v. I. Canor, *Primus Inter Pares. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe?*, in *European Law Review*, 2000, 18 ss.

La Comunità europea non ha aderito alla Convenzione (22). Originariamente, la mancata adesione e la differenza di scopi istituzionali si sono tradotti in una divaricazione tra i due sistemi, entrambi caratterizzati da una forte indipendenza e non subordinazione agli ordinamenti degli Stati membri («separate but equal») (23). Tuttavia, verso la fine degli anni Sessanta, in corrispondenza al maggiore sviluppo del sistema comunitario, i due ordinamenti sono entrati in contatto tra loro. Con la sentenza *Stauder* (24), la Corte di giustizia riconosce, per la prima volta, che i diritti fondamentali sono parte dell'ordinamento comunitario, assumendo così il ruolo di garante degli stessi (25). In questo senso, tale decisione rappresenta una «invasione di campo» del giudice comunitario nella sfera di competenza del giudice di Strasburgo (26).

I giudici comunitari si sono serviti per molto tempo del rinvio alla Cedu come parametro di riferimento nei giudizi in materia di diritti fondamentali (27). Il ricorso a una medesima fonte da parte delle due corti non ha, comunque, determinato l'adozione di posizioni comuni. Al contrario, il giudice comunitario si è spesso discostato dalle interpretazioni del giudice di Strasburgo, fornendo, rispetto a una serie di disposizioni della Cedu, letture completamente divergenti (28). Inoltre, la garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario si afferma in modo funzionale alle esigenze dell'integrazione europea e agli obiettivi (economici) del Trattato (29).

La diversità di esigenze e finalità tra i due sistemi produce, almeno alle origini, livelli di tutela dei diritti fondamentali non coincidenti (30). Più esattamente, il livello di tutela offerto dall'ordinamento comunitario risulta «inferiore» a quello garantito dal sistema di Strasburgo.

Questo dato emerge in rapporto a diversi aspetti. Innanzi tutto, rileva la tendenza del giudice comunitario a far prevalere gli interessi economici del mercato comune, garantiti dai Trattati, sulla tutela di alcuni diritti (31). Anche la già accennata diver-

cente Trattato di Lisbona del 2007, è, comunque, prevista l'adesione formale della Comunità alla Cedu. Sul punto, si v. L.S. Rossi, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3, 1996, 839 ss.; G. Gaja, *Opinion 2/94*, in *Common Market Law Review*, 1996, 973 ss.; G. Tiberi, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, 437.

(23) Così, I. Canor, *Primus inter pares*, cit., 18. Si v. anche, M.E. Giannusa, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 94-95: «i due processi, dunque, parevano scorrere paralleli e fra loro impermeabili, senza ingerenze o sovrapposizioni reciproche, essendo preordinato, l'uno, a fornire l'ultima difesa all'individuo a tutela dei suoi diritti fondamentali, ed essendo finalizzato, l'altro, a costruire il mercato comune (...)».

(24) Corte di giustizia Ce, 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Racc.*, 1969, 420.

(25) Sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario esiste un'ampia letteratura. Si segnalano, in particolare, E. Pagano, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1996, 163 ss.; A. Tizzano, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, testo della relazione svolta al Convegno sul Cinquantenario dell'Anniversario della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, Roma, 11 dicembre 1998; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., 13 ss.

(26) Al riguardo, si parla di un *détriplement fonctionnel* tra organi giurisdizionali appartenenti a sistemi giuridici diversi, nel quale sono considerate anche le corti nazionali. Così, S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts*, cit., 639.

(27) Si noti che lo stesso art. 6, c. 2, del Trattato dell'Unione europea stabilisce che «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». La prima sentenza in cui la Corte ha rinviato alla Cedu è la sentenza 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili v. Ministre de l'intérieur*, in *Racc.*, 1975, 1219.

(28) Si v. Corte di giustizia Ce, 28 ottobre 1982., cause riunite 50-58/82, *Administrateur des Affaires Maritimes v. Dorca Marina et al.*, in *Racc.*, 1982, 3949; Corte di Giustizia Ce, 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem c. Commissione*, in *Racc.*, 1989, 3283; Corte di giustizia Ce, 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst AG v. Commissione*, in *Racc.*, 1989, 2859.

(29) Sul punto, si v. Corte di giustizia Ce, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125, ove il giudice comunitario afferma che la salvaguardia dei diritti «va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»; pertanto, la tutela dei diritti fondamentali è ammessa in quanto essi sono considerati parte dei principi comunitari.

(30) A tal riguardo, si è parlato dell'adozione di due *standard* di tutela. Così, M.E. Giannusa, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 95 ss.

(31) Sul punto, è interessante la sentenza *Solange I* del Tribunale federale costituzionale tedesco (29 maggio 1974), ove si afferma la possibilità di non dare applicazione, nell'ordinamento nazionale, agli atti comunitari contrastanti con i diritti fondamentali contenuti nel *Grundgesetz*, in ragione del «deficit democratico» che caratterizza l'ordinamento comunitario. In questo senso, per molto tempo l'«Europa del mercato» si è contrapposta all'«Europa dei diritti». Sul rapporto tra interessi del mercato e tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo si segnala C. Pi-
(segue)

Note:

(22) Sul punto, si v. il noto parere n. 2/1994 del 28 marzo 1996, dove la Corte afferma che l'adesione della Comunità alla Cedu avrebbe l'effetto di realizzare «una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario»; tale modifica «(...) rivestirebbe rilevanza costituzionale ed esulerebbe, per sua propria natura, dai limiti dell'articolo 235» e, pertanto, richiederebbe un intervento sul Trattato (punti 34-35). Sia nel Trattato di Roma del 2004, sia nel più re-

genza di interpretazioni delle disposizioni della Cedu da parte delle due corti è un indice significativo (32). In particolare, la lettura delle norme Cedu da parte della Corte di giustizia si ispira alle esigenze e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario e molto meno alla tutela dei diritti fondamentali considerata «in sé e per sé» (33). Infine, la mancata adesione della Comunità alla Cedu comporta l'assenza di un controllo esterno, in particolare da parte dei giudici di Strasburgo, su quegli atti di diritto comunitario che incidono sulla materia dei diritti fondamentali (34).

I vari casi di conflitto di interpretazione, nonché il rischio del conflitto di giudicati, ha determinato, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, un avvicinamento tra i due sistemi (35). Tale processo di «coordinamento spontaneo» (36) è avvenuto, principalmente, in quattro modi. Il primo è quello che consiste in una vera e propria opera di «armonizzazione interpretativa», caratterizzata per una serie di rinvii incrociati tra le due corti (37). Il secondo corrisponde al ricorso da parte dei due organi giudicanti a fonti normative appartenenti all'altro ordinamento. Questa prassi determina, peraltro, un singolare processo di integrazione tra i due diritti, alla base della formazione di un «sistema europeo integrato di protezione dei diritti fondamentali» (38). Il terzo è dato dall'incorporazione di valori e diritti dell'altro ordinamento nel sistema di appartenenza di ciascuna corte (39). In questo senso, è possibile riconoscere un meccanismo di «cross fertilization» volto alla migliore tutela dei diritti fondamentali (40). L'ultimo modo, che diversamente dai precedenti non ha natura bilaterale, è quello dell'applicazione, da parte della Corte di Strasburgo, del principio di equivalenza.

Il principio di equivalenza

L'evoluzione del principio

In molte decisioni, la Corte di Strasburgo ricorre alla stessa formula per affermare che la Comunità europea «is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides» (41). Sulla base di questa espressione, sinteticamente indicata come «principio di equivalenza» (42), i giudici di Strasburgo regolano il rapporto tra il sistema Cedu e l'ordinamento comunitario.

Note:

(segue nota 31)

nelli, *Conditioning Trade on Respect for Human Rights and Democracy. Dilemmas and Challenge for International Organizations and the Eu*, in *Rivista europea di diritto pubblico*, vol. 17, n. 3, 2005, 1077 ss.; L. Scheeck, *Solving Europe's Binary Human Rights Puzzle. The interaction between Supranational Courts as a Parameter of European Governance*, n. 15, Paris, Sciences-Po Paper, October 2005, disponibile su <http://www.ceri-sciencespo.com/publica/question/qdr15.pdf>.

(32) Tale divergenza di interpretazione risulta particolarmente grave nei casi, non infrequenti, nei quali una medesima fattispecie viene portata all'attenzione di entrambe le corti. Si ricordano, in particolare, le pronunce delle due corti sulla disciplina irlandese del divieto di aborto: ECHR, 16 marzo 1988, *Society for the Protection of the Unborn Children Ltd v. Open Door Counselling Ltd* e Corte di giustizia Ce, 4 ottobre 1991, causa 59/90, *Grogan*, in *Racc.*, 1991, I-4685.

(33) Si cfr. G. Tosato, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 716 ss.

(34) Gli atti comunitari sono, in generale, sottratti al controllo giurisdizionale dei giudici di Strasburgo.

(35) Nico Krish ricostruisce l'evoluzione dei rapporti tra le due corti in tre fasi principali, che vanno dal periodo in cui i due sistemi erano nettamente separati tra loro ad una fase intermedia di contrasti, poi succeduta da un avvicinamento graduale. N. Krish, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, vol. 71, n. 2, 2008, 199. Si cfr. G. De Muro, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Atti del convegno «La Corte costituzionale e le corti d'Europa», Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002, su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/copanella020531/demuro.html>.

(36) Si v. M.E. Giannusa, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 124.

(37) Per un elenco di sentenze sia del giudice comunitario, sia della Corte di Strasburgo, caratterizzate da rinvii incrociati, si v. M.E. Giannusa, *La Cedu e l'Unione europea*, cit., 115 ss.

(38) Al riguardo, meritano particolare attenzione la decisione dell'ECHR, 11 luglio 2002, *Christine Goodwin v. Regno Unito* e la sentenza della Corte di giustizia 7 gennaio 2004, causa 117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency Secretary of State for Health*, in *Racc.*, 2004, I-541.

(39) Si v. ECHR, 25 febbraio 1997, *Hornsby v. Greece*; 16 aprile 2002, *S.A. Dangeville v. France*; 22 luglio 2003, *S.A. Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye v. France*; 17 gennaio 2006, *Aristimuño Mendizabal v. France*.

(40) In generale, sulla «cross fertilization» tra corti si v. A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, 69-79.

(41) Si ritiene che tale formula abbia trovato una forma di codificazione nell'art. 52 (3) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che recita quanto segue: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

(42) Un rilevante studio sul «principio di equivalenza» è quello di L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006. In questo testo, il principio di equivalenza è studiato in rapporto al pluralismo giuridico che caratterizza l'ordinamento europeo ed è interpretato come «strumento di governo delle differenze». In

(segue)

Quali sono le caratteristiche di tale principio? Qual è la sua reale funzione?

In linea teorica, la Corte di Strasburgo non può sindacare sugli atti di diritto comunitario (43). Per oltre trent'anni, la Corte ha, infatti, dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi nei quali si denunciassero lesioni dei diritti fondamentali ad opera della Comunità. Si tratta, quindi, di un'inammissibilità *ratione personae*, che, per molto tempo, ha determinato una vera e propria immunità sia delle istituzioni comunitarie, sia degli Stati membri nell'attuazione degli atti comunitari, al controllo dei giudici di Strasburgo.

All'inizio degli anni Novanta, si assiste, tuttavia, a un'importante inversione di tendenza. In particolare, la Corte di Strasburgo specifica che il trasferimento di poteri ad organizzazioni internazionali da parte degli Stati membri non esclude necessariamente la responsabilità dello Stato nei confronti della Convenzione nell'esercizio dei poteri trasferiti. Un tale meccanismo è compatibile con la Convenzione a patto che all'interno dell'organizzazione internazionale i diritti fondamentali ricevano una «protezione equivalente» (caso *M. & Co*) (44). Pertanto, l'assenza di una siffatta protezione rappresenta la condizione di responsabilità dello Stato membro che, eseguendo gli atti dell'organizzazione internazionale, lede diritti fondamentali tutelati dalla Cedu. E", dunque, in questa sede che il principio di equivalenza fa ingresso, per la prima volta, nella giurisprudenza di Strasburgo (45).

Nella maggioranza dei casi, il criterio della protezione equivalente è usato dalla Corte con riferimento all'attuazione da parte degli Stati membri di atti esecutivi di disposizioni comunitarie. Un tale meccanismo ha, ad esempio, consentito di riconoscere una responsabilità del Regno Unito nell'attuazione dell'Atto sulle elezioni del Parlamento europeo del 1976, per violazione dell'art. 1 della Cedu e dell'art. 3 del Protocollo n. 1 (caso *Matthews*) (46). Sono, invece, pochi i casi nei quali la violazione riguarda direttamente l'operato di un'istituzione comunitaria e, peraltro, si tratta di casi rispetto ai quali la Corte afferma, generalmente sin da subito, l'inammissibilità del ricorso (47).

L'adozione del criterio dell'equivalenza produce una serie di conseguenze molto rilevanti. Innanzi tutto, la Corte di Strasburgo afferma un proprio controllo, anche se indiretto, sugli atti comunitari che incidono sulla tutela dei diritti fondamentali. Tale controllo è particolarmente forte sugli atti di diritto primario, rispetto ai quali, non essendo previsto un sindacato dei giudici comunitari, è rilevabile la ca-

renza di una protezione equivalente (48). Questo determina un singolare paradosso: il giudice di Strasburgo si trova, in questo modo, ad esercitare un controllo più vasto di quello della Corte di giusti-

Note:

(segue nota 42)

particolare, l'A. distingue tra diverse configurazioni del principio, individuando tre forme di equivalenza: predeterminata, presunta, prefigurata. La logica del principio risiede nel perseguimento dell'armonizzazione e integrazione tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea non attraverso l'imposizione di uniformazione, ma mediante l'adozione di vari meccanismi di allineamento che garantiscano «l'unità nella diversità». In questo senso, «l'unità non coincide con l'uniformità, ma si assicura con un insieme di principi e strumenti di governo delle differenze». Questo studio riguarda il diritto amministrativo europeo; più esattamente, «il principio di equivalenza governa, nel diritto amministrativo europeo, la dinamica e l'interazione fra unità e diversità e riflette la natura plurale dell'ordinamento, composto di parti diverse, ma sottoposte a un parametro unitario di coerenza e di compatibilità». Il principio di equivalenza, dunque, nasce nella tradizione europea e la sua *ratio* generale sembra essere quella di uno strumento di raccordo tra ordinamenti giuridici diversi.

(43) Come già evidenziato nel precedente paragrafo, la mancata adesione della Comunità alla Cedu esclude che la Corte europea possa valutare la legittimità degli atti comunitari rispetto alla Convenzione.

(44) ECHR, 9 febbraio 1990, *M. & Co. v. Germany*.

(45) Si noti che tale principio, a livello processuale, è una derivazione della dottrina *Solange* della «protezione equivalente», elaborata dal Tribunale costituzionale federale tedesco con riferimento alla sindacabilità, in ambito statale, degli atti comunitari. Sulla base di tale dottrina, il Tribunale ha dichiarato di astenersi dal verificare la compatibilità degli atti comunitari con i principi costituzionali nazionali «fintantoché» (*solange*) nel sistema comunitario venga garantita una protezione equivalente a quella di cui essi godono nell'ordinamento tedesco (decisione *Solange II* del 22 ottobre 1986).

(46) ECHR, 18 febbraio 1999, *Matthews v. United Kingdom*. In questo caso, la Corte riconosce l'assenza di una protezione equivalente, poiché l'atto del 1976 non è un normale atto comunitario di diritto derivato, ma un trattato interno all'ordinamento della Comunità, sottratto al sindacato della Corte di giustizia.

(47) Si v. ECHR, 10 marzo 2004, *Senator Lines GmbH v. EU Member States*. Si tratta di un ricorso contro una multa inflitta dalla Commissione europea per comportamento anticoncorrenziale e dichiarata esigibile prima che il Tribunale di primo grado si fosse espresso sulla legittimità della misura, così ledendo il diritto all'accesso a un tribunale ex art. 6 Cedu. Il caso riguarda, dunque, la condotta di un'istituzione comunitaria, che viene contestata per violazione dei parametri Cedu. La Corte di Strasburgo esclude l'ammissibilità del ricorso «indépendamment du bien-fondé des autres arguments énoncés en l'espèce».

(48) Tali atti sono, dunque, sottratti al sindacato della Corte di giustizia. In generale, gli atti insindacabili da parte del giudice comunitario sono: gli atti di diritto primario; gli atti adottati nell'ambito del pilastro relativo alla politica estera e di sicurezza comune; le misure relative ai controlli sull'attraversamento delle frontiere interne finalizzate al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza; gli atti adottati nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, salvo che lo Stato membro non abbia accettato, con dichiarazione sottoscritta all'atto della firma del Trattato di Amsterdam o successivamente, l'intervento della Corte di giustizia.

zia, potendo sindacare in relazione agli atti di diritto comunitario sia primario, sia derivato (49).

In secondo luogo, il meccanismo dell'equivalenza consente di aggirare l'ostacolo dell'inammissibilità del ricorso *ratione personae*, qualora la domanda sia presentata nei confronti sia della Comunità, sia dello Stato membro. Rispetto alla prima, la Corte non ha mai riconosciuto la diretta imputabilità delle violazioni della Cedu, in ragione della mancata adesione della Comunità alla Convenzione. Pertanto, se il ricorso venisse presentato nei confronti della sola Comunità, il giudice di Strasburgo sarebbe, comunque, obbligato a dichiarare l'inammissibilità della domanda. Riguardo agli Stati membri, invece, il meccanismo dell'equivalenza rappresenta un *escamotage* per riconoscere una loro eventuale responsabilità nell'attuazione di atti comunitari lesivi di diritti fondamentali. Questo permette sia di ammettere il ricorso, sia di valutarne la fondatezza e di rigettare, eventualmente, la domanda *ratione materiae* (50).

In terzo luogo, il criterio della protezione equivalente richiede ai giudici di Strasburgo una valutazione del sistema di garanzie offerte ai diritti fondamentali dall'organizzazione internazionale, in particolare dalla Comunità. Si tratta di una classica ipotesi di «judges judging judges» (51), ove una corte valuta un altro sistema giudiziario indipendente ed equordinato. È interessante evidenziare che la valutazione dell'apparato di garanzie del diverso ordinamento ultrastatale non avviene una volta per tutte (caso *Bosphorus*) (52). Questo significa che ci possono essere ipotesi nelle quali il sistema comunitario risulti privo di strumenti che garantiscano una protezione equivalente, come del resto già emerso in relazione agli atti di diritto primario comunitario (53). La stessa definizione di «protezione equivalente» consente un alto tasso di discrezionalità e variabilità nella valutazione dei giudici di Strasburgo: l'equivalenza va intesa, infatti, nei termini non di «identità» ma di «comparabilità» tra i due ordinamenti, ammettendo, pertanto, che il diverso sistema possa tutelare i diritti fondamentali con strumenti e modalità differenti (54).

Infine, il criterio dell'equivalenza implica che il controllo «ultimo» sul rispetto dei diritti spetti ai giudici di Strasburgo. Pertanto, la Corte europea riconosce di essere la principale depositaria di una tale funzione di controllo in ambito europeo. In questo senso, opera una «sussidiarietà giurisdizionale verso l'alto», che si esplica tra il livello Cedu, considerato «superiore», e quello comunitario, ritenuto «inferiore». Tale rapporto di subordinazione non è di tipo gerar-

chico, ma ha carattere funzionale. In altre parole, usando un linguaggio caro alla giurisprudenza di alcune corti costituzionali nazionali, si tratta di un rapporto di «primazia», e non di «supremazia», che ricorda quello tra il diritto comunitario e i diritti degli Stati membri (55). La Cedu non è, infatti, gerar-

Note:

(49) Si precisa, ancora una volta, che si tratta, comunque, di un sindacato «indiretto» o anche «filtrato». La Corte può, infatti, giudicare la legittimità degli atti comunitari, solo quando risulti che l'ordinamento comunitario non offra garanzie equivalenti. Questo si traduce, in concreto, in un sindacato «certo» sugli atti di diritto primario, rispetto ai quali la protezione equivalente è esclusa in ragione dell'assenza di un controllo da parte dei giudici di Lussemburgo; e in un sindacato «eventuale» sugli atti di diritto comunitario derivato, rispetto ai quali è molto difficile riscontrare l'assenza di garanzie giurisdizionali, essendo gli stessi sottoposti al normale sindacato dei giudici comunitari.

(50) In altre parole, la Cedu non esclude il trasferimento di competenze ad organizzazioni internazionali, salvo che i diritti della Convenzione continuino ad essere tutelati. La responsabilità degli Stati membri, pertanto, continua a sussistere anche dopo un tale trasferimento ed è censurabile qualora l'organizzazione, a cui siano trasferiti i poteri e di cui siano adottati gli atti, non garantisca una protezione equivalente dei diritti fondamentali. In questo senso, il criterio dell'equivalenza consente alla Corte di Strasburgo di valutare la responsabilità dello Stato in relazione all'adozione dell'atto esecutivo delle disposizioni dell'organizzazione internazionale.

(51) Tale espressione è usata da A.M. Slaughter, *A New World Order*, cit., 91-94.

(52) ECHR, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*. Il caso riguarda l'adozione di un atto nazionale, esecutivo di disposizioni comunitarie, che, secondo la ricorrente, violerebbe l'art. 1 del Protocollo n. 1 annesso alla Cedu. La Corte di Strasburgo rigetta il ricorso, affermando che l'ordinamento comunitario offre nella fattispecie una protezione equivalente. Sul caso, si v. K. Kunhert, *Bosphorus - Double Standards in European Human Rights Protection?*, in *Utrecht Law Review*, vol. 2, n. 2, December 2006; F. Fontanelli e G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, 2.

(53) Si rinvia al già citato caso *Matthews*.

(54) «By «equivalent» the Court means «comparable»; any requirement that the organisation's protection be «identical» could run counter to the interest of international cooperation pursued (...). However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection» (punto 155).

(55) La distinzione tra «primazia» e «supremazia» emerge, in particolare, in una nota sentenza del Tribunal constitucional spagnolo, n. 1/2004, ove, per affermare la prevalenza del diritto comunitario e salvaguardare, allo stesso tempo, il valore della Costituzione nazionale, si sostiene che il diritto europeo si caratterizza per un rapporto di primazia, mentre la Costituzione nazionale ha una posizione di supremazia. Più esattamente, «la supremazia si concretizza nel carattere gerarchicamente superiore di una norma, e per ciò stesso, è fonte di validità delle norme sotto-ordinate, e implica, come conseguenza, l'invalidità di queste ultime, qualora contravvengano a disposizioni imperative contenute nella prima. Il primato non si concretizza necessariamente in un rapporto gerarchico, bensì nella distinzione tra diversi am-
(segue)

chicamente sovraordinata alle norme comunitarie, perché tali fonti appartengono a ordinamenti formalmente separati tra loro. Tuttavia, in materia di diritti fondamentali, la Cedu rappresenta il parametro di riferimento, rispetto al quale l'ordinamento comunitario deve offrire garanzie equivalenti (56).

L'originalità della sentenza *Cooperatieve Producentenorganisatie*

La sentenza *Cooperatieve Producentenorganisatie* rappresenta un importante passaggio nell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia di rapporti tra sistema Cedu e ordinamento comunitario. Vari sono gli aspetti di originalità della decisione.

In primo luogo, oggetto del sindacato della Corte non è un atto nazionale esecutivo di disposizioni comunitarie, bensì l'operato di un'istituzione comunitaria, più esattamente della Corte di giustizia. La valutazione riguarda infatti la legittimità, alla luce dell'art. 6 della Cedu, del rifiuto del giudice comunitario di ammettere le repliche della parte alle Conclusioni dell'Avvocato Generale, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale (57). Come già evidenziato, il ricorso, dopo essere valutato nel merito, viene rigettato perché infondato.

Gli elementi di novità sono, dunque, costituiti dalla valutazione della legittimità della condotta di un'istituzione comunitaria e dalla dichiarazione di infondatezza del ricorso. Riguardo al primo dato, si segnala che, in una precedente decisione, la Corte aveva già avuto modo di valutare direttamente la condotta di un'istituzione comunitaria, ma aveva dichiarato inammissibile il ricorso *ratione personae*, escludendo il proprio sindacato in materia di condotte di organi comunitari (caso *Senator Lines GmbH*).

Relativamente al secondo aspetto, è interessante constatare come, sebbene la violazione riguardi l'attività di un organo comunitario, la Corte di Strasburgo riconosca l'imputabilità della stessa allo Stato olandese (58). Attraverso questa via, il giudice ha, infatti, la possibilità di effettuare una valutazione sulla fondatezza della domanda e di determinare se nel rinvio pregiudiziale siano offerte garanzie equivalenti rispetto ai parametri Cedu. A tal riguardo, la Corte si avvale, peraltro, di alcune valutazioni della Corte di giustizia sulla natura del rinvio pregiudiziale e sulla funzione dell'Avvocato Generale in questa procedura (caso *Emesa*) (59).

Note:

(segue nota 55)

biti di applicazione di norme tra loro differenti, per principio vali-

de, delle quali, tuttavia, una o alcune di queste possiedono la capacità di essere applicate a preferenza di altre, in virtù di ragioni che possono essere le più varie. La supremazia implica sempre, per principio, il primato, salvo che la stessa norma suprema abbia previsto, in qualche ambito, la possibilità di una sua disapplicazione. La supremazia della Costituzione, è, pertanto, compatibile con regimi di applicazione che riconoscano preferenza applicativa a norme di altri ordinamenti diversi da quelli nazionali, sempre che la Costituzione lo abbia previsto, ciò che accade, precisamente, nel caso dell'art. 93». La traduzione di questa parte della sentenza è tratta da A. Schillaci, *Il tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/spagna_europa/. Pertanto, la primazia presuppone che ci sia un riparto di competenze di attribuzione e che la prevalenza non sia assoluta ma relativa alla specifica materia. Nel caso dei rapporti tra ordinamento comunitario e sistema Cedu, è evidente come, nel settore dei diritti fondamentali, la Cedu goda di una vera e propria primazia, senza per questo alterare la supremazia generale delle norme comunitarie all'interno della Comunità.

(56) A differenza della primazia del diritto comunitario nei confronti dei diritti degli Stati membri, il cui fondamento è riconducibile ai Trattati e, nell'ordinamento italiano, all'art. 10 della Costituzione, il primato del sistema Cedu non ha alcun fondamento normativo-costituzionale, ma è frutto della prassi giurisprudenziale. Pertanto, l'analogia elaborata in questa sede riguarda, semplicemente, la logica che sottende il rapporto tra i due sistemi, così come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

(57) Si cfr. ECHR, 20 febbraio 1996, *Vermeulen v. Belgium*. In questo caso, la Corte di Strasburgo riconosce la violazione dell'art. 6 della Cedu da parte dell'autorità giudiziaria belga per non aver ammesso la richiesta del signor Vermeulen di replicare alle argomentazioni esposte dal *Procureur Général*, nell'ambito di un processo dinanzi alla Corte di Cassazione belga. In particolare, la Corte stabilisce che «regard being had, therefore, to what was at stake for the applicant in the proceedings in the Court of Cassation and to the nature of the submissions made by Mr du Jardin, the *avocat général*, the fact that it was impossible for Mr Vermeulen to reply to them before the end of the hearing infringed his right to adversarial proceedings. That right means in principle the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court's decision (...)». Questo dimostra come la Corte adotti un parametro di valutazione della tutela dei diritti fondamentali molto più rigido nei confronti degli ordinamenti nazionali rispetto a quello dell'equivalenza, impiegato nei confronti del sistema comunitario. Ciò è, probabilmente, spiegabile in ragione della possibilità della Corte di sindacare direttamente gli atti e le condotte delle istituzioni degli Stati membri, a differenza di quanto è previsto per l'ordinamento comunitario. In questo senso, il criterio dell'equivalenza è un importante filtro, attraverso il quale la Corte esercita un sindacato «indiretto» sugli atti comunitari, che sono oggetto di una valutazione di legittimità solo qualora sia accertato che la tutela dei diritti fondamentali risulti manifestamente insufficiente.

(58) Non si nasconde che il riconoscimento di una tale imputabilità in capo allo Stato olandese da parte dei giudici di Strasburgo sia avvenuto in modo un po' forzato. Sulle ragioni del riconoscimento, si rinvia al secondo paragrafo.

(59) Si v. Corte di giustizia Ce, 4 febbraio 2000, causa 17/98, *Emesa Sugar*, in Racc., 2000, I-665. In questo caso, la ricorrente afferma il proprio diritto a replicare alle Conclusioni dell'Avvocato Generale, ricevendo il rifiuto della Corte. Nella decisione, il giudice comunitario esamina la funzione delle Conclusioni dell'Avvocato Generale e le conseguenze del riconoscimento in capo alle parti di un diritto di replica. Al riguardo, prende in considerazione l'art. 61 delle *Rules of Procedure*, evidenziando la fa-

(segue)

Altri elementi di originalità della decisione attoniscono all'uso del criterio dell'equivalenza. In primo luogo, la Corte ne estende l'ambito di applicazione. In passato, il criterio dell'equivalenza era stato impiegato, principalmente, nella valutazione della legittimità di atti nazionali esecutivi di disposizioni comunitarie; in questa decisione, il criterio è esteso alla valutazione della legittimità della condotta di un'istituzione comunitaria.

In secondo luogo, la Corte rende sempre più rigida l'operatività del principio. Originariamente, l'equivalenza è considerata come «comparabilità» del sistema comunitario a quello Cedu (60). In altri termini, il sistema comunitario risulta equivalente se i propri strumenti di tutela dei diritti fondamentali sono «sostituibili» a quelli offerti dalla Cedu. Pertanto, l'equivalenza non solo non richiede l'identità del livello di tutela tra i due ordinamenti, ma ammette, in linea di principio, che le garanzie offerte dall'altro sistema possano essere anche più deboli.

Nella decisione in esame, la Corte arriva a sostenere che l'equivalenza ricorre ogni qualvolta la protezione offerta dall'ordinamento comunitario non sia «manifestly deficient» (61). Questo assunto produce due risultati. Il primo è quello di una semplificazione della valutazione della Corte. La stessa dovrà, infatti, limitarsi a misurare la manifesta insufficienza della tutela, che si traduce, in concreto, nella verifica di un'eventuale assenza di garanzie da parte dell'ordinamento comunitario. Si tratta di una valutazione piuttosto oggettiva, diversa dalla comparazione richiesta dalla precedente impostazione. Sulla base di questo approccio, anche la semplice previsione di cui all'art. 61 delle *Rules of Procedure*, sulla facoltà della Corte di giustizia di riaprire il contraddittorio, consente una protezione equivalente, trattandosi di una garanzia di *rule of law*, sebbene sottoposta a una serie di condizioni.

Il secondo è la riduzione della discrezionalità dei giudici di Strasburgo. Sebbene la valutazione dell'equivalenza debba avvenire caso per caso, la regola generale sembra essere quella del riconoscimento automatico di una tale protezione, salvo che l'ordinamento comunitario risulti nella fattispecie privo di garanzie o le stesse siano manifestamente insufficienti. È evidente come queste due ipotesi, non solo, siano gli unici limiti dell'equivalenza, ma rappresentino anche un'eccezione.

Un esercizio di dialogo

Si può ora tentare di rispondere alle due originarie domande, rispettivamente, sui caratteri e sulla funzione del principio di equivalenza. Nel primo

caso, si tratta, quindi, di riassumere i connotati del principio emersi dall'analisi; nel secondo, si formulano alcune considerazioni sulle reali funzioni del criterio.

Relativamente ai caratteri, il principio dell'equivalenza si afferma come un criterio di matrice giurisprudenziale, non codificato in alcuna norma, e al quale i giudici di Strasburgo ricorrono in modo volontario nella regolazione dei rapporti con l'ordinamento comunitario. L'assenza di raccordi formali tra le due corti europee e di un preciso ordine gerarchico tra i due ordinamenti rende necessaria l'elaborazione da parte dei giudici di tecniche di coordinamento, che hanno, pertanto, una natura del tutto spontanea e discrezionale. In questo senso, è evidente la valenza «antipositivistica» del criterio (62).

Note:

(segue nota 59)

coltà della Corte di riaprire la fase orale del processo. Più esattamente, la Corte di giustizia afferma che « 14. Under Article 18 of the EC Statute of the Court of Justice and Article 59 of the Rules of Procedure of the Court, the Opinion of the Advocate General brings the oral procedure to an end. It does not form part of the proceedings between the parties, but rather opens the stage of deliberation by the Court. It is not therefore an opinion addressed to the judges or to the parties which stems from an authority outside the Court or which "derives its authority from that of the Procureur Général's department (...). Having regard to both the organic and the functional link between the Advocate General and the Court, referred to in paragraphs 10 to 15 of this order, the aforesaid case-law of the European Court of Human Rights does not appear to be transposable to the Opinion of the Court's Advocates General. 17. Moreover, given the special constraints inherent in Community judicial procedure, connected in particular with its language regime, to confer on the parties the right to submit observations in response to the Opinion of the Advocate General, with a corresponding right for the other parties (and, in preliminary ruling proceedings, which constitute the majority of cases brought before the Court, all the Member States, the Commission and the other institutions concerned) to reply to those observations, would cause serious difficulties and considerably extend the length of the procedure. 18. Admittedly, constraints inherent in the manner in which the administration of justice is organised within the Community cannot justify infringing a fundamental right to adversarial procedure. However, no such situation arises in that, with a view to the very purpose of adversarial procedure, which is to prevent the Court from being influenced by arguments which the parties have been unable to discuss, the Court may of its own motion, on a proposal from the Advocate General or at the request of the parties, reopen the oral procedure, in accordance with Article 61 of its Rules of Procedure, if it considers that it lacks sufficient information, or that the case must be dealt with on the basis of an argument which has not been debated between the parties» (punti 14, 16, 17, 18).

(60) Si rinvia al caso *Bosphorus*.

(61) Il limite delle garanzie «manifestamente insufficienti» era già emerso anche in altre sentenze, ma in modo implicito.

(62) Si cfr. L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, cit., 161 ss.

Il principio di equivalenza, inoltre, consente di valutare la conformità degli atti nazionali esecutivi di disposizioni comunitarie, nonché delle condotte degli organi comunitari, ai parametri Cedu. Si deve, tuttavia, notare che una tale valutazione non è del tutto assimilabile ad un tradizionale sindacato di legittimità. L'oggetto del «sindacato di equivalenza», infatti, è la verifica dell'esistenza e non manifesta insufficienza delle garanzie offerte dal sistema comunitario caso per caso. Questo comporta la valutazione dell'intero apparato di garanzie, dei caratteri del sistema giurisdizionale, degli strumenti di tutela della *rule of law* dell'ordine comunitario, ma non della stretta conformità dell'atto o della condotta ai parametri Cedu.

La valutazione della conformità dello specifico atto o condotta alle disposizioni della Cedu segue al riscontro da parte della Corte europea dell'inesistenza di garanzie o della manifesta insufficienza delle stesse e, quindi, al riscontro dell'assenza di una protezione equivalente da parte del sistema comunitario. Questo è, del resto, quello che avviene per gli atti comunitari primari, rispetto ai quali, non esistendo un sindacato dei giudici di Lussemburgo e quindi una protezione equivalente, la Corte esercita un vero e proprio sindacato di legittimità.

Queste ultime considerazioni portano a pensare che il criterio dell'equivalenza sia, in realtà, un filtro all'eventuale e successiva valutazione della legittimità di un atto o di una condotta. In altri termini, tale principio funziona come un *test* di accesso alla valutazione della legittimità: solo quando l'ordinamento comunitario, in relazione a un determinato caso, non fornisce garanzie o le stesse siano manifestamente insufficienti, non offrendo quindi una protezione equivalente, allora la Corte potrà valutare la conformità dell'atto o della condotta al parametro Cedu.

Per quanto attiene alla funzione del principio, emergono, soprattutto, due finalità. La prima è quella del coordinamento tra i due ordinamenti sovranazionali. In questo senso, il principio di equivalenza è considerato una *doctrine* (63). Il coordinamento avviene sulla base di un meccanismo di sussidiarietà (64). La tutela dei diritti fondamentali risulta garantita dall'ordinamento comunitario nella misura in cui lo stesso offra garanzie e le stesse non siano manifestamente insufficienti; in caso contrario, la tutela è garantita dal sistema Cedu. Come già accennato, questo rapporto di sussidiarietà presuppone una forma di primazia del sistema Cedu sull'ordinamento comunitario, poiché quest'ultimo è, comunque, tenuto ad offrire una protezione equi-

valente ed è sottoposto al controllo dei giudici di Strasburgo. Tuttavia, la Corte europea conserva un certo *self-restraint*, non potendo direttamente sindacare la legittimità degli atti comunitari. Il *test* di equivalenza soddisfa, quindi, sia l'esigenza generale del coordinamento tra i due sistemi europei (65), sia l'esigenza più specifica di salvaguardare, a livello formale, il limite di sindacato sugli atti comunitari da parte del giudice di Strasburgo, costituendo un rilevante filtro.

La seconda finalità è quella della cooperazione tra corti. Il principio di equivalenza è uno strumento di creazione giurisprudenziale e si può considerare un «esercizio» di dialogo tra i due organi giudicanti (66). Tale meccanismo consente una collaborazione tra le due corti europee, basata su una vera e propria logica di *deference*. La Corte di Strasburgo lascia, infatti, che la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali sia garantita dai giudici comunitari, nel rispetto delle condizioni e dei limiti evidenziati. Questa logica evita l'insorgenza di contrasti di giudicati e si ispira ad una migliore tutela dei diritti fondamentali. Tale atteggiamento di *deference* ha un impatto rilevante, poiché riguarda il sindacato su tutti gli atti di diritto comunitario derivato. In altre parole, il criterio dell'equivalenza consente di escludere l'intervento dei giudici di Strasburgo e salvaguardare l'ordinamento comunitario, ogni qualvolta l'atto o la condotta sia sindacabile dai giudici di Lussemburgo, attraverso la previsione dello specifico rimedio giurisdizionale (67).

Note:

(63) Sul punto, si v. S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009.

(64) Si cfr. L.F.M. Besselink, *Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, n. 35, 1998, 629 ss.

(65) Relativamente a questa prima esigenza, appare abbastanza evidente la natura generale del principio, nato come strumento di raccordo tra ordinamenti giuridici diversi. In tal senso, anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio di equivalenza è usato come uno «strumento di governo delle differenze», non molto diversamente da quanto si rileva nel diritto amministrativo europeo. Tale criterio regola i rapporti tra i due ordinamenti europei, rispettandone l'indipendenza e l'autonomia. Infatti, «la logica inerente al principio di equivalenza non è quella della supremazia e della gerarchia, ma quella della compatibilità e della coerenza». Sul punto, si v. L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, cit., 178-179.

(66) L'espressione «esercizio» è usata nei termini illustrati da R. Queneau, *Esercizi di stile*, Torino, Einaudi, I ed., 1983.

(67) Pertanto, la Corte di Strasburgo opera come principale «giudice dei diritti fondamentali», ma ricorre a un meccanismo di *deference* nei confronti del sistema giudiziario comunitario, al fine di evitare ipotesi di «scontro», nelle quali il sistema Cedu risulterebbe, con ampia probabilità, soccombente.

Il principio di equivalenza è, dunque, un importante esempio di *judicial comity* tra corti appartenenti ad uno stesso livello giuridico (quello sovranazionale) (68). Il meccanismo di sussidiarietà che ne è alla base caratterizza anche altri principi, di matrice giurisprudenziale, che contribuiscono a forme di *comity*: si pensi ai principi di convenienza (69), dei caratteri dell'azione (70), di esaurimento dei rimedi locali (71), di proporzionalità (72), della «decisione pienamente giurisdizionale» (73), del rispetto del *due process of law* (74). In tutti questi casi, la corte adita valuta i caratteri del sistema giudiziario concorrente sulla base di un apposito *test* e subordina agli esiti di tale valutazione il proprio intervento o, più in generale, il riconoscimento della propria giurisdizione. Si tratta, dunque, di casi che presuppongono la concorrenza tra due diversi sistemi giurisdizionali in

Note:

(68) Non esiste una definizione specifica di *judicial comity*. Il fenomeno della *comity*, in generale, è studiato dal diritto internazionale e riguarda i rapporti tra Stati. Nella voce «comity» dell'*Encyclopedia of Public International Law* si afferma che «in public international law the notion of comity (*comitas gentium*, *courtoisie internationale*, *Völkercourtoisie*) embraces those acts, practices and rules of goodwill, amity and courteous treatment habitually observed by States in their mutual intercourse without the conviction that any legal obligation is involved»; si aggiunge, inoltre, che «since a rule of comity does not involve a legal obligation, its non-observance produces no legal consequences». Relativamente all'ambito giudiziario, l'espressione *comity* è usata per indicare i rapporti di cooperazione «spontanea» tra corti di diversi sistemi giuridici. Tali rapporti possono assumere diverse configurazioni (rinvii alla giurisprudenza della diversa corte, meccanismi di *deference*, ricorso alla legge dell'altro ordinamento, ecc.). Il principio di equivalenza è, chiaramente, uno strumento di attuazione della *comity* tra corti, ponendosi alla base di una forma di coordinamento volontario tra giudici. A.M. Slaughter definisce la *judicial comity* come «a set of principles designed to guide courts in giving deference to foreign courts as a matter of respect owed judges by judges, rather than of the more general respect owed by one nation to another» (*A New World Order*, cit., 67). Un altro importante studio è quello di Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 166, ove la *judicial comity* viene considerata un principio sviluppatosi, in particolare, nella prassi delle corti nazionali statunitensi: «the principle of judicial comity, which calls on courts to defer, when appropriate, to other courts and to treat their procedures and decisions with courtesy and respect, is accepted in the practice of many national courts and applied vis-à-vis both foreign courts and international courts».

(69) Si tratta del principio del *forum non conveniens*, sulla base del quale una corte può rifiutare di giudicare una certa controversia, se ritiene più «conveniente» un altro foro disponibile e indicato dalle parti. Al *test* di convenienza è, pertanto, subordinato l'intervento della corte. Tale principio è applicato, specialmente, dai giudici di *common law*.

(70) Tale *test* è quello che differisce più dagli altri, poiché oggetto di valutazione da parte del giudice non sono la natura e i caratteri dell'ordinamento giudiziario concorrente, ma le finalità e

le caratteristiche dell'azione giudiziaria. Più esattamente, nei casi *Pertamina* e *Goss*, in materia di *antisuit-injunctions* (US Supreme Court, *PT Pertamina v. Karaha Bodas Company, LLC*, No. 07-619, 2007; US Supreme Court, *Goss International Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.*, No. 07-618, 2007), la Corte subordina l'adozione dell'ingiunzione alla verifica di una serie di condizioni (il ricorso a una corte straniera non deve costituire una minaccia all'ordine pubblico americano, non ci deve essere la violazione di interessi nazionali rilevanti, ecc.), che, se soddisfatte, escludono che il giudice possa emettere il provvedimento. Si tratta, pertanto, di un meccanismo in cui emerge una logica di sussidiarietà, che non si basa, però, sulla valutazione dei caratteri del diverso ordinamento giurisdizionale, ma sulla natura e sulle finalità dell'azione, che una delle parti intende promuovere presso la diversa corte.

(71) Tale principio subordina il riconoscimento della giurisdizione di una determinata corte all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali, a disposizione delle parti, in un diverso sistema giuridico. Un esempio di applicazione di tale principio è il caso dell'ICSID, 26 giugno 2003, Case No. ARB(AF)/98/3, *The Loewen Group et al. v. United States of America*.

(72) Il principio di proporzionalità caratterizza l'applicazione della *doctrine* del margine di apprezzamento, elaborata dalla Corte di Strasburgo in materia di rapporti tra sistema Cedu e ordinamenti nazionali. In breve, la Corte di Strasburgo ammette che per determinate questioni, in materia di diritti fondamentali, gli Stati membri godano di un margine di apprezzamento, che consente loro di derogare alle disposizioni della Cedu in applicazione di misure nazionali (nel noto caso 7 dicembre 1976, *Handyside v. The United Kingdom*, si trattava di provvedimenti giurisdizionali). Tuttavia, la Corte si riserva il controllo sulla «proporzionalità» della misura nazionale al fine perseguito. Qualora la proporzionalità non sia rispettata, la Corte può sindacare la legittimità del provvedimento in rapporto ai parametri Cedu. Anche in questo caso, si subordina all'esito di un *test* l'intervento del giudice. La «concorrenza» nella fattispecie si svolge tra una corte sovranazionale (la Corte europea dei diritti umani) e una corte nazionale (di uno Stato membro).

(73) Si tratta del principio secondo cui una corte deferisce il giudizio su una controversia portata alla sua attenzione ad un'altra corte, poiché quest'ultima, a differenza della prima, è in grado di fornire una «decisione pienamente giurisdizionale». Anche questo principio è un tipo di *test*, che regola l'intervento dei giudici. Un esempio di applicazione di tale criterio è il caso *Mox Plant* (ITLOS, Order no. 3, «Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures», 24 giugno 2003), in cui la «concorrenza» è tra l'Itlos e la Corte di giustizia europea.

(74) Sul punto, si cita il noto caso *Kadi* (Corte di giustizia Ce, Grande sezione, 3 settembre 2008, cause riunite 402/05 P e 415/05 P), ove il giudice comunitario subordina alla valutazione dell'assenza di garanzie di *rule of law* nell'ambito del procedimento del Comitato delle sanzioni Onu il proprio giudizio sulla legittimità delle misure sanzionatorie adottate nei confronti del signor Kadi, accogliendo, diversamente dal giudice di prime cure, il ricorso. In questo caso, la «concorrenza» è tra la Corte di giustizia e l'organo giudicante globale dell'Onu. Sul caso *Kadi* esiste una vastissima letteratura. In questa sede, si ricorda, in particolare, il volume n. 10/2008 di questa rivista, dove sono raccolti alcuni commenti alla sentenza: A. Sandulli, *Caso Kadi: tre percorsi a confronto*, 1088-1090; S. Cassese, *Ordine comunitario e ordine globale*, 1091-1092; E. Chiti, *I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo*, 1093-1095; M. Savino, *Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?*, 1096-1099; G. Vesperini, *Il principio del contraddittorio e le fasi comunitarie di procedimenti globali*, 1100-1101; G. Della Cananea, *Un nuovo nomos per l'ordine globale*, 1102-1104. Si v. anche G. De Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper, n. 1, 2009.

rapporto a una stessa controversia (75). Tali criteri sono, a volte, molto simili tra loro, tanto da sembrare quasi «esercizi» o «giochi di parole». Ma una visione complessiva consente di individuare la loro reale funzione, che è quella di risolvere conflitti di giurisdizione ed evitare contrasti di giudicati (76). In altri termini, essi sono strumenti del dialogo tra corti.

Nel caso del principio di equivalenza, la funzione del dialogo tra le due corti europee è molto forte (77) e, come è vero che «le corse migliorano le razze» (78), il graduale sviluppo dell'applicazione di tale principio da parte dei giudici di Strasburgo è destinato a contribuire all'avvicinamento e coordinamento tra i due sistemi giurisdizionali. In questo senso, non si tratta di un semplice esercizio di stile, ma di un riuscito esperimento di dialogo.

Note:

(75) La materia dei conflitti di giurisdizione tra sistemi giudiziari di Stati diversi è, in genere, regolata dalle norme di diritto internazionale privato (nei Paesi anglosassoni, si parla di «Conflict of laws»). Tuttavia, i casi regolati riguardano, specialmente, i rapporti tra corti nazionali e non, invece, i rapporti tra corti sovranazionali, corti globali o, in senso verticale, tra corti nazionali e sovranazionali, nazionali e globali, sovranazionali e globali. La disciplina di tutti questi rapporti richiederebbe la formulazione di un «Conflict of laws» a livello globale. Data l'inesistenza di una tale disciplina, sono gli stessi giudici a regolare queste relazioni, attraverso le dottrine e i test in parte indicati. Lo stesso si può dire con riferimento ai rapporti tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti umani, tra le quali, come ampiamente evidenziato, non esistono norme di coordinamento.

(76) In altri termini, «(...) ciascun esercizio acquista senso solo nel contesto degli altri esercizi (...)». Così, U. Eco, *Prefazione*, in R. Queneau, *Esercizi di stile*, cit., XV.

(77) Sul punto, si v. L. Tomasi, *Il dialogo tra corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, cit.

(78) Così, U. Eco, *Prefazione*, cit., XVII.

LIBRI

Modulo Enti locali 2009

Tributi e fiscalità

A cura di A. Borghi, P. Criso, G. Farneti



Il volume costituisce una **guida pratica** alla corretta gestione di fondamentali settori di attività dell'ente locale quali le **entrate tributarie** (i tributi locali), i **rapporti tra ente locale e contribuente** (statuto del contribuente e contenzioso sui tributi) e gli **obblighi fiscali e previdenziali**.

I contenuti sono aggiornati alla luce delle disposizioni della **manovra finanziaria 2009** e di altri interventi legislativi in materia e tengono conto anche dei più significativi orientamenti ministeriali e pronunce giurisprudenziali.

Dà **risposte immediate**, aggiornate e di facile lettura. **Interpreta** le norme, gli obblighi, gli adempimenti in un'ottica manageriale e operativa. La ricerca e la consul-

tazione sono agevolate da una **veste grafica innovativa**.

Completa l'opera un accurato e funzionale **indice analitico**.

Ipsoa, 2009, pagg. 608, € 51,00

Codice: 102025 -

ISBN: 978-88-217-3015-3

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**