

1. DIRITTO EUROPEO E PLURALISMO GIURIDICO

Il diritto amministrativo europeo si è andato costituendo come una costruzione nuova e originale rispetto ai diritti amministrativi nazionali, dai quali si distingue sia quanto a punto di partenza, sia quanto a prospettiva di approdo. A differenza di quanto è avvenuto nell'esperienza dei diritti amministrativi nazionali, infatti, il diritto amministrativo europeo non si è sviluppato come diritto statale, in ragione dell'assenza di uno Stato europeo di riferimento.

La costruzione di un ordinamento europeo nel secondo dopoguerra ha trovato una delle proprie ragioni più profonde e originali proprio nell'esigenza di superare l'assetto basato sulle relazioni fra Stati e degenerato in guerra fra Stati.

Mentre lo sviluppo dell'assetto statale può dirsi ormai completo lo sviluppo dell'ordinamento europeo è ancora in corso e il punto di approdo, seppure ancora in parte indeterminato, sembra essere molto diverso da una replica, su scala maggiore, del modello statale, anche nelle sue versioni più articolate, come quella federale. L'Unione Europea conosce e comprende gli Stati, ma non è finalizzata al loro superamento in un unico, più ampio Stato, di modo che il potere statale non viene cancellato o trasfigurato, ma, allo stesso tempo, non è l'unica e l'ultima fonte del diritto e della sovranità.

La differenza di fondo fra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali sta quindi prima di tutto nella diversa, originale e originaria configurazione del rapporto fra tutto e parte, fra unità e suoi elementi costitutivi, fra monismo e pluralismo.

Si tratta di una storia esplorata e ormai ben conosciuta, grazie ad analisi che, sia pure con diverse ipotesi ricostruttive, mettono in luce come l'opzione di un potere pubblico unificante, pur presente nel dibattito politico del tempo, specie come prefigurazione di uno Stato federale, sia rimasta fuori sin dall'origine dai Trattati⁹. I testi fondativi riflettono, invece, l'impostazione funzionalista, rivelatasi vincente e soprattutto assai più capace di sviluppi e adattamenti rispetto a

quella federalista, che avrebbe richiesto la costruzione di un nuovo soggetto politico e imposto la gerarchizzazione degli ordinamenti nazionali all'interno dell'ordinamento federale. Anche sui vantaggi e sui limiti dell'impostazione funzionalista non mancano analisi e confronti fra scuole diverse, ma l'elemento che qui interessa porre in luce è che l'impostazione funzionalista che caratterizza sin dall'origine l'ordinamento europeo comporta che fra i tratti originari dell'ordinamento vi sia la differenziazione, non come fase temporanea da superare, né come contrapposizione fra unità federale e autonomia delle entità federate, ma piuttosto come un principio generale, ispiratore delle scelte fondamentali dell'ordinamento, dotato di propri strumenti giuridici di attuazione.

Sin dal Trattato di Roma, sono infatti numerose le previsioni che consentono scelte differenziate all'interno dell'ordinamento¹ o ammettono ambiti differenziati di applicazione di alcune regole, al verificarsi di determinate condizioni, sotto il controllo della Commissione o del Consiglio.

Il percorso successivo conferma questa impostazione e anzi la arricchisce, moltiplicando previsioni e strumenti che rendono sempre più evidente come flessibilità e differenziazione siano tratti stabili e distintivi dell'ordinamento europeo, suscettibili di ulteriori sviluppi e articolazioni, piuttosto che elementi connessi a una fase transitoria, destinati a essere superati e abbandonati mano a mano che si realizza una maggiore integrazione.

Lo stesso ambizioso progetto di allargamento, con l'adesione all'Unione Europea di dieci nuovi paesi, conferma che l'ordinamento europeo si amplia e si sviluppa non solo imponendo uniformazione - come almeno in parte richiede la preservazione *deWacquis* comunitario - ma anche incorporando differenze in misura sinora sconosciuta negli ordinamenti contemporanei.

Il processo di integrazione europea non coincide, quindi, con la creazione di un ordinamento unico e di un diritto uniforme, sostitutivi di quelli nazionali, ma si realizza, invece, garantendo il mantenimento di un alto grado di differenziazione interna e sviluppando principi e strumenti di governo di questa differenziazione.

Si è posta, di conseguenza, l'esigenza di guardare alla differenziazione non più attraverso la lente deformante del monismo statale, ma utilizzando nuove e più adeguate chiavi di lettura. Ne è derivato un nuovo orientamento degli studi, volto non più a misurare l'ordinamento europeo con le

categorie del monismo, ma ad analizzare le caratteristiche proprie del diritto europeo e a individuare le condizioni di coerenza del nuovo sistema in formazione.

Il principale e più interessante risultato di questo nuovo orientamento sta nell'abbandono della contrapposizione fra uniformità e differenziazione in termini dicotomici e statici, a favore di ricostruzioni basate, invece, sulla dinamica del processo di integrazione. All'interno di questa dinamica l'unità del sistema si basa sulle modalità di composizione fra elementi di uniformità ed elementi di differenziazione ed è resa operativa mediante un'ampia gamma di strumenti, istituti, tecniche.

La lettura tradizionale del processo di integrazione in termini di contrapposizione fra uniformità e differenziazione risulta, infatti, fuorviante sotto almeno due profili, relativi rispettivamente alla reale consistenza del grado di uniformità e agli effetti della differenziazione in termini di integrazione o frammentazione dell'ordinamento.

Sotto il primo profilo, si è rilevato come il grado di uniformità fosse diversamente definito o prescritto nei Trattati a seconda dei settori o delle politiche¹⁶. L'ordinamento europeo non nasce come ordinamento uniforme, né governato da una generale e assoluta prescrizione di uniformità. È errato, di conseguenza, attribuire ai fenomeni o alle regole di differenziazione un effetto di diminuzione dell'uniformità, perché il grado (e la necessità) dell'uniformità è più spesso presunto o auspicato dagli interpreti che non prescritto dalle norme fondamentali.

Sotto il secondo profilo, si è mostrato come la differenziazione abbia funzionato come alternativa alla possibile deriva intergovernamentale e, anzi, frequentemente, anche come prima fase di un processo di crescente integrazione e comunitarizzazione delle decisioni e delle politiche. In diverse aree di *policy* - si pensi all'ambiente, all'occupazione, ma anche, per certi versi, alla sicurezza - è stato possibile costruire e rafforzare un quadro condiviso di regole, indirizzi e priorità solo a condizione di rinunciare all'uniformazione delle differenze nazionali mediante un'armonizzazione che sarebbe stata, del resto, di impossibile realizzazione: e da quella iniziale condivisione si sono poi spesso sviluppate convergenze significative e rilevanti fra i diversi ordinamenti nazionali.

Una volta accertato e accettato che tanto il punto di partenza come il punto di arrivo del processo di integrazione europea non sono identificabili con un ordinamento governato dal principio di uniformità, neanche nella versione attenuata caratteristica degli ordinamenti federali, è

divenuta palese la necessità di disporre di categorie interpretative nuove e proprie per studiare un fenomeno la cui lettura attraverso le categorie tramandate risultava deformata. Di qui anche l'elaborazione di una nuova terminologia, che non a caso si serve di locuzioni: ordinamento composto, arena pubblica, *commonwealth*, ordinamento multilivello.

Questo processo di revisione e rielaborazione delle categorie interpretative ha trovato riscontro anche nel processo costituzionale in corso. La nuova Costituzione europea conferma e rafforza il pluralismo giuridico quale tratto caratteristico e fondativo dell'Unione Europea, disegnando un ordinamento all'interno del quale le diversità sono riconosciute e mantenute - si pensi alle norme che pongono divieti di armonizzazione (art. 1-11) - e l'unità non coincide con l'uniformità, ma si assicura con un insieme di principi e strumenti di governo delle differenze.

È su questi principi e strumenti che conviene allora concentrare l'attenzione, non più per misurare la distanza dal modello dello Stato nazionale, ma per provare a ricostruire nei termini suoi propri lo straordinario esperimento di creazione di un nuovo e originale ordinamento qual è l'Unione Europea e, in particolare, del suo diritto amministrativo, come diritto unitario, ma non uniforme.

2. L'IPOTESI DI LAVORO: IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA COME STRUMENTO DI GOVERNO DELLE DIFFERENZE NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

Di qui muove l'ipotesi posta alla base di questo lavoro, che può essere esposta, in estrema sintesi, come segue.

Il diritto amministrativo europeo è unitario perché trova la sua base nella normativa primaria e dispone di meccanismi di applicazione, di attuazione e di controllo validi sull'intero spazio giuridico europeo. Allo stesso tempo, esso non è uniforme, perché la produzione, l'applicazione e l'attuazione delle regole non sono sempre e necessariamente centralizzate e identiche su tutto lo spazio giuridico europeo.

In quello spazio è possibile la coesistenza (e l'applicazione) di regole nazionali diverse, equivalenti ai fini della protezione degli interessi tutelati dal diritto europeo.

La determinazione delle condizioni di equivalenza è, questa sì, centralizzata e desumibile direttamente dalle norme primarie o specificata con la normativa secondaria, oltre che articolata, quanto ai profili applicativi, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La coesistenza di diverse regole nazionali, non sostituite da una uniforme regola europea, viene spesso qualificata in termini di concorrenza fra ordinamenti e, meno frequentemente, assimilata ai meccanismi internazionalistici di conflitto o di riconoscimento di atti stranieri. Si tratta di qualificazioni e assimilazioni poco convincenti, come si cercherà di dimostrare nella parte finale di questo lavoro, sia perché gli effetti giuridici sono strutturati diversamente, sia e soprattutto perché i diversi ordinamenti nazionali non possono concorrere liberamente, ma sono comunque tenuti a rispettare il parametro di compatibilità con la normativa primaria, in un ordinamento che dispone anche di rimedi per sanzionare l'eventuale mancato rispetto di quel parametro.

L'obiettivo della ricerca esposta di seguito è dimostrare che nell'ordinamento europeo si sono sviluppati diversi strumenti finalizzati a garantire «l'unità nella diversità» e che essi non sono meri espedienti escogitati per sopperire alla mancante o irraggiungibile uniformità, ma che hanno - quanto a struttura ed effetti giuridici - propria e specifica configurazione, riconducibile a un principio generale dell'ordinamento: il principio di equivalenza.

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.

L'ipotesi di base formulata in termini così generali richiede, naturalmente, una dimostrazione analitica. La consistenza e le dimensioni oggi raggiunte dal diritto amministrativo europeo rendono impossibile, peraltro, una trattazione completa ed esaustiva e impongono necessariamente una delimitazione del campo d'indagine, che consenta di andare oltre i soli aspetti istituzionali, per verificare i termini del problema, e le possibili soluzioni, alla luce del concreto ed effettivo assetto dei principi, delle regole, dei diritti individuali, degli strumenti operativi, delle discipline di settore, degli orientamenti giurisprudenziali.

Prima di inoltrarci in questa analisi, svolta nei capitoli successivi relativamente ad alcuni settori rilevanti, conviene eslicitare le opzioni di merito e di metodo che "uidano l'indagine.

3. LE DIVERSE CONFIGURAZIONI DEL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

Si è scelto, in primo luogo, di verificare la portata del principio di equivalenza quale principio non settoriale, ma generale, legato ai caratteri originari dell'ordinamento europeo - e in particolare alla sua natura plurale - e non alla disciplina di questo o quell'ambito materiale. Si è cercato quindi

di individuare le diverse configurazioni che il principio può assumere e di indicare, contestualmente, i tratti ricorrenti che consentono di ricostruirne la struttura unitaria.

Si sono distinte, in questo quadro, tre possibili configurazioni del principio di equivalenza, a seconda che l'equivalenza sia predeterminata, presunta o prefigurata.

3.1. L'EQUIVALENZA PREDETERMINATA

Nella prima ipotesi rientrano i settori caratterizzati da un alto grado di armonizzazione. In questi casi è direttamente la norma comunitaria (di rango costituzionale o di diritto derivato) a stabilire l'equivalenza fra realtà prima diverse e a sostituirle con una nuova regola unica. Il caso tipico, e per la verità assai raro se riferito a una politica o a un settore nel suo complesso, è quello della moneta unica. Prima i regolamenti comunitari hanno stabilito una equivalenza giuridicamente predeterminata e non modificabile dai singoli Stati fra le monete nazionali, poi hanno stabilito che la nuova moneta si sarebbe sostituita alle vecchie e anche il momento della sostituzione (pur lasciando comunque agli Stati un margine di scelta in ordine alle necessarie attività di attuazione, ad esempio, sulla durata del doppio regime o sui modi di comunicazione e preparazione del *change over*).

Lo stesso tipo di situazione si ha in tutti i casi in cui c'è completa armonizzazione: in questi casi l'unità coincide con l'uniformità e l'equivalenza è interamente definita a livello comunitario, non residuando alcuno spazio di interpretazione a livello nazionale, in quanto la normativa primaria determina l'obiettivo finale, non derogabile e non interpretabile, rispetto al quale le regole e i comportamenti nazionali devono essere conformi.

L'equivalenza predeterminata può, però, essere assicurata sia con la centralizzazione della competenza in capo a un organo comunitario, sia, invece, decentrando la stessa competenza in capo ad autorità e amministrazioni nazionali, come è avvenuto nel caso della politica della concorrenza, esaminato nel capitolo IL L'uniformità della regola da applicare non comporta necessariamente, infatti, uniformità sul piano organizzativo e funzionale e, anzi, proprio la predeterminazione dell'equivalenza consente, come si vedrà, sia di far valere condizioni di fungibilità fra autorità nazionali diverse, sia di estendere l'operatività delle stesse autorità - che pure rimangono radicate nell'ordinamento di appartenenza - all'intero spazio giuridico europeo.

3.2. L'EQUIVALENZA PRESUNTA

Nella seconda ipotesi, invece, l'equivalenza è presunta direttamente dalla norma costituzionale e poi specificata da una norma secondaria. Tale specificazione può assumere caratterizzazione positiva e basarsi su di una armonizzazione minima, o assumere caratterizzazione negativa e basarsi su norme di garanzia di libertà.

Nel primo caso, l'armonizzazione minima impone alcuni requisiti essenziali inderogabili, mentre tutta la disciplina ulteriore rispetto alla determinazione di tali requisiti è rimessa agli ordinamenti nazionali. Vigè, però, per le discipline nazionali, una presunzione di equivalenza, che comporta la neutralizzazione, sul piano giuridico, delle eventuali differenze fra le misure nazionali: tali differenze potranno essere fatte valere, come si vedrà in dettaglio nel capitolo III, solo a determinate

Nel secondo caso, la garanzia di un diritto di libertà (ad esempio, della libertà di circolazione) comporta direttamente, anche in assenza di armonizzazione minima, la presunzione di equivalenza fra misure nazionali, in quanto le eventuali differenze giuridicamente rilevanti finirebbero per configurarsi come ostacoli al pieno dispiegarsi dello stesso diritto di libertà.

La presunzione di equivalenza può quindi avere un fondamento positivo o un fondamento negativo e si può realizzare mediante una serie di meccanismi e strumenti operativi, quali, ad esempio, il mutuo riconoscimento o il controllo del paese d'origine. Nel caso di presunzione di equivalenza le differenti regole nazionali permangono e non sono sostituite da una regola unica come nel caso dell'armonizzazione, ma esse sono sottoposte, quanto agli effetti che possono produrre, a un apposito regime giuridico, sottratto alla determinazione degli Stati o che perlomeno condiziona fortemente il potere regolativo dello Stato nazionale.

La ricostruzione dei caratteri di tale regime giuridico è particolarmente interessante, perché esso si presenta, anche a prima vista, come inedito e del tutto diverso dagli usuali meccanismi di conflitto operanti nel diritto internazionale, quale, ad esempio, il riconoscimento degli atti stranieri, in quanto viene a mancare proprio il carattere dell'estraneità e si impone, di converso, la compatibilità di ciascuna misura nazionale con il diritto europeo.

3.3. L'EQUIVALENZA PREFIGURATA

Nella terza ipotesi, infine, l'equivalenza è prefigurata: si pongono in essere meccanismi di coordinamento, con l'obiettivo di portare al ravvicinamento delle condizioni dei diversi Stati, in modo da rendere possibile la convergenza di regole, politiche e risultati. Le differenze sono in

questi casi così forti da non consentire un giudizio di equivalenza su singole misure o atti, ma solo l'indicazione di regole generali e principi, rimettendo la traduzione concreta a ciascuno Stato e misurando poi l'equivalenza raggiunta (così in materia di ambiente o di politiche sociali).

Questa ipotesi si verifica soprattutto in aree nelle quali l'Unione Europea non dispone di competenza esclusiva e, anzi, a volte non dispone proprio di competenza. Il ricorso al principio di equivalenza consente, allora, di definire come comuni e condivisi azioni e interventi che altrimenti resterebbero integralmente divisi e separati e fornisce un metro e un parametro comune - sia pure, come si vedrà, nella forma della *soft lato* invece che della *hard law* (ad esempio con il *benchmarking*, invece che con l'effetto diretto) - rispetto ai quali gli ordinamenti nazionali devono misurarsi e coordinarsi. Come si vedrà meglio nel capitolo IV, è andato così emergendo un metodo di lavoro nuovo rispetto al metodo comunitario classico, che consente alle istituzioni comunitarie di assumere un ruolo di coordinamento senza necessità di accentrare le competenze, o di sostituire il voto all'unanimità con il voto a maggioranza qualificata.

4. CONCLUSIONI

Rinviando al capitolo finale per l'esame dei tratti comuni e distintivi delle diverse configurazioni del principio di equivalenza, si può, però, sin d'ora ricordare come in tutti i casi esaminati ricorre un elemento comune dato dal fatto che il governo europeo non dispone, se non in misura assai limitata, del potere di attuazione, ma lo rimette in larghissima misura alle amministrazioni nazionali: nessun sistema federale ha un assetto di *indirect rule* così esteso, né un apparato centrale così limitato, l'indirect rule, studiata nell'ordinamento italiano soprattutto sotto il profilo della cooperazione amministrativa, di tipo procedimentale o di tipo organizzativo²³, è anche da esaminare quale principio regolativo della distribuzione delle funzioni fra le diverse autorità competenti e si presenta, sotto questo profilo, come principio strettamente connesso al principio di equivalenza. Le interazioni fra i due principi saranno esaminate nell'ultimo capitolo.

L'analisi è centrata, quindi, per tutte e tre le ipotesi sopra illustrate per sommi capi, sugli strumenti e i meccanismi di diritto amministrativo mediante i quali il principio di equivalenza trova concreta applicazione: le regole e i principi di azione e di decisione, i soggetti chiamati ad applicarli, i procedimenti mediante i quali quelle regole e quei principi determinano la soluzione di fattispecie concrete, gli obblighi che all'interno di questi procedimenti incombono sulle amministrazioni a fronte delle situazioni soggettive private tutelate e garantite dal diritto europeo.

Un cenno, infine, ai casi che, pur presentando alcune affinità, non verranno esaminati. Resta esclusa dall'indagine, infatti, l'analisi dell'equivalenza sul piano dei rimedi processuali, sia perché essa è di più facile percezione, grazie alle ripetute affermazioni sul punto della Corte di giustizia²⁴, sia per la natura strumentale - se pur assai rilevante - dei rimedi processuali rispetto alla costruzione del diritto europeo, mentre il fuoco dell'indagine qui svolta è centrato sulla equivalenza fra regole e fra decisioni, per come si determinano negli ordinamenti nazionali integrati nell'ordinamento europeo.

Come risulta evidente da questa sommaria sintesi dell'ipotesi di lavoro, si tratta di un'indagine che presenta numerosi profili critici e problematici e richiede, per giungere a conclusioni che siano coerenti con la sostanza della materia esaminata, la revisione, o almeno l'aggiornamento, di impostazioni e categorie tradizionali, elaborate all'interno di una disciplina che, come il diritto amministrativo, più di altre ha un forte ancoraggio genetico con la dimensione nazionale e statale.

Si tratta, però, allo stesso tempo, di una ipotesi basata sul più tradizionale assunto del diritto amministrativo: ogni decisione o azione amministrativa è volta a (e t'ò'a >^ rtronria giustificazione in) una ponderazione fra interessi, della quale è possibile predeterminare le regole di svolgimento, ma non il risultato concreto ed effettivo. La natura e la dimensione degli interessi sono quindi elementi decisivi per ricostruire anche la natura e la dimensione dell'attività di ponderazione e, sotto questo profilo, il processo di integrazione europea ha comportato modificazioni e innovazioni assai rilevanti, non ancora adeguatamente investigate.

I capitoli che seguono sono dedicati a svolgere una parte, sia pure limitata ad alcuni ambiti materiali, di questa indagine, prima sul piano del diritto positivo e poi, nel capitolo finale, sul piano ricostruttivo e sistematico.

Si tenterà, così, una ricostruzione complessiva del principio di equivalenza nell'ordinamento europeo, come elemento caratteristico di un'unità che non coincide con l'uniformità e che non si articola soltanto secondo un criterio di competenza, ma comporta un nuovo modo di esercizio del potere amministrativo, in una dimensione integrata e plurale.

CAPITOLO SECONDO

L'EQUIVALENZA PREDETERMINATA: LA DISCIPLINA EUROPEA DELLA CONCORRENZA

1. PREMESSA

La disciplina della concorrenza è fra le aree più consolidate del diritto europeo e si è sviluppata, ancora sino a tempi recenti, intorno al ruolo centrale della Commissione, titolare di una competenza esclusiva in materia. A partire dagli anni '90, però, sono apparsi sempre più evidenti i limiti di questo sistema accentrato ed è stata avviata una politica di «decentramento» della disciplina antitrust, volta ad accrescere il ruolo delle autorità nazionali nell'applicazione del diritto europeo della concorrenza, soprattutto al fine di consentire alla Commissione di concentrare le sue limitate risorse sui casi più importanti.

Come spesso accade quando si passa da un sistema accentrato a un sistema decentrato, si è posto il problema di garantire l'unitarietà del sistema a fronte di una pluralità di soggetti titolari del potere di applicazione delle regole e di attuazione della politica.

Le soluzioni tipiche dei sistemi federali comportano, in genere, una specifica disciplina dei rapporti tra centro e periferia prevedendo una posizione di prevalenza - con caratteri più o meno accentuati di gerarchia - del centro rispetto alla periferia e scontando la possibilità di un sia pur limitato grado di differenziazione nell'attuazione e applicazione delle regole. Restano invece in ombra, e di norma non hanno propria rilevanza giuridica, i rapporti orizzontali fra le diverse autorità periferiche, che hanno competenza territoriale delimitata e non entrano quindi in contatto fra loro: è il rapporto verticale fra autorità locale e autorità nazionale a definire il grado di integrazione della politica di settore.

La soluzione escogitata per il decentramento della politica europea della concorrenza ha, invece, caratteristiche diverse, perché pur mantenendo l'unicità delle regole da applicare - desumibili dal Trattato e dal diritto derivato - dà specifica rilevanza tanto al rapporto fra Commissione e autorità nazionali, quanto al rapporto fra autorità nazionali⁴, con la conseguenza assai rilevante di prescindere dalla delimitazione territoriale della competenza, disegnando un unico spazio giuridico, sul quale interviene, secondo criteri di idoneità e capacità definiti dal diritto europeo, una rete di soggetti, legati da uno stretto rapporto di cooperazione e da un comune obbligo di risultato.

La modernizzazione della politica della concorrenza ha così portato a un assetto nel quale un'unica disciplina, definita a livello europeo, viene applicata da autorità diverse, poste in rete, su

tutto lo spazio europeo, senza che a questo corrisponda, però, una definizione della competenza di ciascuna autorità in termini territoriali.

Il sistema non può definirsi, dunque, né accentrato né decentrato, ma presenta invece caratteristiche proprie, che lo distinguono dagli assetti tipici degli Stati federali, come gli Stati Uniti⁵.

Rinviando ai paragrafi seguenti per l'esame di dettaglio di questo sistema, è possibile osservare subito che si tratta di un caso di particolare interesse per lo studio del principio di equivalenza, perché consente di verificare come le regole poste dal Trattato in materia di concorrenza possano ricevere attuazione prima mediante un sistema accentrato e poi mediante un sistema decentrato di collegamento fra autorità europea e autorità nazionali, proprio perché il rapporto fra diverse autorità e diversi ordinamenti è definito, già nella normativa primaria, in termini di equivalenza predeterminata, secondo le caratteristiche accennate nel capitolo I e illustrate e discusse analiticamente di seguito.

2. LA DISCIPLINA EUROPEA DELLA CONCORRENZA NEL TRATTATO E GLI STRUMENTI APPLICATIVI

La disciplina europea della concorrenza è un elemento costitutivo e originario della costruzione di un mercato interno, previsto direttamente dall'art. 3, lett. *g*) del Trattato e disciplinato dagli artt. 81 e seguenti, relativi al divieto di intese, al divieto di sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato e al controllo delle concentrazioni.

L'esame svolto di seguito ha come proprio fuoco non tanto il contenuto e il merito della disciplina della concorrenza, quanto le condizioni della sua applicazione nello spazio giuridico europeo e non si soffermerà, di conseguenza, né sui principi ispiratori della politica, né sui suoi concreti svolgimenti.

A venire in rilievo ai fini dell'indagine non sono, quindi, la collocazione e il ruolo della disciplina della concorrenza nella Costituzione economica europea, ma piuttosto gli strumenti giuridici applicativi delle regole, i criteri di allocazione della competenza fra le diverse autorità nazionali e l'autorità europea e i rapporti fra tutte le autorità competenti, al fine di verificare come, in questo specifico settore, sia assicurata l'unitarietà del diritto europeo della concorrenza e della sua applicazione.

L'analisi deve comunque muovere da una sia pur sommaria ricapitolazione dei tratti distintivi della disciplina antitrust, soprattutto al fine di meglio intendere le conseguenze della recente

riforma e di poter distinguere fra gli elementi rimasti stabili e quelli che hanno subito, invece, modificazioni significative.

Il primo tratto distintivo attiene al rango della disciplina antitrust. Essa è definita, infatti, con norme del Trattato, dotate di efficacia diretta, attuate mediante regolamenti e affidate, quanto all'esecuzione, in via principale alla Commissione e in via solo ausiliaria agli Stati membri.

Normativa primaria, diritto derivato e gestione amministrativa sono «concentrati» in capo alle istituzioni europee, che in questo settore hanno rapidamente assunto, a differenza che in altri, un ruolo centrale e prevalente, anche grazie all'assenza, per un lungo periodo, di politiche e autorità antitrust nazionali. Le norme del Trattato e il diritto derivato non sono andati a sovrapporsi, quindi, a discipline nazionali già esistenti, ma si sono inseriti - caso raro nel processo di integrazione europea - in un vuoto della regolazione e hanno anzi avuto una funzione di sollecitazione e promozione delle discipline nazionali.

Un secondo tratto distintivo, proprio della disciplina antitrust europea - e assente, ad esempio, nell'esperienza americana - è rilevabile nell'ambito di applicazione sotto il profilo soggettivo. La politica europea della concorrenza pone limiti e divieti, infatti, sia alle imprese, sia agli Stati, all'unico e unitario fine di realizzare un mercato interno privo di ostacoli che possano pregiudicare il commercio.

L'ambito di applicazione della disciplina rileva anche sotto il profilo oggettivo, in virtù della sostituzione del principio dell'effetto all'ordinario criterio della territorialità. In base a tale principio, quale che sia la collocazione territoriale dell'impresa, a venire in rilievo è la individuazione nello spazio giuridico europeo di un effetto restrittivo della concorrenza.

Veniamo, infine, al contenuto vero e proprio della disciplina.

L'art. 81 del Trattato prevede una clausola generale di incompatibilità, assistita da un divieto e da una condizione di nullità di diritto, relativamente ad accordi, decisioni e pratiche concordate restrittivi della concorrenza e pregiudizievoli per il commercio tra Stati membri. Lo stesso articolo indica, poi, le condizioni in presenza delle quali la clausola generale di incompatibilità può essere dichiarata inapplicabile al caso concreto.

Sulla stessa falsariga si muove la disciplina dell'abuso di posizione dominante prevista all'art. 82, mentre l'art. 83 individua nel Consiglio il soggetto titolare del potere di emanare regolamenti e

direttive attuativi e l'art. 85 individua nella Commissione il soggetto titolare dei poteri di vigilanza e dei connessi poteri istruttori e sanzionatori.

L'attuazione di questa disciplina è stata strutturata, sino alla recente riforma, mediante un sistema di previa notificazione da parte delle imprese e conseguente decisione da parte della Commissione sulla compatibilità dell'accordo, della decisione o della pratica con il mercato comune.

La Commissione, in quanto unico soggetto titolare del potere di garantire esenzioni, singole o in blocco, doveva necessariamente prendere in esame tutti i casi notificati, senza poterli distinguere a seconda della rilevanza. Il sistema basato sull'obbligo generale di notificazione ha così via via portato a un sovraccarico rispetto al quale le limitate risorse della Commissione si sono mostrate sempre più inadeguate¹¹.

La crescente consapevolezza dei limiti di questo sistema centralizzato, evidente in numerosi documenti della Commissione, non sarebbe stata probabilmente sufficiente a giustificare e sorreggere il passaggio a un sistema decentrato se non si fossero consolidati, nel frattempo, due importanti elementi di contesto, relativi, rispettivamente, al processo di integrazione del mercato interno e allo sviluppo delle discipline antitrust nazionali.

Sotto il primo profilo, la realizzazione, seppur non completa, degli obiettivi posti con il programma del 1992 per il completamento del mercato interno ha reso meno pressanti, proprio perché almeno in parte soddisfatte, le esigenze di integrazione.

Sotto il secondo profilo, gli ordinamenti nazionali si sono dotati di discipline antitrust (e di autorità incaricate di applicarle) in larga misura convergenti e hanno acquisito, così, caratteristiche più simili e meno differenziate sia fra loro, sia rispetto all'ordinamento europeo.

In questo contesto è divenuta possibile la doppia inversione introdotta con la riforma del 2003: da un sistema basato sull'obbligo di notificazione preventiva a un sistema di eccezione direttamente applicabile, da un sistema di competenze concentrate a un sistema di competenze decentrate.

3. IL «DECENTRAMENTO» DELLA POLITICA ANTITRUST

La sostituzione dell'obbligo di notificazione con un sistema di eccezione legale e la modifica dei criteri di allocazione dei compiti di decisione e di controllo fra le diverse autorità competenti sono strettamente connesse nella nuova disciplina dettata con il regolamento n. 1/03¹².

L'abolizione dell'obbligo di notificare le intese per ottenere l'autorizzazione ha, infatti, l'effetto di rendere tutte le norme contenute nell'art. 81 immediatamente e direttamente applicabili, liberando la Commissione dall'obbligo di pronunciarsi comunque su ogni intesa e, contemporaneamente, rendendo tutte le autorità garanti ugualmente responsabili dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza. Questa comune e condivisa responsabilità è espressamente finalizzata al duplice obiettivo - sul quale si tornerà in dettaglio in seguito - di assicurare che l'applicazione del diritto nazionale produca gli stessi effetti derivanti dall'applicazione del diritto europeo e, di converso, che l'applicazione dell'art. 81 porti autorità nazionali e Commissione alle stesse conclusioni.

Al nuovo e diverso assetto della procedura si accompagna la ridefinizione delle regole sostanziali sul comportamento delle imprese. Senza entrare in un'analisi di dettaglio che fuoriesce dai limiti di questa indagine, può dirsi che ne risulta significativamente rafforzato il peso dell'analisi economica quale fondamento per le definizioni di base, in particolare per quel che riguarda la determinazione della sfera di esenzione e i criteri di riconoscibilità della «restrizione fondamentale».

Cambia, conseguentemente, anche il ruolo delle imprese, chiamate a garantire direttamente la compatibilità di intese e accordi con il diritto europeo e l'assenza di effetti restrittivi: ove siano soddisfatte le condizioni per l'esenzione fissate dal Trattato con l'art. 81, e. 3, l'accordo è immediatamente operativo, senza necessità di previa notifica ed espressa esenzione. Di converso, ove le condizioni poste dalle norme non risultino soddisfatte, l'accordo è da considerarsi nullo e inapplicabile *ex tunc*.

Spetta dunque all'autorità competente provare l'infrazione alle regole, mentre incombe sull'impresa la prova del rispetto delle condizioni previste dall'art. 81, e. 3 del Trattato.

Il meccanismo di *enforcement* del nuovo sistema di eccezione legale comporta, peraltro, come si è già accennato in precedenza, una nuova distribuzione della competenza fra Commissione e autorità nazionali. Così come al sistema della previa notificazione corrispondeva l'accentramento della competenza in capo alla Commissione, al sistema dell'eccezione legale corrisponde un assetto che viene usualmente definito come «decentrato», per indicare il maggiore ruolo attribuito alle autorità nazionali. Occorre intendersi, però, sull'effettivo significato del termine «decentramento»,

che può essere usato, in relazione all'assetto della concorrenza, più per la sua valenza suggestiva che per la sua capacità descrittiva.

Un vero e proprio decentramento della competenza avrebbe comportato l'attribuzione a ciascuna autorità nazionale della quota di competenza corrispondente all'ambito territoriale di riferimento - ciascun ordinamento nazionale - e l'esercizio di questa competenza in via esclusiva e separata.

L'assetto disegnato con il regolamento n. 1/03 è, invece, ben diverso, in quanto attribuisce a ciascuna autorità la *stessa*

competenza a intervenire per l'applicazione del diritto della concorrenza: al posto di attribuzioni divise si hanno attribuzioni parallele o contestuali¹⁵, delle quali ciascuna autorità dispone in relazione all'intero spazio giuridico europeo.

Ciascuna autorità ha, quindi, oltre al potere di applicare direttamente gli artt. 81 e 82 del Trattato, la responsabilità «della divisione efficace del lavoro in merito ai casi per i quali si ritiene necessaria un'indagine», mentre può sempre decidere «in piena libertà» sulla necessità di un'indagine¹⁶.

L'imputazione parallela o contestuale della competenza in capo a più soggetti comporta, naturalmente, anche la possibilità di conflitti e sovrapposizioni e la necessità di un meccanismo di coordinamento: sia l'una, sia l'altra non possono essere affrontate con gli strumenti propri di un sistema decentrato in senso proprio, ma richiedono soluzioni originali.

Tali soluzioni si basano, nella disciplina dettata con il regolamento n. 1/03, su due cardini fondamentali: 1) l'individuazione dell'autorità competente per il caso specifico in base a criteri di idoneità; 2) la formalizzazione di raccordi procedurali e organizzativi fra tutte le autorità competenti. Le autorità competenti si trovano così a operare all'interno di una rete

formalizzata come Rete europea della concorrenza (REC)

che acquista, come si vedrà di seguito, propria dimensione e rilevanza giuridica, in quanto sede di coordinamento della politica antitrust.

3.1 *Competenza contestuale e individuazione dell'autorità procedente*

La Commissione e le autorità nazionali sono titolari, come si è visto, di competenze parallele o contestuali: vale a dire che ciascuna può applicare, negli stessi termini e allo stesso titolo, gli artt. 81 e 82 del Trattato.

Nel sistema delle competenze contestuali è possibile l'azione di un'autorità, di più autorità o della Commissione¹¹ e, a differenza di quanto accadrebbe in un sistema di attribuzioni divise, occorre individuare criteri non più di ripartizione della competenza, bensì di ripartizione dei casi.

Si tratta, quindi, di criteri operativi, atti a individuare, fra le autorità - tutte potenzialmente competenti - quella che meglio di ogni altra è in grado di dare applicazione al diritto europeo della concorrenza.

La scelta di questa autorità si compie sulla base di un criterio di «idoneità», che consente di recuperare il collegamento tra infrazione alle regole e territorio dello Stato membro.

La soddisfazione del criterio di idoneità richiede, infatti, tre condizioni cumulative, relative rispettivamente all'effetto dell'infrazione, alla capacità interdittiva dell'autorità e alla sua capacità istruttoria¹⁸.

Rileva, quanto all'effetto, il fatto che esso si produca nell'ambito di un determinato territorio e che abbia origine dallo stesso territorio. L'autorità nazionale corrispondente a quel territorio deve poi essere in grado di far cessare efficacemente l'infrazione, mediante poteri interdittivi e sanzionatori adeguati e deve essere, altresì, in grado di raccogliere le prove necessarie.

A seconda dell'ambito di incidenza dell'intesa, dell'accordo o della pratica restrittiva della concorrenza, si individua, quindi, l'autorità nazionale che meglio di ogni altra è «collocata» per l'esercizio efficace delle funzioni di controllo, accertamento e

decisione. Di regola v'è corrispondenza fra l'autorità nazionale e il «suo» territorio, ma non si tratta di una corrispondenza necessaria e obbligata, perché vi potrebbero essere più autorità ugualmente idonee. In questa ipotesi, può aversi l'azione di un'unica autorità, ove questa sia sufficiente a far cessare l'infrazione, o si può avere l'azione parallela di più autorità. In caso di azione parallela, le autorità nazionali devono coordinare la propria attività, ad esempio designando un'autorità «capofila» e delegando a essa alcuni compiti, «quali, ad esempio, il coordinamento delle misure d'indagine, mentre ciascuna autorità resta responsabile della conduzione dei propri procedimenti»¹⁹.

L'assegnazione, piuttosto che la ripartizione, dei casi segue comunque un criterio operativo basato sulla natura e sulla dimensione del pregiudizio al commercio provocato dal comportamento delle imprese posto in essere in violazione della disciplina antitrust.

Una prima distinzione corre fra i casi in cui rileva un pregiudizio limitato al commercio all'interno dello Stato membro e i casi in cui, invece, sia il commercio intracomunitario a essere pregiudicato.

Nella prima ipotesi è previsto solo l'intervento dell'autorità nazionale competente²⁰, mentre nella seconda ipotesi è possibile sia l'intervento della Commissione, sia l'intervento di più autorità nazionali. E invece sempre la Commissione a trovarsi nella posizione di idoneità quando gli effetti restrittivi della concorrenza si verificano in più di tre Stati membri²¹.

Proprio il ricorso a un criterio di «idoneità» per l'assegnazione dei casi, piuttosto che a un tradizionale criterio di ripartizione della competenza, è un importante segnale di equivalenza fra (l'attività del)le diverse autorità garanti della concorrenza. Se ciascuna autorità è potenzialmente competente e l'autorità effettivamente incaricata del caso concreto viene scelta in base a un criterio di idoneità, è evidente che per l'ordinamento sono inesistenti o comunque irrilevanti gli eventuali caratteri differenziali nell'attività di ciascuna autorità, in ragione della predeterminazione di equivalenza di tale attività e dei suoi effetti ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza²².

Il criterio di «idoneità» ai fini dell'assegnazione dei casi richiede, per la sua applicazione, una stretta cooperazione fra tutte le autorità competenti, che si realizza mediante alcuni raccordi procedurali e organizzativi, operanti all'interno della Rete europea della concorrenza quale sede formalizzata di coordinamento. All'interno della Rete i compiti e le attività delle diverse autorità diventano, in misura significativa, fungibili o, meglio, equivalenti, come si vedrà di seguito.

3.2. La Rete europea della concorrenza

principali meccanismi di funzionamento della REC sono lo scambio continuo e costante di informazioni, le regole di gestione dei procedimenti e il comitato consultivo.

regolamento n. 1/03 contiene un'articolata disciplina dello scambio di informazioni, in base alla quale la Commissione e le autorità nazionali hanno l'obbligo di tenersi reciprocamente informate sulle attività e sui procedimenti in corso. Tale obbligo vale sia nelle relazioni fra Commissione e autorità nazionali²³

la Commissione ha accettato un obbligo equivalente di informazione delle autorità nazionali garanti della concorrenza²⁴

sia nelle relazioni fra autorità nazionali, anche se nel secondo caso esso è meno stringente²⁵.

Lo scambio di informazioni ha importanti conseguenze, perché i suoi effetti non si esauriscono all'interno del rapporto di cooperazione istituzionale, ma assumono valenza esterna: le informazioni scambiate, anche se riservate²⁶, possono essere infatti utilizzate come mezzi di prova²⁷.

È possibile dunque rilevare, anche sotto questo profilo

- particolarmente rilevante per i suoi effetti ai fini dell'esercizio di poteri sanzionatori - l'equivalenza fra le attività di istruttoria svolte dalle diverse autorità antitrust. Questa equivalenza non è accertata *ex post*, né sottoposta ad alcun procedimento di verifica o di controllo, ma è predeterminata direttamente dal diritto europeo²⁸.

La disciplina della reciproca informazione all'interno della REC è finalizzata anche, sotto diverso profilo, alla corretta ripartizione dei casi e comporta, sul piano applicativo, alcune regole per quel che riguarda l'avvio, la sospensione e la chiusura dei procedimenti.

Quanto all'avvio, si prevede un meccanismo di prelazione

o prevalenza²⁹ a favore dell'azione della Commissione. Ove questa avvii un procedimento per l'accertamento di un'infrazione alle regole antitrust, le autorità nazionali sono *private* della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato. La posizione privilegiata della Commissione è, però, attenuata se un'autorità nazionale ha già avviato un procedimento con lo stesso oggetto, perché in questo caso sulla Commissione grava un obbligo di consultazione con l'autorità nazionale.

Sempre nel caso in cui un'autorità nazionale abbia aperto un procedimento, le altre autorità nazionali che si trovino ad agire d'ufficio o a ricevere una denuncia relativamente allo stesso oggetto di quel procedimento possono sospendere il procedimento (se agiscono d'ufficio) o respingere la denuncia³⁰. Anche la Commissione può, in questi casi, respingere la denuncia.

La cooperazione fra le diverse autorità competenti consente quindi di rilevare l'esistenza di procedimenti multipli - inevitabili in un sistema di competenze parallele o contestuali - e di procedere alla loro riattribuzione³¹. La cooperazione fra autorità si estende, però, anche oltre la concreta assegnazione dei casi e incide direttamente sul concreto svolgimento dei poteri di indagine e di decisione.

Per quanto riguarda i poteri d'indagine, sia la Commissione, sia ciascuna autorità nazionale possono chiedere assistenza a un'altra autorità nazionale per la raccolta di informazioni e per l'accertamento dei fatti. In questi casi, l'autorità nazionale che presta assistenza opera «per conto» della Commissione o

dell'autorità richiedente, con un interessante effetto di «convergenza». Mentre le informazioni da raccogliere e gli accertamenti da fare sono determinati dall'autorità che richiede assistenza, le modalità di esercizio di quei poteri d'indagine e accertamento restano disciplinati dall'ordinamento di appartenenza dell'autorità che presta assistenza³².

Si verifica, così, l'utilizzo di strumenti e poteri conformati dall'ordinamento nazionale «per conto» di soggetti che a quell'ordinamento sono e restano esterni (anche se forse, ormai, non estranei). Le differenze nazionali nella conformazione dei poteri non ostano dunque a un uso comune di quei poteri nell'ordinamento europeo, al fine, anch'esso comune e unitario, di assicurare la migliore e più coerente applicazione della disciplina europea della concorrenza.

Per quanto riguarda, invece, i poteri di decisione, il regolamento n. 1/03 dispone una formalizzazione del comitato consultivo quale sede di cooperazione.

Il comitato, composto da rappresentanti delle autorità nazionali, deve essere sempre consultato dalla Commissione prima di qualsiasi decisione in materia di intese e posizioni dominanti. La Commissione deve esporre la questione, indicare i documenti più importanti relativi al caso e presentare un progetto preliminare di decisione. Su questa base, il comitato consultivo adotta un parere scritto, che può contenere, su richiesta di uno o più membri della REC, specifiche motivazioni relativamente alle posizioni espresse.

La Commissione ha l'obbligo di tenere «in massima considerazione» il parere del comitato e di informarlo specificamente relativamente alla misura in cui ha preso in considerazione lo stesso parere (art. 14, e. 5, regolamento n. 1/03).

Il comitato consultivo opera, quindi, come una sede nella quale le autorità nazionali possono più o meno direttamente influenzare e controllare l'operato della Commissione. Il comitato può essere, però, utilizzato anche per un controllo reciproco

fra le diverse autorità nazionali, in quanto ciascuna autorità può chiedere che sia iscritto all'ordine del giorno un caso in corso di trattazione da parte di un'altra autorità nazionale.

Si tratta, come è stato notato³³, di una misura finalizzata a facilitare l'applicazione del criterio di idoneità per la riattribuzione dei casi, perché consente all'autorità nazionale interessata al caso, ma non titolare di esso, di influire indirettamente sulla decisione, mediante la discussione in sede di comitato consultivo.

L'influenza resta indiretta perché, per espressa disposizione del regolamento n. 1/03, il comitato non adotta pareri su casi trattati dalle autorità nazionali, mentre può discutere di problemi generali relativi al diritto comunitario in materia di concorrenza (art. 14, e. 7, regolamento n. 1/03). Il comitato viene anche consultato sui progetti di regolamento, sulle comunicazioni e sulle linee direttrici della Commissione.

La REC funziona dunque come uno strumento di cooperazione, grazie al quale è garantita sul piano dell'effettività la natura contestuale e parallela della competenza in materia di tutela della concorrenza.

Sulle caratteristiche della REC come strumento operativo tipico del principio di equivalenza, piuttosto che come meccanismo «accentrato» o «decentrato», si tornerà nel paragrafo 5. Si può sin d'ora osservare, però, per completare l'esame, che all'interno della REC i rapporti non corrono su linee verticali o orizzontali, come accade nei sistemi dominati dalla logica accentramento/decentramento, né sono discernibili competenze collocate su piani diversi, come accade nei sistemi cosiddetti multilivello³⁴.

La coerenza dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitaria è affidata, dunque, principalmente, a strumenti di cooperazione, anche se è prevista comunque una responsabilità «ultima, sebbene non unica»³⁵ della Commissione, in quanto custode del Trattato. Le autorità nazionali, che comunque non possono adottare decisioni in contrasto con le decisioni della Commissione, devono informare preventivamente la Commissione stessa di ciascuna decisione che intendono adottare in applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, fornendo una presentazione del caso e il progetto di decisione. All'obbligo di informare la Commissione si aggiunge la facoltà di informare le altre autorità nazionali e nell'uno come nell'altro caso si considera informata la REC.

L'informazione alla REC comporta alcuni limiti per la Commissione, che pur mantenendo il potere di prelazione di cui all'art. 11, e. 6 del regolamento n. 1/03, con conseguente neutralizzazione del potere di intervento delle autorità nazionali, deve rispettare alcune specifiche condizioni³⁶, si deve consultare con le autorità interessate, deve fornire per iscritto le motivazioni dell'applicazione dell'art. 11, e. 6.

Agli obblighi di cooperazione formalizzati e organizzati nella REC si aggiunge anche l'obbligo di cooperazione fra la Commissione e i giudici nazionali previsto dall'art. 15 del regolamento n. 1/03. La cooperazione può svolgersi mediante consultazione, richiesta di pareri, scambio di informazioni, trasmissione di documenti.

I giudici nazionali devono comunque applicare il diritto comunitario della concorrenza, anche quando applicano il diritto nazionale, mentre quest'ultimo può essere applicato indipen-

dentamente dal diritto comunitario solo nei casi di condotta unilaterale dell'impresa. In tutti i casi riconducibili all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato i giudici nazionali sono tenuti a osservare i principi generali del diritto comunitario e sono vincolati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Vale anche per le giurisdizioni nazionali, inoltre, l'obbligo di convergenza in base al quale l'applicazione parallela del diritto nazionale della concorrenza «non deve portare a un risultato diverso da quello che si avrebbe applicando il diritto comunitario» e le pronunce sui casi già oggetto di una decisione della Commissione non possono essere in contrasto con la stessa decisione⁵⁸.

4. *La configurazione delle situazioni soggettive private e le regole applicabili nel riparto della competenza*

Dal sistema di competenza contestuale e di stretta cooperazione fra autorità sinora illustrato derivano anche alcuni effetti sulla configurazione delle situazioni soggettive private, sia sul piano delle condizioni di applicabilità delle regole, sia sul piano delle regole applicabili al procedimento.

Sotto il primo profilo, si rafforza il diritto alla parità di trattamento nello spazio giuridico europeo, grazie ai meccanismi posti in opera per garantire l'applicazione uniforme della disciplina antitrust.

Incombe, infatti, su tutte le autorità competenti, il doppio obbligo di esercitare i propri poteri d'indagine in tutti i casi in cui può verificarsi un pregiudizio al commercio intracomunitario e di applicare direttamente e secondo la regola di convergenza prima ricordata le norme del Trattato in materia di concorrenza. Ciascuna impresa - nella qualità di denunciante o di indagata - si trova quindi nella stessa posizione in tutto l'ordinamento europeo, non sussistendo differenziali di regolazione propri di ciascun ordinamento nazionale.

Questo diritto alla parità di trattamento opera non solo nella sfera di applicazione delle regole, ma anche nella sfera di determinazione delle regole applicabili, in virtù del vincolo posto con l'art. 3 del regolamento n. 1/03 ai diritti nazionali. Nessun comportamento che non produca effetti restrittivi ai sensi dell'art. 81, ciò soddisfa le condizioni poste dall'art. 81, e. 3 del Trattato può essere vietato e quindi nessun ordinamento nazionale può prevedere e comunque applicare condizioni più stringenti di quelle previste dal diritto comunitario.

Per quanto riguarda, invece, lo svolgimento del procedimento, occorre distinguere fra il profilo soggettivo, relativo all'autorità procedente per il singolo caso, e il profilo oggettivo, relativo alle regole del procedimento.

Il profilo soggettivo è fortemente condizionato dal sistema di competenze contestuali o parallele. Se ogni autorità è potenzialmente competente a occuparsi di ogni caso e l'attribuzione dei casi opera come mera divisione del lavoro retta dal criterio di idoneità, ne consegue che l'impresa non ha il diritto a vedere trattato il caso che la interessa da una particolare autorità. Proprio il fatto che non sia in gioco la «competenza» - come sfera di attribuzioni giuridicamente rilevante anche quanto all'ambito - di ciascuna autorità, ma solo la migliore e più idonea «collocazione» di un'autorità rispetto al caso concreto, priva di rilievo giuridico la situazione dell'impresa per quel che riguarda la determinazione del soggetto procedente.

I soggetti interessati al procedimento hanno, di converso, il diritto di essere informati sulle decisioni di riattribuzione prese all'interno della Rete.

Nello svolgimento del procedimento rileva, poi, la distinzione fra diritti connessi a una decisione della Commissione e diritti connessi a una decisione di un'autorità nazionale, perché nel primo caso valgono esclusivamente le norme di diritto comunitario³⁹, mentre nel secondo le situazioni soggettive private sono conformate da ciascun diritto nazionale, secondo le regole

nazionali sul procedimento e, ove sussistenti, le regole specifiche dettate per il procedimento dinanzi all'autorità garante della concorrenza.

Del tutto diversa è invece la configurazione delle situazioni soggettive private nei casi in cui i procedimenti non rientrino nell'ambito di competenza della REC. Caso esemplare di tale evenienza è la disciplina in materia di *leniency* o trattamento favorevole. Trattandosi di una materia non armonizzata, viene a mancare, appunto, l'effetto della Rete e l'impresa che voglia godere del trattamento favorevole deve presentare la richiesta a tutte le autorità, a dimostrazione del fatto che la connessione in rete delle autorità garanti consente, oltre che una più coerente e uniforme applicazione del diritto della concorrenza, anche minori oneri per i privati.

In ragione del non coinvolgimento della Rete in quanto tale nei procedimenti relativi alle richieste di trattamento favorevole, le informazioni fornite dall'impresa possono circolare, salvo alcune specifiche eccezioni⁴⁰, solo con il consenso dell'interessato e non possono essere utilizzate ai fini dell'avvio di un altro procedimento.

5. Il principio di equivalenza e i suoi strumenti operativi: la collateralità degli ordinamenti nazionali

L'analisi sinora svolta ha mostrato come gli strumenti e i meccanismi applicativi non possano essere letti, se non a prezzo di gravi distorsioni, nei termini tradizionali della separazione fra ordinamenti, del riparto delle competenze e delle relazioni verticali fra autorità comunitaria e autorità nazionali.

Occorre guardare, quindi, a criteri esplicativi e ricostruttivi diversi, che consentano di comprendere e sistematizzare l'assetto di istituzioni e regole che costituisce la politica antitrust europea, dando conto della logica ispiratrice e degli effetti perseguiti e raggiunti.

La *ratio* ispiratrice della disciplina è chiara. La concorrenza è un elemento cruciale per la costruzione e la salvaguardia di

un mercato unico all'interno del quale non sussistano ostacoli o pregiudizi al commercio intracomunitario. La concorrenza può essere garantita e tutelata, per sua stessa natura, solo in riferimento al mercato europeo nel suo complesso, perché qualsiasi segmentazione territoriale sarebbe arbitraria rispetto alla rilevazione dell'effetto restrittivo. Le regole della concorrenza devono dunque trovare applicazione uniforme in tutto lo spazio giuridico europeo, perché in questo settore un differenziale regolativo, magari determinato secondo le ragioni proprie dell'ordinamento nazionale, finirebbe inevitabilmente per operare come limite alla concorrenza e come sottrazione a essa di alcuni ambiti o comportamenti.

Alla diretta e immediata applicabilità delle norme primarie si sono accompagnati, nel corso del tempo, due diversi sistemi di *enforcement*, il primo basato sulla competenza prevalente se non esclusiva della Commissione e il secondo, attualmente in vigore, basato sulla competenza contestuale della Commissione e delle autorità nazionali.

La definizione di questi due diversi sistemi mediante la logica dicotomica della contrapposizione fra accentramento e decentramento porta a una sopravvalutazione delle differenze fra i due sistemi e a una sottovalutazione di un elemento cruciale che essi hanno in comune: la predeterminazione del risultato da ottenere mediante l'applicazione delle norme del Trattato.

Il passaggio dal sistema di concentrazione della competenza in capo alla Commissione disegnato con il regolamento n. 17/62 al sistema di competenza contestuale disegnato dal regolamento n. 1/03 ha lasciato immutata, infatti, la regola ed. «di convergenza», secondo la quale l'applicazione da parte delle autorità (o dei giudici) nazionali del diritto comunitario non deve giungere a un risultato diverso dal risultato al quale sarebbe giunta la Commissione e, sotto ulteriore profilo, l'applicazione parallela del diritto nazionale non deve portare a un risultato diverso da quello che si avrebbe applicando il diritto comunitario⁴¹.

Viene così in essere un doppio vincolo, operante sia sul piano normativo, sia sul piano applicativo.

Sul piano normativo, il diritto nazionale deve essere conforme al diritto comunitario per tutte le ipotesi che lo stesso diritto comunitario disciplina e, quindi, per tutti i casi in cui sia prefigurata o rilevabile un effetto restrittivo della concorrenza dal quale derivi un pregiudizio al commercio intracomunitario. Non sono quindi ammesse differenze fra gli ordinamenti nazionali, né diverse configurazioni dei comportamenti vietati o consentiti, se non per l'area residuale delle condotte unilaterali delle imprese, aventi effetti circoscritti all'ordinamento nazionale di appartenenza.

Anche l'applicazione del diritto comunitario è sottoposta a un vincolo di conformità, da misurarsi secondo un criterio di risultato, che vale per tutte le autorità incaricate dell'applicazione stessa.

Le norme da applicare e il risultato da ottenere mediante la loro applicazione sono quindi direttamente e interamente predeterminati. Rispetto a tale predeterminazione non sussiste libertà di scelta o margine per un differenziale regolativo in capo agli ordinamenti nazionali.

Questi primi elementi ricostruttivi potrebbero portare a definire l'assetto in esame come un assetto armonizzato, nel quale un'unica e uniforme disciplina viene applicata in un primo periodo da un'unica autorità (la Commissione) e, dopo la recente riforma, da una rete di autorità.

La qualificazione in termini di armonizzazione, che è sicuramente applicabile e coerente con la natura delle regole sostanziali e procedurali, spiega, però, parte soltanto del complesso funzionamento dell'assetto sinora esaminato. L'armonizzazione spiega bene, infatti, la parte di questo assetto integrata verticalmente: la primazia del diritto comunitario, la capacità della Commissione di privare le autorità nazionali del potere di trattare un caso, gli strumenti di controllo posti a disposizione della Commissione per verificare la conformità dell'azione delle autorità nazionali. È difficile spiegare, invece, perché l'armonizzazione non esaurisce tutta la gamma delle relazioni possibili e perché queste relazioni, lungi dal collocarsi solo lungo un asse verticale, conoscano un ricco e complesso intreccio orizzontale, nel corso del quale non solo i diversi ordinamenti nazionali, ma lo stesso ordinamento comunitario, sono posti sullo stesso piano e resi, sotto più profili, fungibili ed equivalenti.

Non sono spiegabili nei termini propri e caratteristici di un sistema coincidente con l'armonizzazione né la differente natura e configurazione delle autorità garanti nei diversi ordinamenti, né la contestualità della competenza - che consente una divisione del lavoro, ma non un riparto di poteri -, né la stretta cooperazione fra autorità, né la possibilità che l'una agisca per conto dell'altra, né, infine, il mantenimento delle differenti discipline nazionali per quanto riguarda il concreto esercizio dei poteri di indagine, di decisione e di sanzione.

Tutti questi elementi, se misurati con il metro dell'armonizzazione e della conformità, appaiono come segni di armonizzazione imperfetta e incompleta o, alternativamente, come elementi di confusione rispetto al ben più semplice e chiaro schema delle relazioni verticali fra un centro dominante e una periferia esecutiva e a competenza territorialmente delimitata.

Se, invece, agli stessi elementi si guarda non secondo la logica dell'armonizzazione, ma secondo la logica dell'equivalenza, essi possono essere più agevolmente compresi e composti in un quadro coerente.

Per meglio dar conto di questa affermazione, conviene ripercorrere l'analisi sinora svolta elemento per elemento.

Il doppio vincolo prima ricordato, relativo sia alle regole da applicare, sia al risultato da perseguire, può certo essere definito come armonizzazione della disciplina, sottolineandone così la natura uniforme e la capacità di escludere altre e diverse discipline nella materia. In questo caso occorre poi individuare i limiti dell'armonizzazione, spiegando, ad esempio, perché a questa armonizzazione non corrisponda un'attribuzione di competenza *prò quota* a ciascuna autorità nazionale o perché le autorità (e i giudici) nazionali possano applicare il diritto comunitario utilizzando gli strumenti e le regole procedurali propri dell'ordinamento di appartenenza, con l'evidente conseguenza che all'armonizzazione delle regole non segue un'armonizzazione degli apparati, dei procedimenti, delle misure di garanzia e tutela.

v< t-mA mi7n/>o ni/llmf-ii-a r-Mi^ll nnlmfml^o È* miglio i~3t-*ci/~1tà

di esaurire lo spazio regolativo come una predeterminazione di equivalenza, che comporta l'identificazione di una regola da applicare e di un risultato da perseguire e consente di considerare equivalenti, ai fini dell'applicazione di quella regola e del

perseguimento di quel risultato, le attività di soggetti diversi e diversamente configurati, sottoposti a obblighi comuni quanto ai rapporti tra loro, ma tenuti al rispetto di regole procedurali diverse da ordinamento a ordinamento.

La predeterminazione di equivalenza si esplica non solo mediante la definizione delle norme applicabili - versante sul quale in genere si ferma e si esaurisce l'armonizzazione - ma mediante una serie di strumenti operativi, quali l'attribuzione di competenze parallele o contestuali, l'organizzazione in rete dei soggetti e delle attività, la fungibilità delle attività svolte da ciascuna autorità nella trattazione di un caso, la possibilità che ciascuna autorità operi, nel proprio ordinamento, per nome e per conto della Commissione o di un'altra autorità nazionale.

Proprio quest'ultimo aspetto consente, meglio di altri, di illustrare i vantaggi, in termini esplicativi e ricostruttivi, del ricorso al principio di equivalenza. La natura necessariamente verticale e uniformizzante dell'armonizzazione non consente di spiegare come sia possibile una continua comunicazione - non solo sul piano organizzativo, ma sul piano giuridico e con effetti diretti su situazioni soggettive private - laterale e orizzontale fra ordinamenti nazionali, che porta a configurare una vera e propria irrilevanza dei confini. Ciascuna autorità può operare, mediante la REC, in ordinamenti nazionali diversi da quello di appartenenza e ciascuna autorità è tenuta a prestare assistenza, nel proprio ordinamento, alle indagini svolte da altre autorità, anche in assenza di un intervento della Commissione.

6. Conclusioni

Il ricorso al principio di equivalenza, quale principio generale dell'ordinamento europeo, consente, dunque, in prima approssimazione, di definire il sistema di *enforcement* della disciplina antitrust come un sistema unitario, ma non uniforme,

chiamati a intervenire in ragione della loro collocazione, rispetto al caso concreto, all'interno dello spazio giuridico europeo e non in virtù di una competenza territorialmente determinata (e confinata).

Il principio di equivalenza assume, poi, nel settore della concorrenza, una particolare configurazione che porta alla predeterminazione delle regole da applicare e dei risultati da conseguire. La predeterminazione dell'equivalenza sul piano delle regole e dei risultati comporta l'assunzione di obblighi comuni giuridicamente rilevanti in capo all'autorità incaricata dell'applicazione della disciplina e rende, per altro verso, giuridicamente irrilevanti nello spazio giuridico europeo le differenze che pure permangono, sul piano organizzativo - relativamente alla struttura delle autorità - e sul piano funzionale, soprattutto per quel che riguarda la disciplina procedimentale e i mezzi di tutela.

Alla natura predeterminata dell'equivalenza è riconducibile anche l'attribuzione alla Commissione della responsabilità ultima per il buon funzionamento del sistema, del potere di prelazione e della possibilità di controllare, mediante appositi strumenti e procedimenti, l'applicazione delle regole da parte delle autorità nazionali. La predeterminazione dell'equivalenza fornisce, infatti, un parametro e un metro per misurare l'attività svolta e consente quindi di attribuire a una istituzione europea il compito di garantire che alla predeterminazione corrisponda un'attuazione coerente e congrua. Si tratta di una caratteristica propria dell'equivalenza predeterminata, che la distingue, come si vedrà nel capitolo finale, dalle ipotesi di equivalenza presunta e di equivalenza prefigurata.

L'EQUIVALENZA PRESUNTA:

LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE

NEL MERCATO INTERNO

1. *La costruzione del mercato interno dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*

L'assetto attuale del mercato interno è il frutto di un processo che, prendendo le mosse dall'unione doganale prevista dal Trattato CE, si è sviluppato mediante le successive modifiche alle disposizioni del Trattato, la giurisprudenza della Corte di giustizia e delle corti nazionali, la progressiva definizione di nuovi strumenti e nuovi obiettivi da parte delle istituzioni europee, sino alla recente riformulazione nella Costituzione europea delle norme generali relative alle libertà di circolazione e delle norme specifiche sugli ambiti materiali costitutivi del mercato interno, rispettivamente all'art. 1-4 e agli artt. Ili-14 e seguenti.

La storia e l'evoluzione di questo processo sono state ampiamente illustrate e analizzate sia nella letteratura giuridica, sia in quella storica e politologica¹, di modo che ci si può qui limitare, ai nostri fini, a ricordare per sommi capi alcune caratteristiche originarie dello stesso processo e i principali passaggi attraverso i quali, nel corso di circa mezzo secolo, si è giunti al mercato interno nella sua attuale configurazione².

1.1. Il mercato comune e i suoi principi generali: non discriminazione e libertà di circolazione

La scelta contenuta nel Trattato di Roma presenta sin dall'inizio la peculiarità di prevedere insieme un'unione doganale e un mercato comune. Mentre le previsioni relative all'unione doganale non si discostano dalla tradizione propria dell'istituto, diffuso nei trattati internazionali, la scelta di affiancare all'unione doganale anche un mercato comune è stata, invece, una scelta innovativa, in quanto ha comportato sin dall'origine la previsione di uno spazio comune all'interno del quale i diversi fattori di produzione - le merci, i servizi, le persone, i capitali - possono (o, più esattamente, devono) circolare liberamente, non potendo essere discriminati in ragione della nazionalità.

Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e il principio di libertà di circolazione sono quindi principi fondativi e costitutivi del mercato comune sin dall'origine e, pur conoscendo significativi sviluppi sia sul piano della normazione primaria e secondaria, sia sul piano dell'interpretazione e applicazione giurisprudenziale, hanno sempre mantenuto la qualità di principi generali, dotati di capacità sistematica ed ermeneutica rispetto al diritto del mercato interno quale si è via via sviluppato.

I due principi generali sono specificati, sin dal Trattato di Roma, mediante norme di divieto - relative, ad esempio, ai dazi doganali e alle misure aventi effetto equivalente fra gli Stati membri, agli aiuti di Stato, alle restrizioni quantitative e alle misure di effetto equivalente alla libera circolazione delle merci (artt. 23-31)³ - e mediante norme di armonizzazione, quali ad

esempio la disposizione generale sul «ravvicinamento» delle legislazioni nazionali o le disposizioni specifiche sul mutuo riconoscimento delle abilitazioni professionali e su quello delle società (artt. 47, 48 e 293)⁴. Il mercato comune è un mercato all'interno del quale il commercio fra gli Stati membri si svolge senza incontrare ostacoli dovuti a barriere - fisiche, tecniche o giuridiche - nazionali e i fattori di produzione possono circolare liberamente, indipendentemente dalle caratteristiche che incorporano in ragione della loro origine in uno Stato membro.

Nella sua configurazione originaria il mercato comune non comporta, dunque, necessariamente, l'uniformazione delle regole nazionali e la loro sostituzione con un diritto uniforme europeo. Le norme del Trattato si limitano a indicare l'obiettivo da raggiungere e a individuare i limiti entro i quali l'azione degli Stati membri può svolgersi⁵, stabilendo direttamente alcuni divieti e prevedendo alcune clausole di abilitazione all'armonizzazione, ma rimettendo alla legislazione secondaria la determinazione concreta degli strumenti attuativi. La scelta, perseguita nella prima fase di costruzione del mercato comune, di procedere all'armonizzazione totale delle legislazioni nazionali non era quindi imposta dalle norme del Trattato, ma costituiva solo una fra le possibili opzioni, giustificata soprattutto con la trasposizione sul piano giuridico della distinzione, di origine economica, fra «integrazione negativa» - realizzata principalmente mediante misure di rimozione delle barriere

- e «integrazione positiva», realizzata principalmente mediante l'adozione di misure di armonizzazione.

1.2. Una distinzione senza differenza: integrazione positiva e integrazione negativa

È importante rilevare come il Trattato non contenga alcuna indicazione sul peso specifico che integrazione negativa e integrazione positiva avrebbero dovuto assumere nella costruzione del mercato comune. Le disposizioni del Trattato si limitano, come si è già detto, a indicare il fine da perseguire mediante le norme di divieto e le norme di (abilitazione ali) armonizzazione, ma non individuano gli strumenti e le tecniche di attuazione e applicazione, sviluppati successivamente con la legislazione secondaria e con la giurisprudenza della Corte di giustizia, con percorsi fortemente differenziati.

Nella legislazione secondaria ha prevalso, infatti, per un lungo periodo, la tendenza all'armonizzazione e quindi all'adozione di misure uniformi per tutto lo spazio europeo, che sostituivano le misure nazionali o comunque si imponevano negli ordinamenti nazionali mediante gli obblighi di trasposizione. La giurisprudenza comunitaria ha ben presto imboccato, invece, una direzione diversa, affermando l'immediata applicabilità delle norme del Trattato e, più in generale, l'effetto diretto del diritto comunitario, indipendentemente dall'adozione di misure di armonizzazione⁶.

Si sono così poste le basi per il progressivo superamento della distinzione fra integrazione negativa e integrazione positiva. Se in un primo momento alla distinzione poteva corrispondere anche un diverso grado di integrazione - più intenso in conseguenza delle misure di integrazione positiva, più tenue in conseguenza delle misure di integrazione negativa - la diretta applicabilità ed efficacia del diritto comunitario ha portato, specificamente per quanto riguarda il mercato interno⁷, a un assetto nel quale si possono distinguere le diverse misure a seconda delle modalità operative, ma non più a seconda della natura e degli effetti. Per fare solo un esempio, la diretta applicabilità del divieto di ostacoli e restrizioni quantitative al commercio infracomunitario e l'individuazione rigorosa dei limiti che, in base al Trattato, possono essere posti alla libertà di circolazione delle merci, ha contribuito alla costruzione di uno spazio giuridico ed economico integrato, all'interno del quale non rilevano le barriere nazionali, in misura comparabile, se non probabilmente maggiore, rispetto all'effetto di integrazione raggiunto mediante l'adozione di misure di armonizzazione delle regole di produzione di alcune merci.

Si può ancora affermare, di conseguenza, che l'integrazione negativa è perseguita principalmente mediante misure di divieto, misure tariffarie, misure di rimozione degli ostacoli alla libera circolazione, misure di garanzia della concorrenza e misure di

limitazione degli aiuti di Stato, mentre l'integrazione positiva è perseguita principalmente mediante misure di armonizzazione, ma a condizione di essere consapevoli che la distinzione è riferita soltanto alle modalità operative degli strumenti adottati: nel primo caso si tratta di strumenti volti a impedire l'adozione di regole differenziali o a neutralizzarne gli effetti, mentre nel secondo caso si tratta di strumenti volti a favorire l'adozione di regole uniformi.

Alla distinzione non corrisponde, invece, una differenza nella natura del processo di integrazione, né tantomeno una differenza nell'intensità dell'integrazione stessa⁸, in quanto, come si vedrà meglio in seguito, le misure di divieto possono a volte avere un effetto integrativo più intenso e diretto delle misure di armonizzazione e queste ultime, di converso, possono operare solo come criteri generali di riferimento, restando ampio e rilevante il margine di differenziazione nell'attuazione.

2. Dal mercato comune al mercato interno

Le grandi difficoltà incontrate nella prima fase di attuazione del mercato comune, dovute anche al difficile equilibrio fra ispirazione funzionalista della disciplina sugli ambiti materiali e ispirazione intergovernamentalista della disciplina sulle procedure di decisione, con assoluta prevalenza del criterio dell'unanimità, hanno portato a una progressiva, e non sempre lineare, ridefinizione del progetto nel corso delle numerose revisioni del Trattato succedutesi dal 1957 a oggi che hanno via via articolato l'iniziale previsione sul mercato comune⁹ sino

alla definitiva consacrazione della locuzione «mercato interno» nella Costituzione europea¹⁰.

Gli sviluppi più rilevanti sul piano generale possono essere individuati lungo tre direttrici: il progressivo e continuo ampliamento e arricchimento della panoplia degli strumenti di attuazione del diritto europeo; la rideterminazione delle procedure di decisione; la contestualizzazione del mercato interno rispetto ad altre politiche europee e in particolare rispetto alle politiche sociali e alla tutela dell'ambiente.

Il punto di partenza per la ridefinizione degli strumenti di attuazione del mercato interno è stato il Libro bianco presentato dalla Commissione al Consiglio nel 1985¹¹, nel quale, insieme a un bilancio dei limitati risultati ottenuti nella costruzione del mercato comune e all'indicazione, in allegato, di ben 279 misure necessarie per il completamento, si propose un «nuovo approccio»¹² all'armonizzazione, basato su una combinazione di diversi strumenti e tecniche, quali l'armonizzazione minima, il mutuo riconoscimento, la determinazione di standard da parte di enti specializzati¹³, e si fissò l'obiettivo del completamento

del mercato interno entro il 1992, attraverso l'abolizione delle frontiere fisiche, tecniche e fiscali.

Sulla base delle conclusioni e delle proposte del Libro bianco fu adottato, nel 1986, l'Atto unico, con il quale si fissò¹⁴ al 1992 la data di completamento del mercato interno, senza però l'espressa previsione di alcun effetto giuridico automatico connesso al semplice spirare della scadenza¹⁵. Con l'Atto unico si introdussero anche significative modifiche alle procedure di decisione, prevedendo all'art. 95 il ricorso al criterio della maggioranza qualificata per l'approvazione delle misure di armonizzazione e attribuendo, per la prima volta, un ruolo al parlamento europeo, con la creazione delle procedure di cooperazione. L'Atto unico conteneva, infine, una serie di previsioni in materia di politica sociale e di coesione che costituiscono il primo tentativo di contestualizzare il mercato interno in un quadro di politiche più ampio.

Il mercato interno non è stato completato nel 1992 nei termini definitivi previsti dall'Atto unico, ma il processo di integrazione e sviluppo è continuato con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza lungo le stesse linee direttrici sinora illustrate.

Per quanto riguarda specificamente le misure di armonizzazione, l'art. 95 è stato riformulato, in un primo momento, in modo da consentire agli Stati solo il mantenimento di regole nazionali derogatorie già esistenti (ma non di adottarne di nuove) e di rafforzare i poteri di verifica della Commissione¹⁶

e, in un secondo momento, attribuendo alla Commissione il potere di approvare o rigettare le misure nazionali, rispetto alle quali incombe sullo Stato l'onere di indicare le ragioni che giustificano il mantenimento della misura nazionale¹⁷. Si è previsto che l'armonizzazione non debba necessariamente avere a oggetto regole sostanziali, ma possa limitarsi alla previsione di strumenti di tutela dei privati e si è istituzionalizzata, con il Trattato di Amsterdam, la regola dell'armonizzazione minima¹⁸. Di converso, si sono introdotti alcuni limiti espressi al potere di adottare misure di armonizzazione, come in materia di istruzione, formazione professionale, cultura, salute¹⁹.

Anche il ruolo del parlamento europeo è stato ulteriormente rafforzato con la previsione della procedura di codecisione, mentre si sono via via ampliate le disposizioni relative a nuove politiche che incidono direttamente o indirettamente sul mercato interno, come la moneta unica, la tutela dei consumatori, le politiche sociali e l'occupazione, l'ambiente.

Nello stesso periodo la legislazione secondaria ha fatto ampia applicazione della clausola di armonizzazione minima e ha introdotto una serie di strumenti di controllo sulla legislazione nazionale, primo fra tutti l'obbligo di notifica alla Commissione delle misure restrittive della libera circolazione e degli standard tecnici nazionali, previsto inizialmente solo per le merci e poi esteso ai servizi²⁰. Si sono sempre più sviluppate, inoltre, le tecniche di regolazione non legislative, moltiplicando

gli strumenti informali di cooperazione amministrativa²¹, le procedure di reciproca consultazione e informazione, le comunicazioni interpretative, la pubblicazione di documenti volti a monitorare i progressi del mercato interno, con indicazione dei punti critici e proposte per il superamento delle difficoltà e una enfasi sempre più forte sui vantaggi che dal completamento del mercato interno possono derivare direttamente per i cittadini, le imprese e i consumatori europei²².

Quest'ultimo aspetto ha assunto rilevanza strategica soprattutto dopo il Consiglio di Lisbona - che ha ricondotto il completamento del mercato interno all'obiettivo più generale di fare dell'Unione Europea, entro il 2010, «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita sostenibile con nuovi e migliori

posti di lavoro e una maggiore coesione sociale» - ed è stato ulteriormente confermato dal Consiglio di Nizza, che ha posto, nell'agenda sociale, un nesso indissolubile fra risultati economici e progresso sociale.

È la stessa seppur parziale realizzazione del mercato interno che, allo stesso tempo, consente e richiede il superamento di una concezione centrata pressoché esclusivamente sulla dimensione economica degli scambi, a favore di un approccio multidimensionale, che fa emergere le connessioni fra il mercato interno e le politiche volte ad assicurare la coesione sociale e lo sviluppo sostenibile.

Mano a mano che il mercato europeo è divenuto sempre più «interno», infatti, è diminuita la necessità di affermare e difendere il posto centrale della libertà degli scambi rispetto ad altre politiche e, contestualmente, sono via via emersi vantaggi e svantaggi di quella stessa libertà, che hanno portato a una sua riformulazione sia quanto alle ragioni giustificatrici - si pensi al richiamo della libertà di scelta del consumatore - sia quanto al bilanciamento con altri principi e libertà. Questa evoluzione si riflette nella formulazione oggi consacrata nel testo costituzionale, che inserisce il mercato interno («nel quale la concorrenza è libera e non distorta») nell'ampio catalogo di obiettivi che l'Unione persegue (art. 1-3), fra i quali entrano a pieno titolo anche lo sviluppo sostenibile e la coesione economica, sociale e territoriale²³.

La stessa Costituzione mantiene, peraltro, l'ampia gamma di strumenti di differenziazione già previsti nei precedenti Trattati - *in primis* le cooperazioni rafforzate e la possibilità di non adesione ad alcune politiche - e riproduce, in particolare per quel che riguarda il mercato interno, la possibilità per gli

Stati membri di differenziare nel tempo l'applicazione delle relative misure mediante la previsione di deroghe a carattere temporaneo (art. 111-14), oltre a introdurre regole di riparto della competenza fra l'Unione e gli Stati membri che accentuano e rafforzano la possibilità di differenziazione e limitano, di converso, il ricorso a misure di uniformazione²⁴.

Il quadro costituzionale più e meno recente non ha mai posto, dunque, una stretta e necessaria connessione fra realizzazione del mercato europeo e uniformazione centralizzata delle regole e degli istituti del mercato, ma ha invece consentito sin dall'inizio lo sviluppo di regole e strumenti volti ad assicurare quell'unità nella diversità oggi consacrata nella Costituzione europea.

Esaminando a ritroso il processo di evoluzione sopra sommariamente riassunto è possibile affermare, allora, che lo sviluppo di tecniche ulteriori e diverse rispetto all'armonizzazione trova fondamento diretto nelle norme dei Trattati e oggi della Costituzione e che la ricostruzione di queste tecniche è, di conseguenza, utile per comprendere e illustrare la dinamica costituzionale del mercato europeo e per ricostruire i principi che la governano. Un ruolo fondamentale fra tali principi è svolto, come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, dal principio di equivalenza.

3. Il diritto del mercato interno come diritto uniforme: un progetto di impossibile attuazione

Rimuovere gli ostacoli al commercio fra gli Stati membri si è rivelato, dunque, un compito di enormi proporzioni, realizzabile solo in un arco temporale pluridecennale e a condizione di

modificare in profondità alcune assunzioni di fondo che, come si è visto, sembravano implicite nella prima fase di costruzione dell'ordinamento europeo, elaborando via via schemi interpretativi e strumenti operativi nuovi e diversi.

La convinzione, dominante nei primi anni di vita della CETì, che fosse possibile procedere mediante armonizzazione delle legislazioni nazionali, si è dimostrata rapidamente idealistica², a causa di un doppio limite, spaziale e temporale. Lo spazio che l'armonizzazione avrebbe dovuto coprire era così ampio da richiedere una mole enorme di legislazione secondaria, non producibile con i limitati mezzi e le complesse procedure di decisione dell'ordinamento europeo. La legislazione prodotta era sottoposta, poi, a rapida obsolescenza, in ragione della continua evoluzione delle tecniche di produzione e di vendita, di modo che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali era sempre incompleta e spesso superata.

A questi limiti strutturali dell'armonizzazione si aggiungevano un limite funzionale e uno di contenuto.

Sotto il primo profilo, la necessità di armonizzazione finiva per operare come ostacolo alla diretta applicabilità ed efficacia delle norme primarie, costituendo una sorta di schermo dietro il quale si poteva riparare la legislazione nazionale, non sottoponibile a un test diretto di compatibilità con le norme primarie in assenza di legislazione secondaria di attuazione.

Quanto ai contenuti, la disciplina armonizzata era spesso più minuta, dettagliata e farraginoso delle discipline nazionali che sostituiva, perché doveva tendenzialmente sommare requisiti e criteri di diversi ordinamenti nazionali e più raramente riusciva, invece, a semplificare regole e strumenti.

Il ridimensionamento della tecnica di armonizzazione non si è tradotto, però, nel fallimento della politica di rimozione degli ostacoli al commercio fra gli Stati membri, che si è andata sviluppando mediante altre tecniche e nuovi strumenti,

volti ad assicurare le libertà di circolazione anche in assenza di armonizzazione. Essenziale è stato, in questa direzione, il contributo della Corte di giustizia, che ha introdotto nell'ordinamento la tecnica del mutuo riconoscimento sin dalla seconda metà degli anni 70²⁶ e ha fornito, come si vedrà meglio nei paragrafi successivi, gli elementi per una più articolata e moderna costruzione della libertà di circolazione delle merci, dei servizi e delle persone.

Su questi elementi si è fondato anche il cambiamento di prospettiva adottato dalla Commissione, reso sempre più esplicito con alcune comunicazioni strettamente consequenziali alle pronunce della Corte di giustizia²⁷ e con una serie di documenti ufficiali, nei quali l'armonizzazione diviene solo uno fra gli strumenti utilizzabili ai fini della rimozione degli ostacoli al commercio fra gli Stati membri. Questa nuova panoplia di strumenti trova una consacrazione, come si è già detto in precedenza, nella progressiva modificazione della normativa primaria, prima con l'inserimento della libertà di circolazione delle merci all'interno del vasto programma legislativo volto al completamento del mercato interno entro il 1992 e poi con la modifica, con il Trattato di Amsterdam, delle disposizioni in materia di ravvicinamento delle legislazioni.

Gli effetti di questo cambiamento di prospettiva ai fini della rimozione degli ostacoli al commercio e della piena affermazione della libertà di circolazione saranno esaminati nel corso di questo capitolo, evidenziando anche le differenze fra regole sulle merci e sui servizi. Si possono però sin d'ora anticipare due considerazioni di carattere generale sull'abbandono, o almeno sul ridimensionamento della tecnica di armonizzazione come tecnica unica o dominante per la costruzione del diritto europeo in materia²⁸.

Tale ridimensionamento non costituisce, in primo luogo, un abbandono o un restringimento del progetto iniziale, ma porta a un suo aggiornamento per quanto riguarda gli strumenti operativi²⁹. Resta fermo l'obiettivo finale, ma lo si persegue per altre vie e qui emerge la particolare e peculiare natura dell'ordinamento europeo come ordinamento che non persegue l'unità mediante l'uniformità e deve quindi dotarsi di strumenti per la gestione delle differenze. L'abbandono della tecnica di armonizzazione come tecnica unica o prevalente significa appunto il riconoscimento non solo della irriducibilità di alcune differenze, ma anche la possibilità che esse convivano e quindi la riduzione della loro rilevanza ai fini dell'unità dell'ordinamento.

L'irriducibilità delle differenze mediante l'armonizzazione non significa, allora, il fallimento del progetto del mercato interno, ma porta invece a costruire un diritto del mercato interno che ne assicuri l'unitarietà - come spazio giuridico - senza necessariamente perseguire e assicurare l'uniformità di tutte le componenti di quello stesso spazio. Emerge così la necessità di individuare strumenti che consentano non il livellamento delle differenze, ma il «governo» di esse e la loro sussunzione a principi comuni e, questi sì, unitari³⁰.

Il principio di equivalenza è, secondo la tesi che qui si vuole dimostrare, il più ampio ed efficace fra tali principi, non solo per la varietà di tecniche mediante le quali può essere applicato, ma anche - e qui emerge il secondo profilo rilevante - per la carica «riduttiva» che lo caratterizza in rapporto al potere di porre nuove norme o regole da parte di tutti i soggetti dell'ordinamento e, in particolare, la Commissione, gli Stati membri e, *last but not least*, la Corte di giustizia, che mediante il richiamo del principio di equivalenza rinuncia a riempire incrementalmente lo spazio offerto dalle asimmetrie fra le legislazioni nazionali³¹.

Il quadro così sommariamente abbozzato verrà ora articolato in dettaglio con riferimento ai modi in cui l'ordinamento europeo disciplina il mercato interno, concentrando l'analisi su due ambiti materiali - le merci e i servizi, comprendendo in questi ultimi la disciplina dei diplomi e delle qualificazioni professionali - prescelti per la loro rilevanza e per le diverse modalità di applicazione del principio di equivalenza.

Per ciascun ambito l'analisi prenderà le mosse dalla conformazione giuridica della libertà di circolazione o di stabilimento, indicherà i fini della disciplina, enucleerà le situazioni soggettive riconosciute, anche alla luce delle regole e dei principi affermati

dalla giurisprudenza, e individuerà, infine, gli strumenti applicativi della disciplina così ricostruita, con particolare attenzione alle obbligazioni incombenti sugli Stati membri. Nel paragrafo conclusivo si individueranno i tratti generali e ricorrenti, per verificare la possibilità di una ricostruzione unitaria.

4. *ha libertà di circolazione delle merci*

La libertà di circolazione delle merci è sicuramente la libertà caratterizzata dal più rapido sviluppo nell'ordinamento europeo, per il rilievo che essa ha assunto nella costruzione del mercato unico. La mole della legislazione secondaria e la frequenza delle pronunce giurisprudenziali in materia ne hanno fatto una costruzione giuridica articolata e complessa, sino al punto da far ritenere ad alcuni eccessivi l'attenzione e gli sforzi dedicati alla libertà di circolazione delle merci rispetto ad altre più fondamentali libertà, con una conseguente sopravvalutazione della sfera legata alla produzione, alla vendita e al consumo rispetto alla sfera legata alla cittadinanza³².

La centralità della libertà di circolazione delle merci, quale articolazione del più generale principio di libertà di circolazione, trova un fondamento diretto ed espresso nel Trattato, nelle disposizioni degli artt. 23, 28, 29 e 30. Si tratta di disposizioni volte principalmente a porre divieti, definiti con riferimento a comportamenti specificamente indicati - il divieto di dazi doganali e il divieto di restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione - e a comportamenti a essi assimilabili in quanto equivalenti. L'ambito di applicazione di tali divieti è limitato dalla sussistenza di ragioni che possono giustificare le restrizioni, ma a condizione, comunque, di non produrre discriminazioni arbitrarie o una restrizione dissimulata del commercio fra Stati.

Il processo di attuazione e di applicazione" di queste disposizioni non è stato certo lineare e ha conosciuto diverse fasi, sia per quanto riguarda le scelte operate con la legislazione secondaria, sia per quanto riguarda gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, passando dai tentativi di armonizzazione integrale alla determinazione di regole di armonizzazione minima, dalla previsione di standard uniformi all'affermazione - giurisprudenziale prima e legislativa poi - del mutuo riconoscimento, dall'affermazione dell'obbligo di conformità delle legislazioni nazionali agli obblighi di comunicazione e al rispetto del principio di fiducia reciproca.

Tale processo è stato frequentemente descritto e discusso in letteratura³⁴ e non occorre qui ripercorrerne in dettaglio la storia e le diverse tappe, mentre è opportuno, ai nostri fini, entrare direttamente nell'esame dei rapporti tra libertà di circolazione delle merci e principio di equivalenza. L'analisi prenderà in considerazione, nell'ordine, i fini della disciplina nella legislazione primaria, le variazioni della disciplina in ordine a diversi ambiti di applicazione, la configurazione dei diritti

riconosciuti agli individui in base all'affermazione della libertà di circolazione, i caratteri delle tecniche e degli strumenti di attuazione, le obbligazioni incombenti sugli Stati membri.

5. I fini della disciplina

La libertà di circolazione delle merci è unanimemente considerata, insieme alle altre tre libertà di circolazione e alla libertà di stabilimento, un elemento centrale della Costituzione economica europea³⁵ e uno strumento essenziale per la costruzione di un mercato non più segmentato in comparti nazionali, all'interno del quale i fattori di produzione possono muoversi senza incontrare ostacoli, barriere, frontiere.

Le norme del Trattato sulla libertà di circolazione delle merci sono rivolte agli Stati e non contengono, invece, una espressa dichiarazione della libertà di circolazione come diritto individuale³⁶, anche se è evidente che dalla previsione di divieti e obblighi in capo agli Stati deriva una responsabilità di questi ultimi non solo nei confronti gli uni degli altri, ma anche nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento, e quindi anche degli individui. Questo aspetto emerge con chiarezza dalla plu-ridecennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, che configura un diritto di circolazione inerente al prodotto (e quindi azionabile dal produttore) indipendente dal luogo di produzione e limitabile soltanto ove ricorrano determinate condizioni, indicate dal Trattato e specificate dalla Corte stessa.

I limiti al diritto di circolazione delle merci devono quindi avere una base giuridica o nei motivi di interesse pubblico indicati all'art. 30 - la moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la tutela della salute e la vita delle persone e degli animali e la preservazione dei vegetali, la protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale,

la tutela della proprietà industriale o commerciale - o nelle esigenze imperative individuate dalla Corte: l'efficacia dei controlli fiscali, la lealtà dei negozi commerciali, la difesa dei consumatori⁵¹.

Sul rapporto tra libertà di circolazione e suoi limiti si tornerà in dettaglio in seguito, ma si deve già sin d'ora segnalare come il Trattato ponga, per un verso, un divieto assai ampio agli ostacoli alla circolazione, esteso sino alle «misure equivalenti» e, per altro verso, indichi tassativamente - seppure con clausole abbastanza generali - i casi nei quali vi possono essere misure che equivalgono a ostacoli alla circolazione, ma la cui incompatibilità con il divieto di cui sopra è direttamente rimossa da una deroga legislativa.

Il fine posto con chiarezza dalla disciplina primaria è dunque l'abbattimento o comunque il superamento degli ostacoli al commercio fra gli Stati membri. Tali ostacoli sono principalmente di natura giuridica, nel senso che essi derivano innanzitutto dalle diverse regolazioni nazionali, che riflettono le preferenze nazionali stratificatesi nella storia e strutturate in priorità politiche mediante il processo rappresentativo tipico degli Stati democratici europei, con esiti e scelte che differiscono per ciascun sistema nazionale.

Le regole giuridiche o tecniche che incorporano le preferenze nazionali - e quindi anche la specifica ponderazione di interessi ritenuta preferibile nel sistema nazionale - non solo sono dunque necessariamente e inevitabilmente diverse, ma sono anche difficilmente uniformabili, perché il processo di uniformazione comporterebbe alternativamente due conseguenze ugualmente inaccettabili. Si dovrebbe, infatti, o consentire la sovrapposizione di un determinato sistema a tutti gli altri (ma ciascun sistema ha ragioni e legittimazione di uguale forza e

valore) o, alternativamente, giungere alla creazione di un sistema nuovo e artificiale. Gli effetti paradossali di quest'ultima opzione sono particolarmente chiari nel caso dei prodotti alimentari: si avrebbe, come si è già notato, la pasta europea al posto della pasta italiana, la birra europea al posto della birra tedesca, il gin europeo al posto del gin olandese, ma si tratta di prodotti che non esistono e non possono essere creati artificialmente mediante regole giuridiche.

La disciplina primaria non prevede affatto, del resto, né l'obiettivo né gli strumenti dell'uniformazione delle regole (e preferenze) nazionali, ma si limita a indicare quale fine generale dell'ordinamento europeo la rimozione degli ostacoli al commercio fra gli Stati, senza configurare gli specifici strumenti da utilizzare per il raggiungimento di tale fine. E, invece, sul piano della legislazione secondaria e dell'interpretazione giurisprudenziale che gli strumenti e le tecniche di attuazione sono stati via via configurati e affinati, in una gamma che va, come si è ricordato in precedenza, dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali alla determinazione di standard minimi, dall'autorizzazione unica *all'home country control*, dall'obbligo di notifica all'obbligo di inserimento della clausola di mutuo riconoscimento nelle legislazioni nazionali.

La norma primaria contiene, per contro, un richiamo al principio di equivalenza sul quale conviene sin d'ora soffermarsi. La formulazione del divieto considera, da un lato, gli ostacoli alla libera circolazione delle merci e, dall'altro, le «misure equivalenti a restrizioni quantitative e qualitative», al fine evidente di assicurare al divieto la massima forza espansiva. Il richiamo all'equivalenza fra ostacoli e altre misure comporta la necessità di una valutazione degli effetti di ciascuna misura, ai fini dell'accertamento dell'eventuale natura restrittiva della misura stessa, con una forte accentuazione dei profili sostanziali rispetto a quelli formali e procedurali per quanto riguarda l'esame delle legislazioni nazionali.

Dalla valutazione di equivalenza consegue infatti un giudizio di compatibilità fra le singole misure e il diritto europeo.

Si

tratta di un giudizio rimesso a tre diverse categorie di soggetti'

gli Stati membri che adottano le misure, i soggetti privati

che,

nell'ordinamento europeo, le subiscono e i giudici di fronte ai quali può essere portata una misura ritenuta incompatibile con

la regola del diritto europeo che vieta gli ostacoli al commercio fra gli Stati membri.

Occorre ora verificare con quali strumenti e criteri sia assicurata e verificata tale compatibilità, muovendo dall'esame delle situazioni soggettive private garantite.

6. *Le situazioni soggettive riconosciute: il diritto di accesso al mercato*

L'affermazione della libertà di circolazione delle merci comporta la sussistenza di situazioni soggettive in capo agli individui e di obblighi in capo agli Stati membri.

È caratteristica tipica e propria del diritto europeo la stretta connessione fra queste posizioni giuridiche, spesso poste in relazione di strumentalità: l'attribuzione agli individui di un diritto e delle azioni di tutela di quel diritto consente di far emergere la violazione degli obblighi da parte di uno Stato membro e di apprestare misure correttive³⁸.

Questo peculiare meccanismo di costruzione e affermazione del diritto europeo ha un evidente limite, in quanto l'inadempimento degli Stati viene accertato in sede giurisdizionale e quindi in una sede che per natura non consente un accertamento di natura sistemica e dispone di misure correttive capaci solo di sanzionare il comportamento inadempiente nel caso specifico, ma inadatte a promuovere e costruire una disciplina positiva in adempimento dell'obbligo. In assenza di strumenti istituzionali (e non giurisdizionali) efficaci per controllare e assicurare l'attuazione del diritto europeo, *enforcement* tende a prevalere *su l'implementation*³⁹: per questa ragione l'esame delle situazioni soggettive degli individui verrà svolto, di se-

guito, prima dell'esame degli obblighi sussistenti in capo agli Stati membri.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha configurato la libertà di circolazione delle merci come un fascio di situazioni soggettive, unificate dalla loro inerenza, appunto, alla merce, ma differenziate, quanto a tutela, sia a seconda della posizione rispetto alla merce (produttore o consumatore), sia a seconda del tipo di operazione alla quale la merce è sottoposta (produzione, commercializzazione, pubblicità), sia, infine, a seconda della specifica disciplina eventualmente dettata per il prodotto, che può spingersi sino a prevedere, come accade per esempio per i medicinali, una previa autorizzazione all'immissione sul

mercato.

La differenza principale fra queste diverse fattispecie è relativa allo spazio riconosciuto alle ragioni giustificatrici di regole nazionali non equivalenti, collocate però in un quadro interpretativo generale dotato di caratteri distintivi propri, la cui struttura di fondo è generalmente applicabile, come si cercherà di dimostrare di seguito.

6.1. Le regole sul processo di produzione delle merci: profili generali

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha configurato un vero e proprio diritto di accesso al mercato, in tutto lo spazio europeo, per tutte le merci che siano state legalmente prodotte in ciascuno Stato membro, secondo le regole proprie

dello Stato di origine.

Conviene esaminare in dettaglio i singoli elementi di questa configurazione, per verificare come si atteggi, in materia, il principio di equivalenza e quali siano le regole operative e gli effetti giuridici rilevanti.

Il primo elemento rilevante è il riferimento allo Stato di origine. Il diritto di accesso al mercato è riferito, infatti, alle merci legalmente prodotte nello Stato di origine. La disciplina nazionale - ciascuna disciplina nazionale - è, quindi, in grado di determinare i requisiti obbligatori per la produzione delle merci nazionali. La valenza di tali requisiti coincideva, quando non esisteva il mercato europeo, con il territorio dello Stato

e operava nei confronti di qualsiasi prodotto - nazionale o straniero - che dovesse accedere al mercato nazionale.

La disciplina nazionale poteva, così, determinare il trattamento dei prodotti ai fini dell'accesso al mercato, eventualmente anche distinguendo fra il trattamento riservato ai prodotti nazionali e il trattamento riservato ai prodotti stranieri.

L'attuazione e l'applicazione delle regole proprie del mercato interno hanno modificato in profondità il ruolo e la valenza della disciplina nazionale.

E stata esclusa, in primo luogo, la possibilità di riservare trattamenti diversi ai prodotti nazionali rispetto alle merci prodotte in altri Stati membri, per l'evidente natura discriminatoria di tale differenza di trattamento⁴⁰. Si è fatta così applicazione del principio di non discriminazione, che richiede di ignorare, ai fini della determinazione della disciplina applicabile, l'origine della merce, purché essa sia prodotta in uno Stato membro.

Si tratta di un primo passaggio fondamentale, ai fini della libertà di circolazione delle merci, perché garantisce a tutte le merci, quale che sia la loro origine, lo stesso trattamento.

Questo passaggio è, però, insufficiente, in mancanza di armonizzazione delle regole di produzione, a garantire a tutte le merci lo stesso trattamento sul mercato europeo nel suo complesso. Fino a quando questo mercato è composto da ambiti nazionali per i quali valgono discipline diverse, le merci avranno tutte accesso alle stesse condizioni con riguardo a questo o a quell'ambito nazionale, ma saranno sottoposte a condizioni diverse a seconda dello Stato di destinazione. Il richiamo al principio di non discriminazione è dunque utile al fine di porre tutte le merci nella stessa posizione rispetto a ciascun mercato nazionale, ma non è invece sufficiente a garantire la sussunzione

dei mercati nazionali in un mercato europeo, all'interno del quale siano rimossi gli ostacoli al commercio fra gli Stati.

L'armonizzazione delle regole di produzione era, però, per le ragioni già esposte in precedenza, non solo difficilmente realizzabile, ma anche poco conveniente: la rimozione delle barriere al commercio non poteva dunque avvenire, nella maggior parte dei casi, mediante la creazione di un diritto uniforme, ma occorreva comunque impedire che le diverse discipline nazionali operassero come ostacoli alla libera circolazione delle merci nel mercato europeo.

Il secondo passaggio fondamentale per realizzare a pieno la libertà di circolazione delle merci è stato allora quello di legare il diritto di accesso al mercato a una, e una sola, disciplina del processo di produzione: la disciplina del paese di origine⁴¹.

Il diritto di accesso a tutto il mercato europeo dipende, quindi, dal rispetto dei requisiti posti nel paese d'origine della merce e nei confronti di tale diritto divengono inoperanti le regole del paese di destinazione che prevedano diversi requisiti. Si passa, così, dall'applicazione del principio di non discriminazione all'applicazione del principio di equivalenza. Le discipline nazionali relative ai processi di produzione delle merci non vengono armonizzate, ma vengono considerate equivalenti, in modo che possono coesistere senza reciprocamente annullarsi nello spazio giuridico europeo. Il diritto di accesso al mercato è quindi basato su una regola europea, che comporta l'equivalenza fra le discipline nazionali come regola generale del mercato interno, fatti salvi i limiti posti dalle stesse norme

primarie.

L'ambito coperto dalla disciplina nazionale viene a mutare, così, lungo due diverse direzioni. Esso si estende oltre i con-

fini del territorio nazionale e coincide con i fini del mercato interno europeo, ma, allo stesso tempo, non comprende più le merci che accedono al mercato nazionale in virtù della propria disciplina d'origine.

Viene a cadere, così, la coincidenza piena e permanente fra mercato nazionale e disciplina nazionale, sia perché all'interno del mercato nazionale circolano liberamente merci che incorporano - quanto alle regole di produzione o ai criteri di composizione - discipline di altri ordinamenti nazionali, sia perché ciascuna disciplina nazionale è, appunto, incorporata nella merce nazionale e circola, quindi, insieme a essa, fuori e oltre l'ordinamento di origine⁴².

L'affermazione del principio di libertà di circolazione delle merci non comporta, quindi, necessariamente la sostituzione delle disparità fra le legislazioni nazionali con una disciplina europea uniforme, ma impone, piuttosto, di valutare quelle disparità alla luce del divieto di creare ostacoli al commercio europeo e di porre restrizioni quantitative (o misure equivalenti) alle importazioni e alle esportazioni.

Le disparità fra legislazioni in tanto possono assumere valenza giuridica nell'ordinamento europeo in quanto siano compatibili con il diritto europeo stesso, vale a dire siano fondate su una causa giustificatrice individuabile nella normativa primaria, come interpretata dalla Corte di giustizia⁴³.

Una eventuale valutazione di incompatibilità fra la disciplina nazionale e il diritto europeo non comporta, peraltro, necessariamente l'eliminazione in radice della regola incompatibile, ma piuttosto la neutralizzazione dei suoi effetti per quanto riguarda l'accesso al mercato nazionale delle merci provenienti da altri Stati membri⁴⁴.

Le disparità fra legislazioni nazionali non sono, quindi, di per sé vietate o da eliminare, ma rilevano ai fini della libertà di circolazione solo in quanto abbiano l'effetto di ostacolare il commercio intracomunitario o di produrre restrizioni, di qualsiasi natura, alle importazioni e alle esportazioni.

Il punto è importante perché la neutralizzazione della specifica regola nazionale giudicata incompatibile con la libertà di circolazione delle merci (o, se si preferisce, con il divieto che tutela la stessa libertà) non avviene mediante la sua rimozione e l'applicazione di una regola europea, bensì mediante l'applicazione della regola nazionale equivalente dello Stato nel quale la merce è stata prodotta.

Le regole nazionali non vengono, dunque, come succede quando si ricorre all'armonizzazione, sostituite da una disciplina uniforme, ma, allo stesso tempo, non si consente il contemporaneo operare di due (o più) regole nazionali in relazione alla produzione delle merci. La produzione delle merci è regolata esclusivamente dalle norme dello Stato di origine e dalla conformità a tali norme scaturisce il diritto all'accesso al mercato interno nel suo complesso⁴⁵. A tale diritto possono applicarsi

alcune limitazioni, ma solo nei casi e nei termini previsti dalla normativa primaria⁴⁶, come si vedrà fra breve.

Prima di passare all'esame dei limiti che il diritto di accesso al mercato incontra, conviene evidenziare l'assunzione di base che regge l'orientamento giurisprudenziale sopra sintetizzato, secondo la quale l'equivalenza fra le garanzie prestate dalla disciplina di origine e le garanzie prestate dalla disciplina di destinazione è presunta. Poiché esiste il divieto di ostacoli, restrizioni o misure equivalenti al commercio intracomunitario, si suppone che le discipline nazionali siano conformi a tale divieto: il che significa che si suppone l'equivalenza delle legislazioni nazionali al fine della circolazione delle merci. L'esistenza di disparità che fungono da ostacolo, senza fondarsi sulle giustificazioni previste, viola il principio di equivalenza, posto a garanzia del produttore, che altrimenti dovrebbe sottoporsi a tante regole diverse, e il principio di proporzionalità, che vale per il complesso dei poteri comunitari ed esclude la possibilità di regolazione doppia, o addirittura multipla, di una stessa fattispecie.

Proprio qui sta una caratteristica originale e tipica del principio di equivalenza. L'applicazione del principio comporta, infatti, il mantenimento delle diverse discipline nazionali, senza che da questa pluralità di norme poste sullo stesso piano derivi la concorrenza fra di esse, ma, invece, la neutralizzazione delle norme dello Stato di destinazione a favore delle norme dello Stato di origine.

Non si verifica, quindi, l'effetto giuridico tipico della concorrenza fra ordinamenti: il conflitto fra norme concorrenti e, contestualmente, la determinazione delle regole o dell'autorità deputate alla soluzione del conflitto. Disciplina di origine e

disciplina di destinazione non entrano, infatti, direttamente in conflitto, ma sono giudicate per la loro compatibilità con la norma primaria che disciplina il commercio intracomunitario, di modo che l'eventuale confronto non è relativo a due diverse discipline nazionali, che non entrano mai in concorrenza, in quanto la competenza (inderogabile) di ciascuna è relativa alla disciplina della produzione delle merci nazionali e tale disciplina ha valenza estesa all'intero territorio (o, se si preferisce,

mercato) europeo.

L'applicazione del principio di equivalenza non porta, quindi, alla concorrenza fra norme nazionali, ma, al contrario, impedisce la regolazione doppia (o multipla) del processo di produzione delle merci, attribuendo competenza esclusiva in materia allo Stato di origine. I produttori di merci godono, quindi, di un diritto di accesso al mercato interno condizionato soltanto al rispetto delle regole di produzione di uno Stato membro⁴⁷: tale rispetto è condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente per assicurare la libera circolazione del prodotto.

Questa sorta di «autosufficienza» della disciplina di origine è confermata dai limiti rigorosi che lo Stato di destinazione incontra anche per quel che riguarda l'attività di verifica sui prodotti, che non può comportare una duplicazione dei controlli o degli oneri di certificazione e documentazione da parte del produttore o dell'importatore, valendo anche in questo caso la presunzione di equivalenza fra i controlli e i certificati dell'ordinamento di origine e quelli richiesti nello Stato di destinazione⁴⁸.

Il diritto di accesso al mercato non è riferito, però, soltanto al produttore o all'importatore di merci, ma è invece sempre più frequentemente connesso, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ai diritti del consumatore e in particolare alla libertà di scelta della quale questi deve godere nel mercato interno⁴⁹.

La protezione del consumatore assume, così, nell'ordinamento europeo, una duplice valenza, a seconda che la sua tutela sia rimessa - secondo gli orientamenti per la verità non sempre rigorosi della Corte - alla libertà di scelta dello stesso consumatore o al potere regolatore dell'ordinamento nazionale all'interno del quale il consumatore opera.

Nel primo caso, il libero accesso al mercato del prodotto è garanzia della libertà di scelta del consumatore fra più prodotti in concorrenza, all'unica condizione che sul prodotto siano fornite, in genere mediante l'etichetta, informazioni sufficienti a una scelta informata⁵⁰.

Nel secondo caso, invece, la protezione del consumatore è ascritta fra le esigenze imperative che possono giustificare un ostacolo agli scambi intracomunitari derivante da una regola nazionale e opera, quindi, come limite al diritto di accesso al mercato⁵¹.

Pur nelle già citate oscillazioni della giurisprudenza in materia, sembra di poter individuare un criterio sufficientemente rigoroso di discriminare fra le due ipotesi nell'applicazione di un principio generale del diritto europeo, quale è il principio di proporzionalità, distinguendo i casi in cui è sufficiente, ai fini della protezione del consumatore, l'esercizio dell'autonomia privata sulla base delle informazioni (rese obbligatoriamente) disponibili, dai casi in cui occorre, invece, una tutela eteronoma, affidata quindi all'intervento pubblico.

Corrispondentemente, e in accordo con il principio di proporzionalità, mentre la protezione garantita mediante il diritto di accesso al mercato e la libertà di scelta assume carattere generale⁵², la protezione garantita mediante una regola nazionale differenziale deve trovare specifica e apposita giustificazione e spetterà quindi allo Stato di destinazione dimostrare che nessun'altra misura meno intrusiva è sufficiente a garantire quella

protezione⁵³.

Prima di passare all'analisi di dettaglio della strumentazione giuridica mediante la quale si garantisce l'esercizio e la tutela delle situazioni soggettive riconosciute sul mercato interno, occorre però illustrare alcuni casi di specie, che pur riproducendo i profili generali sinora illustrati, presentano alcune caratteristiche particolari utili per comprendere la varietà delle forme mediante le quali il principio di equivalenza può realizzarsi con riferimento alla libertà di circolazione delle merci. I casi esaminati di seguito sono stati scelti per illustrare, rispettivamente, l'articolazione delle tecniche di equivalenza lungo una dimensione orizzontale - e quindi con riferimento alla commercializzazione e alla pubblicità delle merci - e lungo una dimensione verticale, e quindi con riferimento a un tipo di prodotto per il quale è prevista una previa autorizzazione all'immissione sul mercato, come i medicinali.

6.2. Le regole sulla vendita e sulla pubblicità

Il diritto di accesso al mercato può essere sottoposto a specifiche condizioni nazionali per quel che riguarda le modalità di vendita e di pubblicità del prodotto, a condizione che tali modalità si applichino indistintamente alle merci importate e

alle merci interne. In questi casi, infatti, secondo l'orientamento prevalente della Corte di giustizia⁵⁴, non è rilevabile un effetto discriminatorio a danno delle merci importate e non si rientra, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 28. L'orientamento in esame ha, peraltro, conosciuto una progressiva evoluzione in senso meno restrittivo, in quanto mentre nella prima famosa pronuncia in materia la Corte aveva escluso che si potesse applicare l'art. 28 persino in presenza di un effetto restrittivo sul volume complessivo delle vendite, successivamente la giurisprudenza ha riportato all'ambito di applicazione dell'art. 28 alcune modalità di vendita e forme di pubblicità, quali, ad esempio, le informazioni pubblicitarie riportate nell'etichetta del prodotto, la pubblicità riferita al contenuto stesso del prodotto⁵⁵ e, più in generale, le misure nazionali che possono avere un effetto restrittivo più significativo sulle merci importate rispetto alle merci di produzione nazionale⁵⁶.

Il principale punto critico di questa giurisprudenza, più volte messo in luce dalla letteratura, sta nell'insufficienza del principio di non discriminazione al fine di garantire l'effettiva libera circolazione di merci prodotte in qualsiasi Stato membro, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, misure restrittive delle modalità di pubblicità del prodotto finiscono necessariamente per sfavorire maggiormente il prodotto importato, che per definizione è meno noto al consumatore e ha bisogno di farsi conoscere sul mercato.

In secondo luogo, la generale esclusione delle regole sulle modalità di vendita e sulle forme di pubblicità dall'ambito di applicazione dell'art. 28 ha consentito alla Corte di non fare alcuna indagine sugli effetti concreti della misura nazionale, di modo che quest'ultima non veniva sottoposta ad alcuna verifica quanto all'effettività dell'indistinta applicazione alle merci nazionali e alle merci importate.

L'evoluzione dell'orientamento della Corte tende, recentemente, da una parte a distinguere maggiormente fra modalità di vendita e forme di pubblicità connesse al contenuto del prodotto e forme, invece, puramente promozionali e, dall'altra, a verificare gli effetti concreti e sostanziali delle misure, collegando quindi l'applicazione dell'art. 28 non a una presunzione, ma a un effetto sostanziale⁵⁷.

Emerge qui, nuovamente, la rilevanza del diritto di accesso al mercato come situazione soggettiva intorno alla quale si costruisce l'insieme di regole ed eccezioni che realizza il principio di libertà di circolazione delle merci. La Corte ha stabilito, infatti, che le misure nazionali restrittive non solo devono applicarsi a tutti i soggetti con le stesse modalità, ma non devono produrre un restrizione sostanziale al diritto di accesso al mercato delle merci importate rispetto alle merci nazionali, evocando nuovamente, quindi, l'approccio generale e sostanzialistico della cosiddetta «formula Dassonville», secondo la quale ricadono nel divieto di cui all'art. 28 tutte le misure nazionali che ostacolano direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari.

Il diritto di accesso al mercato viene così utilizzato quale criterio per valutare l'applicabilità dell'art. 28 alle misure

- relative ad alcune modalità di vendita e di pubblicità - che producono un effetto restrittivo sul commercio intracomunitario, divenendo irrilevante, invece, il fatto che esse siano indistintamente applicabili alle merci nazionali e alle merci importate, mentre restano comunque escluse dall'ambito del divieto di cui all'art. 28 le misure nazionali che abbiano ambito ed effetti puramente locali e non incidano, quindi, sugli scambi intracomunitari.

Anche per quel che riguarda le misure nazionali relative alle modalità di vendita e di pubblicità il criterio discriminante per determinare l'applicabilità del divieto di cui all'art. 28 è basato sul principio di proporzionalità. Una misura generale di divieto della pubblicità è da considerare, ad esempio, in contrasto con l'art. 28, mentre la proibizione di alcune specifiche forme di pubblicità e la contestuale disponibilità di altre forme alternative è considerata una garanzia sufficiente del diritto di accesso al mercato.

Il diritto di accesso al mercato assume quindi ampiezza diversa a seconda che la misura nazionale (potenzialmente) restrittiva abbia a oggetto le regole di produzione o le regole di vendita e pubblicità della merce, ma in ambedue i casi funge da test per verificare la causa giustificatrice e la proporzionalità della misura nazionale⁵⁸.

Si conferma, quindi, l'applicabilità dello schema generale sopra descritto, con gli adattamenti dovuti principalmente al fatto che le regole di produzione della merce e le regole di vendita e pubblicità della stessa merce hanno, almeno tendenzialmente, un diverso impatto sugli scambi comunitari, più ampio nel primo caso e meno facilmente rilevabile nel secondo⁵⁹.

La principale conseguenza di tale circostanza è una più ampia possibilità di intervento regolativo per lo Stato di destinazione della merce, sempre nel rispetto del principio di non discriminazione, delle condizioni di applicazione indistinta e della necessaria proporzionalità della misura restrittiva del diritto di accesso al mercato.

Questa più ampia facoltà regolativa dello Stato di destinazione non comporta, però, una eccezione allo schema generale di funzionamento del principio di equivalenza, ma piuttosto una diversa ampiezza della presunzione di equivalenza fra diverse misure nazionali, con uno scrutinio più puntuale degli effetti restrittivi di queste ultime.

La diversa gradazione della presunzione di equivalenza si spiega, del resto, anche con il diverso grado di connessione delle regole rispetto alla merce: mentre le regole sulla produzione o sui criteri di composizione sono necessariamente incorporate nel prodotto e circolano con esso, le regole sulla vendita e sulla pubblicità possono anche essere scorporate dal prodotto e conoscere differenziazioni, purché tali differenze non incidano sul diritto di accesso al mercato in modo tale da restringere gli scambi intracomunitari.

Alla differenza nella gradazione della presunzione di equivalenza non consegue, però, una differenza nelle condizioni giuridicamente rilevanti per determinare la natura restrittiva della misura nazionale, sempre identificabili in limitazioni sproporzionate del diritto di accesso al mercato, quali la duplicazione di oneri⁶⁰, la privazione totale di un diritto riconosciuto nell'ordinamento di origine (si pensi al divieto assoluto di pubblicità), la restrizione ingiustificata del diritto di scelta del consumatore.

6.3. I prodotti sottoposti a previa autorizzazione

I medicinali sono merci particolari, per le quali il principio di libera circolazione ha sempre incontrato una serie di limiti e restrizioni posti dagli Stati membri sulla base delle ragioni di interesse pubblico previste dall'art. 30. Tali ragioni vengono fatte valere, sia pure con diversa intensità ed estensione, mediante uno strumento simile in tutti gli ordinamenti nazionali: l'autorizzazione all'immissione in commercio.

Le differenze nelle condizioni procedurali e sostanziali di rilascio delle autorizzazioni nazionali erano, però, tali da ostacolare significativamente la libera circolazione dei medicinali nel mercato interno e questi ostacoli trovavano, di converso, piena giustificazione nelle disposizioni dell'art. 30, con la conseguente impossibilità di ricorrere, come per altre merci, a tecniche di mutuo riconoscimento in assenza di una specifica previsione normativa comune.

Al fine di garantire la libertà di circolazione dei medicinali è stato dunque necessario procedere all'adozione di una disciplina europea di settore, articolata in numerose direttive e regolamenti, che hanno via via costruito un sistema di autorizzazioni nazionali e comunitarie, descritto sinteticamente di seguito.

Il sistema attualmente vigente, operante dal 1995 e riordinato con il regolamento n. 726/2004, prevede che l'immissione sul mercato di un medicinale possa essere autorizzata mediante una procedura centralizzata o, alternativamente, mediante una procedura basata sul mutuo riconoscimento⁶¹.

La prima procedura comporta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutto il mercato interno. L'autorizzazione ha la forma di una decisione della Commissione, adottata sulla base di una valutazione tecnico-scientifica rimessa ai comitati operanti in seno all'Agenzia europea di valutazione dei medicinali⁶². La procedura centralizzata è obbligatoria per alcuni

medicinali (in particolare per quelli derivanti da procedimenti biotecnologici) e facoltativa per altri, secondo le disposizioni dell'art. 3 del regolamento n. 726/04.

La seconda procedura comporta, invece, che lo Stato membro di riferimento proceda alla valutazione scientifica e che gli altri Stati membri riconoscano tale valutazione. L'obbligo di riconoscimento non è incondizionato, in quanto lo Stato membro interessato può sollevare obiezioni, a fronte delle quali i due Stati membri sono tenuti a collaborare per raggiungere un accordo. In caso di mancato accordo, la questione è deferita all'Agenzia, che attiva una procedura di arbitrato, da concludere mediante una decisione della Commissione indirizzata agli Stati membri interessati, tenuti ad adottare i provvedimenti conseguenti necessari.

Il sistema è in funzione da pochi anni e non è quindi possibile esprimere un giudizio definitivo sulla sua capacità di garantire la libera circolazione dei medicinali, anche se dai dati resi disponibili in sede europea⁶³ può desumersi che l'autorizzazione unica abbia funzionato meglio della procedura di mutuo riconoscimento, che incontra ancora notevoli difficoltà applicative⁶⁴, relative soprattutto alla mancanza di fiducia reciproca fra gli Stati membri, con conseguente pretesa di mantenere il controllo nazionale sulle autorizzazioni all'immissione.

La soluzione di tali difficoltà non può, peraltro, trovarsi solo nella progressiva estensione dell'autorizzazione centralizzata, perché questa risulta spesso troppo onerosa sia per i privati - le piccole e medie imprese non sempre dispongono delle risorse necessarie - sia per gli Stati membri, che sono necessariamente tutti coinvolti, mentre la procedura di mutuo riconoscimento coinvolge solo alcuni Stati membri e consente la libera circolazione dei medicinali non in tutto il mercato interno, ma solo in alcune sue parti, garantendo così maggiore flessibilità e libertà di scelta ai produttori.

Al fine di superare tali difficoltà sono stati costituiti gruppi informali che potrebbero acquisire in futuro, secondo una proposta della Commissione, uno *status* giuridico formale, di modo che anche la procedura di mutuo riconoscimento trovi una propria specifica strutturazione sul piano organizzativo, al pari di quella fornita dall'Agenzia all'autorizzazione unica.

Il caso dei medicinali è rilevante, ai nostri fini, perché si tratta di un settore nel quale la tutela della salute pubblica - prevista fra le ragioni giustificatrici di misure discriminatorie o restrittive ai sensi dell'art. 30 - è indissolubilmente connessa alle regole di produzione e di circolazione della merce e la sua sussistenza non va quindi verificata volta per volta in relazione alle misure nazionali.

Anche in questo caso, però, la scelta dell'ordinamento europeo non è andata nella direzione di un'armonizzazione totale, ma piuttosto verso la costruzione di un sistema all'interno del quale convivono misure comuni e misure nazionali sottoposte a mutuo riconoscimento⁶⁵.

Non si rinuncia, quindi, ad affermare il diritto di accesso al mercato, ma lo si conforma in modo da tenere conto della necessaria inerenza della ragione di interesse pubblico, rimettendo a un procedimento di autorizzazione - centralizzato o decentrato, a seconda dei casi - la definizione delle condizioni di libertà di circolazione.

Anche in questo caso, quindi, come in quelli precedentemente esaminati, è il diritto europeo a garantire il diritto di accesso al mercato, riconoscendo però più ampio spazio alla facoltà di intervento dello Stato di destinazione della merce, in ragione della impossibilità di scorporare dalle regole di produzione e composizione dei medicinali la considerazione della tutela della salute pubblica.

Si confermano, però, i profili generali precedentemente messi in luce per quanto riguarda la configurazione delle situazioni soggettive connesse alla libertà di circolazione delle merci nel mercato interno. Le situazioni soggettive del produttore, del-

l'importatore, del venditore, del consumatore - sia pure con le variazioni sopra illustrate - sono giuridicamente conformate nell'ordinamento nazionale di origine, ma la validità di tale conformazione giuridica è estesa oltre i confini nazionali, al mercato interno europeo.

Tale estensione è garantita soprattutto mediante la tutela del diritto di accesso al mercato da parte del diritto europeo, volta principalmente a neutralizzare gli effetti discriminatori, restrittivi o di sovraccarico regolativo derivanti dalle misure adottate nell'ordinamento di destinazione.

Il complesso delle relazioni fra disciplina di origine, disciplina di destinazione e diritto europeo è governato dal principio di equivalenza mediante alcuni strumenti operativi esaminati di seguito.

6.4. Principio di equivalenza e strumenti operativi: disciplina del paese d'origine, mutuo riconoscimento e ragioni imperative

Si è visto sinora come, in assenza di armonizzazione totale, il rapporto fra le discipline nazionali sulle merci e i principi costituzionali di non discriminazione e di libertà di circolazione sia governato dal principio di equivalenza, che consente per un verso di individuare (o più esattamente, per quanto riguarda le merci, di presumere) i caratteri equivalenti delle discipline nazionali e, per altro verso, di classificare gli effetti delle stesse discipline nazionali lungo una scala di compatibilità con le situazioni soggettive garantite ai privati nell'ordinamento europeo.

Dalla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali deriva un obbligo automatico, ma non incondizionato, di mutuo riconoscimento in capo allo Stato di destinazione⁶⁶. Il mutuo

riconoscimento è il principale strumento operativo mediante il quale trova attuazione il principio di equivalenza e può assumere, nelle diverse fattispecie concrete, diversa configurazione sul piano applicativo, pur mantenendo sempre alcuni caratteri generali, illustrati di seguito.

Il mutuo riconoscimento regola, innanzitutto, i rapporti tra discipline nazionali indipendentemente da una concreta espressione di volontà degli Stati coinvolti: si tratta quindi di una tecnica di attuazione tendenzialmente automatica, non disponibile per lo Stato di destinazione nel quale la merce viene messa sul mercato. Non è possibile, infatti, di norma, opporre alla merce legalmente prodotta in uno Stato membro la diversa regola vigente nello Stato di destinazione, a meno che tale diversa regola non sia giustificata da ragioni imperative⁶⁷

al ricorrere delle quali il Trattato espressamente collega una limitazione del divieto di ostacoli al commercio intracomunitario e, conseguentemente, del diritto di libera circolazione delle merci.

In virtù del mutuo riconoscimento, in secondo luogo, ciascuna disciplina nazionale sulla produzione delle merci opera anche nello Stato di destinazione della merce, senza che vi sia bisogno di un atto espresso di riconoscimento⁶⁸.

Il mutuo riconoscimento consente, quindi, di prescindere dalle disparità fra le discipline nazionali, sulla base della loro equivalenza ai fini dei divieti e degli obblighi posti con il Trattato. Le disparità fra legislazioni nazionali non possono tradursi in ostacoli al commercio intracomunitario, a meno che non si dimostri la necessità della regola differente e, di conseguenza, la legittimità dell'ostacolo che ne deriva.

L'onere della prova è, dunque, a carico dello Stato di destinazione e richiede, per essere assolto, che siano dimostrate l'esistenza di una ragione imperativa di tutela dell'interesse pubblico, la necessità della regola nazionale volta a tutelare lo stesso interesse pubblico, la proporzionalità dei mezzi utilizzati per realizzare la tutela.

Si tratta di tre condizioni cumulative e non alternative, strettamente interdipendenti, che hanno il duplice effetto di legittimare la disciplina nazionale e di circoscrivere il suo ambito.

L'esistenza di una ragione imperativa di tutela dell'interesse pubblico non è sufficiente, infatti, da sola, a giustificare la disciplina nazionale posta in deroga al divieto di ostacolare il commercio intracomunitario, ma costituisce la base giuridica per la possibilità di derogare al divieto stesso. La natura e la portata della deroga devono rispondere anche ai criteri di necessità e di proporzionalità, di modo che l'ostacolo posto al commercio intracomunitario sarà legittimo solo ove si riesca a dimostrare che la tutela dell'interesse pubblico non poteva

essere assicurata senza imporre un trattamento differenziato e che i meccanismi previsti per il perseguimento dell'obiettivo impongono il minor sacrificio possibile ai soggetti sottoposti alla disciplina nazionale.

Nella maggior parte delle analisi sul tema, le ragioni imperative sono ricostruite come limiti al mutuo riconoscimento e, quindi, si afferma la natura derogatoria delle norme in questione. Tale natura derogatoria va, però, esaminata in profondità, per comprendere se essa abbia l'effetto di precludere solo l'attivazione del mutuo riconoscimento automatico o se l'effetto preclusivo si estenda al principio di equivalenza nel suo complesso.

Nel primo caso, l'effetto sarebbe solo di escludere il ricorso a un determinato strumento operativo, che ben potrebbe essere sostituito da altri (ad esempio, il mutuo riconoscimento con diritto di scrutinio, o il mutuo riconoscimento preceduto dall'armonizzazione minima di alcuni requisiti).

Nel secondo caso, invece, si avrebbe un'area riservata all'ordinamento nazionale di destinazione, in quanto solo quest'ultimo sarebbe in grado di apprestare una tutela legittima ed efficace degli interessi pubblici ai quali il Trattato riconosce la valenza di ragioni imperative.

Questa ricostruzione non solo è contraddetta, però, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma non sembra sostenibile sul piano logico, prima ancora che sul piano giuridico.

Le ragioni imperative e gli interessi pubblici a esse connessi sussistono, infatti, in relazione a qualsiasi prodotto, ivi compresi quelli per i quali opera il mutuo riconoscimento automatico. Per questi prodotti la soddisfazione delle ragioni imperative è assicurata dalla equivalenza delle garanzie prestate dalla disciplina di origine rispetto alle garanzie richieste dalla disciplina dello Stato di destinazione e, proprio in ragione di tale equivalenza, non si giustifica la sussistenza di ostacoli alla circolazione.

È solo quando tale equivalenza non sussiste che la soddisfazione della ragione imperativa può comportare un limite alla libertà di circolazione, purché tale ostacolo sia, come si è detto, necessario e proporzionato. L'esistenza di ragioni imperative non funge, quindi, da limite al principio di equivalenza, ma richiede, di volta in volta, mezzi diversi di soddisfazione, che

in ogni caso devono tenere conto di tutti gli interessi in gioco-dei livello di protezione e tutela degli interessi pubblici che si vuole garantire sul mercato nazionale come dei diritti dei produttori europei, tutelati mediante il criterio di necessità e il principio di proporzionalità.

Ove si possa presumere, o sia accertata, l'equivalenza fra le garanzie prestate dalla normativa di origine rispetto alle garanzie richieste dalla normativa di destinazione, la ragione imperativa è da considerare soddisfatta e, per definizione, una regola posta dallo Stato di destinazione violerebbe tanto il criterio di necessità, quanto il principio di proporzionalità e si configurerebbe, quindi, come un ostacolo alla libera circolazione. La regola posta dallo Stato di destinazione è di conseguenza inapplicabile anche nel caso in cui essa estenda alle merci importate il «trattamento nazionale» proprio delle merci nazionali, perché sarebbe garantito, così, solo il principio di non discriminazione, ma risulterebbe comunque limitata la libertà di circolazione.

Vi sono casi, invece, in cui l'equivalenza delle garanzie non può essere presunta o ne viene accertata l'insufficienza e, in quei casi, il trattamento nazionale differenziato diviene legittimo, senza assumere, però, sul piano giuridico, il carattere di norma derogatoria, perché il meccanismo di governo delle relazioni fra discipline nazionali rimane sempre basato, anche in questo caso, sul principio di equivalenza. A variare è solo la soluzione conseguente all'esito del giudizio di equivalenza rimesso agli Stati membri e, in caso di contenzioso, alla Corte di giustizia o ai giudici nazionali.

Sin qui i caratteri generali del mutuo riconoscimento. Questa tecnica può poi variare a seconda dell'oggetto del riconoscimento (una regola, un controllo, un certificato) e della strutturazione, potendosi distinguere, in particolare, i casi in cui il mutuo riconoscimento opera automaticamente, senza alcun intervento da parte dello Stato di destinazione⁶⁹, dai casi in cui l'operatività è condizionata o da un obbligo preventivo

di notifica o da un diritto di scrutinio in capo allo Stato di destinazione, che può verificare l'equivalenza fra il grado di protezione garantito dal prodotto e il grado di protezione garantito dalle norme nazionali.

Poiché queste differenze hanno conseguenze soprattutto per quel che riguarda le obbligazioni degli Stati, esse saranno esaminate nel paragrafo successivo, insieme a queste ultime.

7. Le conseguenti obbligazioni degli Stati membri

Per comodità di esposizione si analizzeranno, di seguito, le obbligazioni⁷⁰ incombenti sugli Stati membri, in conseguenza dell'applicazione del principio di equivalenza, distinguendole in due categorie: le obbligazioni operanti sul piano dell'esercizio del potere normativo e le obbligazioni operanti sul piano dell'esercizio del potere amministrativo. La distinzione non ha valore generale formale nell'ordinamento europeo, che dispone di un sistema delle fonti solo parzialmente gerarchizzato e di un sistema amministrativo assai ridotto, ma è rilevante per gli ordinamenti nazionali, e in particolare per l'ordinamento italiano, ove il potere di definire la regola e il potere di darle attuazione sono fortemente differenziati quanto a soggetti titolari e principi generali di esercizio.

Seguendo questa impostazione, può ulteriormente distinguersi, all'interno di ciascuna categoria di obbligazioni a seconda che da esse derivino limiti esterni o limiti interni al potere normativo o al potere amministrativo.

I limiti esterni imposti al potere normativo nazionale incidono direttamente sull'estensione dello stesso potere, escludendo il suo esercizio in alcuni casi e determinandone il contenuto in altri casi, mediante una serie di divieti e di obblighi, quali il divieto di introdurre misure di natura discriminatoria o restrittiva, l'obbligo di inserire nella legislazione nazionale una clausola di mutuo riconoscimento⁷¹, l'obbligo di provvedere

le situazioni soggettive garantite dal diritto europeo di mezzi di tutela equivalenti a quelli apprestati per la difesa dei diritti definiti dall'ordinamento nazionale⁷².

Il principale e più rilevante effetto di tali limiti sta nella interruzione della perfetta corrispondenza fra mercato nazionale e potere normativo nazionale. Una volta che il mercato nazionale si qualifica come parte del mercato interno, viene a cadere la distinzione fra operatori nazionali e operatori di altri Stati membri, perché tutti gli operatori, quale che sia la loro origine, sono operatori posti sullo stesso piano e dotati degli stessi diritti in relazione a qualsiasi porzione del mercato

interno.

Poiché la conformazione del potere normativo nazionale è per definizione finalizzata alla presa in considerazione e alla tutela degli interessi nazionali, esso diviene inadeguato alla regolazione di una porzione del mercato interno⁷³ e necessita, quindi, di correttivi, apprestati dall'ordinamento

europeo prima di tutto mediante l'apposizione, appunto, di limiti esterni.

Tali limiti sono utili, però, solo al fine di «ridurre», per così dire, il potere normativo nell'ambito che gli è proprio e di non consentirgli la regolazione di diritti esterni, perché definiti, quanto alla conformazione, da altri ordinamenti nazionali e garantiti, quanto alla libertà di circolazione, dal diritto europeo.

Lo stesso diritto europeo riconosce anche l'esistenza di una serie di ragioni giustificatrici del potere normativo nazionale, che non è dunque interamente circoscritto a situazioni meramente interne, né completamente neutralizzato quanto ai possibili effetti sul mercato interno.

Il potere normativo nazionale incontra, anche quando sia fondato su una ragione giustificatrice riconosciuta, alcuni limiti interni, volti ad assicurarne la compatibilità con il diritto europeo, quali l'onere della prova in relazione alla necessità dell'intervento regolatore, l'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità, gli obblighi di previa notifica e di mutua informazione relativamente alle misure nazionali potenzialmente produttive di ostacoli alla libertà di circolazione.

L'esercizio del potere normativo è così sottoposto a una serie di condizioni, la cui violazione è sanzionata dall'ordinamento europeo con l'inapplicabilità della misura adottata⁷⁴.

La stessa distinzione fra limiti esterni e limiti interni può riproporsi in relazione al potere amministrativo e alle sue condizioni di esercizio.

Il potere amministrativo nazionale è limitato, in primo luogo, mediante una serie di divieti, volti ad assicurare l'effettività del principio di equivalenza. Sono di conseguenza vietati i controlli preventivi e sistematici sulle merci alle quali sia garantito il diritto di accesso al mercato, in quanto tali controlli impedirebbero l'accesso al mercato e duplicherebbero le verifiche alle quali le merci sono già state sottoposte nell'ordinamento

di origine, vanificando in radice la presunzione di equivalenza sulla quale si regge il diritto di accesso al mercato.

I controlli possono essere svolti, invece, nell'ambito delle attività di vigilanza e sorveglianza, successive all'immissione della merce sul mercato, alle quali sono sottoposte anche le merci nazionali, ma non possono comunque essere diretti ad accertare la conformità delle merci importate a una regola nazionale, ma solo a verificare l'equivalenza dei criteri di fabbricazione o di composizione. È fatto divieto altresì, all'amministrazione nazionale, di adottare misure di sospensione della libera circolazione della merce nelle more di una decisione definitiva.

Per quanto riguarda i limiti interni, invece, il potere amministrativo deve sempre rispettare i principi di proporzionalità, contraddittorio e trasparenza, in particolare nei casi in cui il mutuo riconoscimento non sia automatico, ma condizionato a un diritto di scrutinio da parte dell'amministrazione nazionale, volto ad accertare l'equivalenza fra le caratteristiche della merce importata e le caratteristiche prescritte dalla legislazione nazionale.

Il diritto di scrutinio deve essere esercitato, infatti, secondo criteri oggettivi, non discriminatori, predeterminati e pubblicizzati, mediante un procedimento breve, efficace e poco oneroso, nel corso del quale sia garantito il contraddittorio e siano accettati eventuali attestati o verifiche di organismi accreditati esibiti dal soggetto interessato⁷⁵. Sussiste, infine, l'obbligo di notificare, oltre che all'interessato, anche alla Commissione l'esito finale del procedimento, debitamente motivato, perché secondo l'orientamento affermato dalla Commissione, la restrizione al commercio intracomunitario che deriva da un esito negativo del diritto di scrutinio è in linea di massima una misura di effetto

equivalente a un restrizione quantitativa vietata dall'art. 28 e incombe quindi sullo Stato di destinazione l'onere di provare l'esistenza di una ragione di interesse generale, la necessità della restrizione e il carattere proporzionato della misura.

E da rilevare, infine, come l'applicazione del principio di equivalenza mediante la tecnica del mutuo riconoscimento, prevalente nel caso della libertà di circolazione delle merci, ha innanzitutto un effetto riduttivo del potere di regolazione nazionale, ma produce lo stesso effetto anche sul potere di regolazione europeo, perché il diritto europeo non può armonizzare dove è sufficiente il nuovo approccio o dove basta la presunzione di equivalenza: ma questo è un punto di carattere generale, che verrà ripreso ed esplicitato nel capitolo finale.

8. La libertà di circolazione, prestazione e stabilimento nel settore dei servizi

La libertà di circolazione dei servizi⁷⁶ è garantita nel Trattato mediante il diritto di stabilimento, il divieto di misure restrittive alla prestazione di servizi intracomunitaria e la possibilità di esercizio temporaneo dell'attività in uno Stato membro diverso da quello di origine.

Lo sviluppo della libertà di circolazione dei servizi ha incontrato problemi ancora più complessi di quelli relativi alla libertà di circolazione delle merci, perché la prestazione di servizi è disciplinata in quanto attività e non in quanto prodotto e di conseguenza si viene a creare una relazione stabile fra prestatore e destinatario, collocati in Stati membri diversi, che non sussiste invece per quanto riguarda l'importazione o l'esportazione delle merci⁷⁷. Il peso delle barriere e differenze

nazionali è, quindi, allo stesso tempo, più forte e più difficile da eliminare o neutralizzare, perché esso incide non solo sull'accesso al mercato del prestatore, ma anche sulle modalità di svolgimento della prestazione e sulla relazione con il destinatario della stessa prestazione.

Come si legge nell'ultimo rapporto disponibile della Commissione⁷⁸, le principali difficoltà nel completamento del mercato interno dei servizi non sono più legate, oggi, tanto a diversità legislative, quanto a diversità nelle prassi e nelle procedure amministrative, con particolare riferimento al potere discrezionale dell'amministrazione, alla complessità di alcuni adempimenti formali e alla ripartizione dei poteri di decisione in capo a molti soggetti diversi. Per fare solo un esempio, la previsione di autorizzazioni locali significa che per svolgere l'attività sull'intero territorio nazionale di uno Stato membro occorrono centinaia di autorizzazioni, inevitabilmente più difficili da ottenere per una impresa originaria di un altro Stato membro rispetto all'impresa nazionale.

È difficile dire, anche in ragione di queste differenze, se la libertà di circolazione dei servizi abbia oggi uno sviluppo più o meno limitato rispetto alla libertà di circolazione delle merci⁷⁹,

ma può comunque individuarsi, anche per questa materia, il ricorrere di alcuni elementi strutturali e fondamentali che confermano la portata generale del principio di equivalenza e delle tecniche mediante le quali esso trova attuazione.

L'assetto complessivo della materia, data la sua ampiezza, non può naturalmente essere esaminato in dettaglio, anche per la presenza di numerose discipline settoriali relative ad ambiti materiali assai vari (dai servizi finanziari alle telecomunicazioni, dalle attività professionali agli appalti, dai trasporti all'elettricità e al gas). Si svolgerà, quindi, di seguito un'analisi di tipo orizzontale⁸⁰, che prende in considerazione i principi generali della disciplina primaria, come interpretata dalla Corte di giustizia, ai quali la disciplina secondaria dà attuazione settore per settore, e gli strumenti e le tecniche di integrazione più diffusi e di più ampia portata. L'esame seguirà lo stesso svolgimento già adottato per la libertà di circolazione delle merci.

9. I fini della disciplina

La disciplina primaria in materia di libera circolazione dei servizi garantisce, come si è detto, la libertà di stabilimento (art. 43), la libertà di prestazione (art. 49) e la possibilità di

esercizio temporaneo (art. 50) e individua le possibili ragioni giustificatrici di misure nazionali restrittive di tali libertà in motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (artt. 46 e 55), prescrivendo comunque che le eventuali misure restrittive alla libera prestazione siano applicate senza alcuna distinzione basata sulla cittadinanza o sulla residenza (art. 54).

L'insieme di queste disposizioni ha trovato applicazione attraverso un *corpus* ampio e variegato di legislazione secondaria e di decisioni della Corte di giustizia, che ha conosciuto diverse fasi e stadi di sviluppo⁸¹, che non interessa qui analizzare in dettaglio, ma piuttosto esaminare per sommi capi, al fine di mettere in evidenza i passaggi fondamentali attraverso i quali si è giunti all'assetto attuale.

Come nel caso della libertà di circolazione delle merci, il punto di partenza del processo di integrazione sta nella dichiarazione di applicabilità ed efficacia diretta delle norme del Trattato in materia di servizi⁸², che ha consentito di garantire i diritti connessi alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione indipendentemente dall'adozione di norme comuni e di armonizzazione.

Tale garanzia è stata, peraltro, limitata, in un primo periodo, al divieto di misure discriminatorie, mentre venivano considerate compatibili con il diritto comunitario le misure indistintamente applicabili ai prestatori nazionali e ai prestatori provenienti da altro Stato membro, indipendentemente dagli effetti restrittivi. In questo primo periodo la giurisprudenza comunitaria ha infatti utilizzato una sorta di presunzione della sussistenza delle ragioni di pubblico interesse, che portava a

escludere l'equivalenza fra le diverse misure nazionali e a imputare l'onere della prova a carico del prestatore che volesse esercitare il diritto di stabilimento o di libera prestazione. Era così l'equivalenza a dover essere verificata e provata e non la sussistenza delle ragioni giustificatrici della misura discriminatoria o restrittiva.

La libertà di circolazione dei servizi è stata quindi riconosciuta, all'inizio, in misura meno ampia rispetto alla libertà di circolazione delle merci, per la quale, come si è visto in precedenza, la presunzione di equivalenza delle (esigenze sottese alle) normative nazionali si afferma sin dagli anni 70, con le decisioni *Dassonville* e *Cassis de Dijon*.

L'arretratezza del settore dei servizi rispetto a quello delle merci è rilevata anche nel Libro bianco del 1985⁸³, ove si legge che i progressi nel settore dei servizi erano stati «molto più lenti».

A partire dalla metà degli anni '90 la libertà di circolazione dei servizi conosce, però, importanti sviluppi, grazie sia all'adozione di numerose discipline settoriali, sia a un orientamento progressivamente meno restrittivo - quanto alle garanzie assicurate alla libertà di circolazione - della Corte di giustizia. Seguendo il «nuovo approccio» si procede ad armonizzare i requisiti essenziali in importanti settori, come i servizi finanziari, e si estende per via normativa il ricorso alle tecniche di mutuo riconoscimento e di controllo dello Stato di origine che erano state introdotte per via giurisprudenziale nel settore delle merci.

La giurisprudenza, a sua volta, ha via via esteso l'applicabilità del divieto di misure restrittive oltre l'ambito delle misure discriminatorie, a tutte le misure che, anche ove indistintamente applicabili, potessero avere un effetto restrittivo, ricorrendo anche per i servizi alla presunzione di equivalenza fra normative nazionali, salva la possibilità (e l'onere) per lo Stato membro di dimostrare la sussistenza di una causa giustificatrice della misura nazionale basata su di un interes-

⁸³ c'è da notare che la Commissione ha sempre sostenuto che i progressi nel settore dei servizi erano stati «molto più lenti».

indicati dal Trattato o articolati nella stessa giurisprudenza comunitaria⁸⁴.

Gli elementi costitutivi di questo mutato orientamento sono del tutto simili a quelli già esaminati con riferimento alla libertà di circolazione delle merci e sono individuabili principalmente nel riconoscimento della natura restrittiva - e quindi incompatibile con il Trattato - delle misure che impongono al prestatore di servizi una doppia regolazione o che comunque limitano, in assenza di una ragione di interesse pubblico, il diritto di accesso al mercato.

Il cumulo, in capo allo stesso soggetto, di due (o più) diverse normative nazionali diventa così, di per se stesso, indice di un ostacolo e di una restrizione alla libera circolazione⁸⁵, indipendentemente dalla natura discriminatoria delle misure nazionali⁸⁶, mentre il diritto di accesso al mercato viene utilizzato come test per valutare l'effetto restrittivo della misura nazionale, da considerarsi incompatibile con il diritto comunitario, a meno che si riesca a provare l'applicabilità di una ragione giustificatrice.

Si supera così definitivamente, per quel che riguarda la libertà di prestazione, il principio del «trattamento nazionale»: quand'anche esso non avesse natura discriminatoria, la sua applicazione renderebbe la prestazione del servizio fra Stati membri più difficile della prestazione del servizio all'interno dello Stato membro di origine e sarebbe quindi in contrasto con il divieto dell'art. 49⁸⁷.

La evidente similarità rispetto alle soluzioni adottate in materia di libertà di circolazione delle merci è stata enfatizzata nel 1993 dalla Commissione in una comunicazione interpretativa⁸⁸,

sottolineando che non solo la diversità nelle (regole nazionali sulle) condizioni di prestazione di un servizio non può tradursi in un divieto di prestazione, ma soprattutto che

se il servizio in questione risponde in modo conveniente e soddisfacente all'obiettivo legittimo previsto dalla sua normativa (pubblica sicurezza, ordine pubblico, ecc.), lo Stato membro importatore del servizio non può, per giustificare il divieto di esercizio di tale attività sul suo territorio, invocare il fatto che i mezzi utilizzati per raggiungere l'obiettivo sono diversi da quelli imposti ai prestatori nazionali o stabiliti in detto Stato.

Si estende anche, di conseguenza, la possibilità di ricorrere al mutuo riconoscimento dei mezzi utilizzati per perseguire, in ciascun ordinamento nazionale, quegli obiettivi di interesse pubblico. Anzi, per la verità, la prima decisione della Corte nella quale si definisce il mutuo riconoscimento è proprio una decisione in materia di servizi⁸⁹ - antecedente alla più famosa decisione *Cassis de Dijon* - con la quale si stabilisce che ove una prestazione venga resa sulla base di un'autorizzazione rilasciata a condizioni comparabili alle condizioni previste dallo Stato di destinazione e le condizioni di sorveglianza siano adeguate, quella prestazione gode della libertà di circolazione e le eventuali misure restrittive sono da considerare incompatibili con il diritto comunitario.

Sviluppi simili a quelli sinora sommariamente riassunti per la libertà di prestazione si sono verificati, anche se in tempi più recenti, per la libertà di stabilimento, risultando anche qui abbandonato il principio del «trattamento nazionale»⁹⁰ ed estesa, quindi, l'applicazione delle norme del Trattato a tutte le misure restrittive, indipendentemente dalla natura discriminatoria.

Permangono pur tuttavia alcune differenze fra il regime giuridico della libertà di stabilimento e il regime giuridico della libertà di prestazione, dovute principalmente al fatto che nel

primo caso la presenza del soggetto prestatore nell'ordinamento di destinazione è permanente. Non è sufficiente, dunque, identificare le condizioni di accesso al mercato e le condizioni regolatrici della singola prestazione o dell'attività saltuaria e occasionale, ma occorre determinare le modalità di svolgimento di un'attività permanente e della relativa sorveglianza.

Si tratta di una necessità che non poteva essere soddisfatta esclusivamente in via giurisprudenziale e che ha portato, infatti, all'adozione di molte discipline settoriali, mediante le quali si sono determinate regole comuni per l'accesso al mercato, limitate però a una armonizzazione minima delle condizioni di rilascio del provvedimento di autorizzazione allo svolgimento dell'attività.

L'autorizzazione rilasciata da uno Stato membro vale come una sorta di autorizzazione unica - anche se, al contrario di quanto si è visto nel caso dei medicinali, il procedimento per ottenerla è decentrato e non centralizzato - sulla base della quale il soggetto può esercitare il diritto di stabilimento in altri Stati membri e svolgere la propria attività alle condizioni determinate con l'autorizzazione. I compiti di sorveglianza sul soggetto e sulla sua attività rimangono in capo allo Stato di origine, per quel che riguarda il rispetto delle condizioni determinate con l'autorizzazione, mentre spettano allo Stato di destinazione per quel che riguarda gli altri aspetti e rimangono sottoposte ai principi del diritto internazionale privato per quanto attiene ai profili privatistici.

10. Le situazioni soggettive riconosciute: diritto di stabilimento, libertà di prestazione, libertà di scelta

Le situazioni soggettive riconosciute e tutelate dal diritto europeo nel settore dei servizi coincidono solo in parte con le situazioni tutelate nel settore delle merci, per un duplice ordine di ragioni.

Sette un primo profilo, il diritto di accesso al mercato si configura diversamente a seconda che il soggetto eserciti il diritto di stabilimento o la libertà di prestazione, anche se in alcuni casi, come ad esempio per le società, si tratta di aspetti fortemente intrecciati.

Sotto un secondo profilo, il diritto di libera scelta del destinatario del servizio è più articolato di quanto non avvenga per il diritto di scelta del consumatore della merce. Quest'ultimo è, infatti, emerso quasi incidentalmente nella giurisprudenza comunitaria, anche per la natura unidimensionale del consumatore, che si pone allo stesso modo nei confronti di qualsiasi merce. La posizione del destinatario del servizio muta, invece, a seconda del tipo di servizio, aggiungendo alla generica figura del consumatore, per fare solo qualche esempio, i pazienti che vogliono accedere a cure mediche anche in Stati membri diversi da quello di origine (ed essere rimborsati delle spese sostenute), i turisti che, quasi per definizione, comprano servizi oltre le frontiere del proprio paese, i risparmiatori che vogliono poter scegliere fra diverse forme e organizzazioni di gestione del risparmio e hanno conseguentemente il diritto a essere informati sui prodotti disponibili in ordinamenti diversi dal proprio, l'utente che accede ai servizi di uno Stato membro diverso da quello di origine e chiede lo stesso trattamento riservato ai cittadini di quello Stato. Sia la normativa secondaria sia la giurisprudenza⁹¹ in materia di servizi hanno via via riconosciuto, quindi, la libertà di scelta del destinatario del servizio come un elemento integrante della libertà di circolazione in materia, pur con differenti modalità applicative da settore a settore⁹².

La distinzione fra diritto di stabilimento e libertà di prestazione è stabilita, come si è visto, direttamente nel Trattato e su questa distinzione si basa la differenziazione fra lo spazio di intervento, più ampio, rimesso allo Stato di destinazione per quel che riguarda la disciplina del diritto di stabilimento e lo spazio, decisamente più limitato, disponibile sempre per lo Stato di destinazione in relazione alla libertà di prestazione.

È garantita, dunque, direttamente dal Trattato, la scelta del prestatore di servizi fra il regime del diritto di stabilimento e il regime di libera prestazione, con una importante conseguenza:

tutte le misure dello Stato di destinazione che impongono, per la libera prestazione, gli stessi requisiti e condizioni posti per il diritto di stabilimento, sono da considerare come misure restrittive incompatibili con la normativa primaria⁹³, perché finiscono per annullare quella libertà di scelta.

Per la libertà di prestazione, infatti, il cosiddetto «trattamento nazionale» opererebbe direttamente come fattore di discriminazione, perché lo Stato di destinazione, prescrivendo, ad esempio, l'obbligo di ottenere un'autorizzazione o di iscriversi a un albo anche per attività saltuarie, finirebbe per imporre al prestatore di servizi tutte le condizioni che impone alle imprese nazionali stabilite nel territorio e queste condizioni si aggiungerebbero a quelle che il prestatore di servizi deve assolvere nello Stato in cui è stabilito, realizzandosi così una duplicazione della regolazione incidente sullo stesso soggetto

e sulla stessa attività.

Si segue, dunque, per la libertà di prestazione, lo stesso schema già utilizzato per la libertà di circolazione delle merci: garanzia del diritto di accesso al mercato e divieto di duplicazione delle regole e degli adempimenti si basano sulla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali regolatrici dell'attività e da tale presunzione può prescindere solo ove lo Stato di destinazione riesca a dimostrare l'esistenza di una ragione di interesse pubblico che non possa essere soddisfatta dalle garanzie prestate con la disciplina di origine. Anche ove tale ragione sussista, peraltro, la misura nazionale deve rispettare il principio di proporzionalità ed essere quindi adeguata, idonea e imporre il minimo sacrificio possibile.

La libertà di prestazione è quindi tutelata dalla presunzione di equivalenza delle discipline nazionali, che consente l'accesso al mercato alle condizioni previste dalla disciplina di origine, vieta l'imposizione di un doppio carico regolativo e impone la proporzionalità delle eventuali misure differenziali ritenute compatibili con il Trattato.

Il divieto di restrizioni alla libera prestazione può avere effetti, peraltro, non solo sulla capacità di intervento dello Stato di destinazione, ma anche sulla stessa disciplina nazionale di origine, quando essa si applichi sia all'attività svolta all'interno del mercato nazionale, sia all'attività svolta oltre i confini nazionali. Il diritto di accesso al mercato in regime di libera prestazione deve essere, quindi, garantito, sempre alle condizioni a esso più favorevoli, non rilevando se la restrizione abbia fonte nell'ordinamento di origine o nell'ordinamento di destinazione e quindi il prestatore di servizi può invocare l'applicabilità dell'art. 49 del Trattato anche contro la misura restrittiva del «proprio» Stato, ove questa riduca le sue possibilità di contattare eventuali destinatari e di rendere i suoi servizi al di fuori delle frontiere⁹⁴.

Anche il prestatore di servizi che voglia stabilirsi in uno Stato membro diverso rispetto a quello di origine può invocare il diritto di accesso al mercato e il divieto di duplicazione delle regole, ma ai caratteri generali di tali elementi, come definiti nella giurisprudenza della Corte di giustizia, possono aggiungersi alcuni caratteri differenziali, a seconda delle discipline di settore. A titolo esemplificativo si illustrano, di seguito, le principali differenze relative al diritto di stabilimento per i professionisti, per le società e nel settore dei servizi finanziari, senza entrare nel dettaglio delle singole discipline, ma concentrando l'analisi solo sulle regole che governano il diritto di stabilimento.

11. Libero stabilimento, diplomi e qualifiche professionali

Si è visto in precedenza come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia fondato in termini generali il superamento

del principio del trattamento nazionale sulla piena applicazione della presunzione di equivalenza fra le condizioni di stabilimento determinate dalla disciplina di origine e le condizioni di stabilimento determinate nell'ordinamento di destinazione, con la conseguenziale neutralizzazione della disciplina dello Stato di destinazione, salva la possibilità di dimostrare l'esistenza di una ragione imperativa di interesse pubblico che non trovi soddisfazione in quell'equivalenza e richieda, quindi, una misura aggiuntiva, purché proporzionata all'obiettivo da raggiungere.

Questo schema è stato applicato con sempre maggiore frequenza dalla Corte di giustizia ai prestatori di servizi professionali⁹⁵, rendendo via via più stringente l'obbligo di tenere conto dell'equivalenza dei diplomi che danno accesso alle attività professionali e restringendo, corrispondentemente, lo spazio di verifica dell'equivalenza a disposizione dello Stato di destinazione.

Il principio di equivalenza trova applicazione concreta, in questi casi, mediante il mutuo riconoscimento⁹⁶, automatico o con diritto di scrutinio, degli atti dello Stato di origine - diplomi, certificati, attestati - mentre l'attività del prestatore stabilito rimane soggetta alla vigilanza delle competenti autorità dello Stato di destinazione.

Il rilascio dei diplomi spetta, nell'ordinamento europeo, a ciascuno Stato membro, ma il Trattato prevede direttamente, all'art. 47, che la normativa secondaria disciplini le modalità di mutuo riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli, in ragione dello stretto collegamento esistente tra possesso di un titolo di studio e possibilità di esercitare alcune professioni.

Alla norma è stata data attuazione con una copiosa legislazione secondaria, composta da direttive ed. «settoriali» e da direttive ed. «generali», contenenti norme e principi che nel corso degli anni si sono intrecciati e sovrapposti, sino a rendere necessaria un'opera di riordino, realizzata da ultimo

con le direttive n. 42/99 e n. 19/01, con le quali si stabiliscono norme di armonizzazione minima relative al riconoscimento delle qualifiche corrispondenti a diversi diplomi, dando così anche veste normativa a principi enunciati dalla Corte di giustizia in relazione a singoli casi⁹¹.

Il diritto europeo non prevede, quindi, l'istituzione di un diploma europeo sostitutivo dei diplomi nazionali, né l'armonizzazione totale delle condizioni di accesso alle professioni, ma piuttosto la sottoposizione dei diplomi nazionali al meccanismo del mutuo riconoscimento, secondo due diverse procedure: mutuo riconoscimento automatico e mutuo riconoscimento con verifica.

Il mutuo riconoscimento automatico vale per i diplomi necessari all'esercizio di alcune professioni, armonizzate dal diritto europeo quanto ai contenuti essenziali della formazione e ai requisiti per l'accesso. Così, per i medici, gli infermieri, i dentisti, gli ostetrici, i farmacisti, i veterinari e gli architetti, quale che sia la loro nazionalità, sussiste un vero e proprio diritto al riconoscimento automatico, da parte dello Stato di destinazione, del diploma rilasciato dallo Stato di origine.

Per altre categorie, invece, come ad esempio gli avvocati, gli ingegneri, gli psicologi e gli insegnanti, il diritto europeo prevede il riconoscimento del diploma rilasciato dallo Stato di origine previa verifica della corrispondenza di equivalenza ai requisiti richiesti dalla disciplina dello Stato di destinazione.

Nell'uno come nell'altro caso, il titolare di un diploma rilasciato da uno Stato membro che aspiri a esercitare la propria attività o a stabilirsi in un altro Stato membro dispone di una situazione soggettiva tutelata mediante norme poste direttamente dal diritto europeo, che prevedono, *in primis*, il diritto a una risposta, sull'istanza di riconoscimento, entro quattro mesi dall'istanza di riconoscimento e il diritto a veder valutata l'equivalenza della formazione posseduta rispetto a quella richiesta nell'ordinamento di destinazione. In assenza di tale valutazione, l'amministrazione non potrà imporre il rispetto dei requisiti previsti dalla normativa nazionale, perché

tali requisiti, essendo aggiuntivi rispetto a quelli già posseduti dal soggetto nell'ordinamento di origine, possono trovare giustificazione solo nella mancata o incompleta equivalenza, che spetta allo Stato di destinazione provare.

Anche ove si accerti una incompleta equivalenza fra i requisiti posseduti e i requisiti richiesti, l'amministrazione non può semplicemente negare il riconoscimento, ma deve indicare le possibili misure di compensazione necessarie⁹⁸ per ottenere il riconoscimento del diploma o della qualifica professionale e il richiedente deve comunque disporre di un rimedio giurisdizionale di diritto interno contro la eventuale decisione negativa. La stessa capacità di valutazione dell'amministrazione è limitata e orientata dalla normativa secondaria: ad esempio, se il richiedente esibisce una prova di onorabilità rilasciata nello Stato di origine, essa deve essere accettata dallo Stato di destinazione, che deve altresì considerare equipollenti gli estratti del casellario, le polizze assicurative o, ancora, gli attestati rilasciati da qualsiasi banca europea relativamente alla capacità finanziaria.

Anche nella procedura di mutuo riconoscimento con verifica, dunque, le condizioni di esercizio del diritto sono accertate dall'amministrazione del paese di destinazione, ma secondo regole del diritto europeo volte a «conservare», per quanto possibile, gli effetti della disciplina del paese di origine. Questi effetti vengono, per così dire, proiettati sull'intero spazio giuridico europeo, con conseguente limitazione della sfera discrezionale delle altre amministrazioni nazionali, come si vedrà meglio nel paragrafo dedicato all'esame delle obbligazioni degli Stati membri. Restano escluse, di converso, dall'ambito di applicazione del diritto europeo le situazioni prive di qualsiasi elemento transfrontaliere e di rilievo puramente interno⁹⁹.

12. *La libertà di stabilimento delle società*

Una struttura simile è andato assumendo anche il diritto di stabilimento delle società, previsto dagli artt. 43 e 48 del Trattato, che sono stati oggetto di una serie di recenti pronunce della Corte di giustizia¹⁰⁰ con le quali si afferma espressamente che il diritto di stabilimento può essere esercitato, in presenza di garanzie equivalenti, in qualsiasi Stato membro e che la società stabilita legittimamente in uno Stato può poi svolgere la propria attività, istituire sedi secondarie o trasferire la sede principale in un qualsiasi altro Stato membro¹⁰¹.

Anche in questi casi il percorso seguito dalla Corte muove dalla tutela diretta che il diritto di stabilimento trova nelle norme del Trattato, con la conseguenza che, in assenza di norme comuni, gli Stati membri possono determinare le condizioni del diritto di stabilimento, ma non introdurre misure che restringano la possibilità di esercizio del diritto o lo sottopongano a una doppia regolazione, a meno che non ricorra una ragione giustificatrice di interesse pubblico tale da richiedere una misura differenziale, che dovrà, comunque, rispettare il principio di proporzionalità. Proprio il rispetto del principio di proporzionalità assume, peraltro, in questa materia, caratteri particolarmente stringenti, tanto da far escludere anche l'ammissibilità di misure volte a scongiurare l'abuso del diritto¹⁰².

L'equivalenza delle condizioni di esercizio del diritto di stabilimento comporta, peraltro, per le società come per i servizi professionali prima esaminati, che rimanga affidato allo Stato di origine il controllo sul rispetto e il mantenimento dei requisiti previsti per lo stabilimento, mentre la società rimane soggetta, per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività, alle regole - fiscali, previdenziali, lavoristiche - dell'ordinamento entro il quale opera.

Fuoriesce, naturalmente, dall'ambito disciplinare proprio di questo lavoro un esame delle conseguenze che l'affermazione del principio di equivalenza ha per il diritto societario. Il caso delle società è, però, utile ai nostri fini per dimostrare come l'elemento centrale, ai fini dell'applicazione del principio di equivalenza, sia il confronto fra le garanzie prestate in ciascun ordinamento al fine di assicurare la protezione di esigenze ritenute meritevoli di tutela.

Queste esigenze possono essere definite in termini diversi negli ordinamenti nazionali, ma condividono un nucleo comune: ad esempio, la protezione degli azionisti o dei creditori. Una volta rilevata la similarità delle esigenze tutelate, il diritto europeo consente che esse siano perseguite con mezzi diversi e, contestualmente, presume l'equivalenza fra questi strumenti, ai fini dell'esercizio del diritto di stabilimento nel mercato interno. Il diritto di stabilimento, quale situazione soggettiva riconosciuta e tutelata dal diritto europeo, viene così dotato di una effettiva garanzia di esercizio sul mercato interno nel suo complesso, indipendentemente dalle barriere nazionali. Ciascun ordinamento nazionale è tenuto, conseguentemente, ad accettare strumenti diversi di soddisfazione delle esigenze di protezione e perde il potere esclusivo di determinare e configurare tali strumenti.

13. La libertà di stabilimento nel settore dei servizi finanziari

Il controllo dello Stato di origine è, invece, significativamente più ampio nel caso dei settori caratterizzati da un grado importante di armonizzazione, come quello dei servizi finanziari¹⁰³.

La tutela del diritto di stabilimento direttamente prevista dal Trattato è, per questo settore, articolata dalla disciplina secondaria, che prevede, come si ricorderà, che il soggetto autorizzato - sulla base di norme comuni che hanno armonizzato le condizioni per il rilascio (e per la revoca) delle autorizzazioni o delle licenze - in uno Stato membro possa svolgere la sua attività in tutto il mercato interno senza bisogno di altra autorizzazione e sotto il controllo dello Stato di origine.

Si riassumono brevemente di seguito le regole relative alle banche, che hanno valore paradigmatico per l'intero settore dei servizi finanziari.

Secondo un carattere tipico del diritto derivato nell'ordinamento europeo, la direttiva consolidata 12/00 in materia di enti creditizi contiene una ricognizione dei principi ispiratori e delle ragioni giustificatrici della disciplina, ricordando innanzitutto che, in applicazione del Trattato, «è vietata qualsiasi discriminazione in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, fondata rispettivamente sulla nazionalità o sul fatto che l'impresa non è stabilita nello Stato membro in cui la prestazione è eseguita» (secondo considerando). La direttiva contiene poi un elenco di obiettivi, fra i quali la realizzazione «dell'armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente per pervenire a un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale che consenta il rilascio di un'autorizzazione valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio di controllo da parte dello Stato membro di origine» (settimo considerando), oltre alla determinazione

di «condizioni finanziarie equivalenti» in riferimento agli enti creditizi «per assicurare identica tutela ai risparmiatori ed eque condizioni concorrenziali tra gli enti creditizi della stessa categoria» (ottavo considerando).

Lo strumento principale di attuazione è quindi identificato nell'autorizzazione, rilasciata dall'autorità nazionale competente, ma dotata di validità estesa a tutti gli Stati membri. La direttiva prevede, conseguentemente, che siano caducate le clausole di reciprocità e che la reciprocità sia valutata non più nell'ambito di rapporti bilaterali, ma sulla base comune determinata appunto dalla disciplina secondaria.

L'autorizzazione viene notificata alla Commissione e l'elenco degli enti creditizi autorizzati viene pubblicato nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Ciascun ente creditizio può utilizzare la denominazione originaria in tutti gli Stati membri, purché tale denominazione non lasci dubbi sul regime nazionale al quale è soggetta l'impresa madre¹⁰⁴. L'ente creditizio deve notificare all'autorità competente dello Stato di origine l'intenzione di stabilire una succursale in un altro Stato membro, insieme alle informazioni rilevanti, che lo Stato di origine comunica entro tre mesi allo Stato ospitante. Lo stesso meccanismo opera, con minori oneri documentali, relativamente alla libertà di prestazione¹⁰⁵.

Tanto la libertà di stabilimento come la libertà di prestazione sono quindi conformate dalla disciplina dello Stato di origine e sottoposte, per quel che riguarda la solidità finanziaria, alla sua vigilanza, che può giungere sino all'effettuazione di verifiche presso le succursali autorizzate, previa comunicazione allo Stato ospitante. La vigilanza sulla liquidità e la politica monetaria

restano invece di competenza dello Stato ospitante, mentre la vigilanza sul rischio di mercato è rimessa alla cooperazione fra le autorità competenti nello Stato di origine e in quello ospitante.

Lo Stato di destinazione rimane libero di imporre misure più restrittive alle imprese nazionali, non oltrepassando i limiti posti dall'armonizzazione minima, ma non può controllare il rispetto dell'applicazione del diritto nello Stato di origine: il «passaporto europeo» può essere rilasciato e controllato solo dallo Stato di origine¹⁰⁶.

La normativa secondaria determina direttamente, quindi, mediante le norme di armonizzazione minima, l'equivalenza delle autorizzazioni rilasciate da ciascuno Stato membro, senza ricorrere a un procedimento centralizzato di rilascio dell'autorizzazione. La individuazione dei requisiti necessari e sufficienti per ottenere l'autorizzazione ha l'effetto di ridurre significativamente il margine di discrezionalità a disposizione delle autorità nazionali competenti, permanendo una limitata possibilità di differenziazione sul piano della concreta applicazione delle regole.

La determinazione per via normativa dell'equivalenza fra le autorizzazioni nazionali ha alcune conseguenze rilevanti.

In primo luogo, le autorizzazioni (e i loro titolari) possono circolare liberamente nel mercato interno. Una volta assolti gli obblighi di notifica e documentazione, il mutuo riconoscimento da parte dello Stato di destinazione diventa automatico e dovuto.

Il mutuo riconoscimento non è, però, sufficiente ad assicurare l'intera libertà di circolazione, specie per quanto riguarda il diritto di stabilimento, che comporta una presenza e attività permanente dell'ente creditizio oltre i confini dello Stato di origine.

Si sviluppa, allora, in secondo luogo, il controllo dello Stato di origine, quale strumento operativo e tecnica applicativa del principio di equivalenza. A differenza del mutuo riconosci-

mento, il controllo dello Stato di origine non può avere effetti automatici, ma deve essere definito quanto a oggetto, ambito e modalità di svolgimento e richiede, quindi, una regolazione espressa.

Lo sviluppo dello strumento esula, quindi, dalla capacità di decisione e di orientamento delle corti, europea e nazionali, e dipende, invece, dall'intervento del legislatore, nelle specifiche forme previste dall'ordinamento europeo. E quindi al diritto europeo derivato che è rimessa la concreta determinazione dei confini fra controllo dello Stato di origine e controllo dello Stato di destinazione.

Quali che siano i termini di tale determinazione, il ricorso al controllo dello Stato di origine non è limitato solo al (permanente) rispetto dei requisiti stabiliti per il rilascio dell'autorizzazione, ma si estende allo svolgimento dell'attività, anche quando questa si svolga in un ordinamento diverso da quello in cui ha sede l'autorità di controllo.

Il diritto di stabilimento comporta, quindi, l'estensione della disciplina di origine oltre i confini nazionali non solo per quel che riguarda la regola, ma anche per quel che riguarda le attività di vigilanza sul rispetto della regola, a differenza di quanto avviene per le merci e, almeno in parte, anche per la libertà di prestazione, perché, come si è detto in precedenza, il diritto di stabilimento comporta una presenza permanente e quindi anche una vigilanza permanente in un altro ordinamento.

La contemporanea operatività di diverse amministrazioni nazionali sullo stesso spazio rende necessario, allora, lo sviluppo di strumenti e tecniche di cooperazione amministrativa, che la normativa secondaria prevede e disciplina.

14. *Principio di equivalenza e strumenti operativi: «home country control», mutuo riconoscimento, ragioni imperative*

±j analisi aiiiGià svoiua consente di ariermare che ancone per il settore dei servizi vale una generale presunzione di equivalenza fra le normative nazionali e che tale presunzione consente di neutralizzare i possibili effetti restrittivi alla libertà di circolazione dei servizi derivanti dalle differenze fra le misure

nazionali, anche in assenza di norme comuni di armonizzazione e, a maggior ragione, in presenza di norme di armonizzazione minima.

Si tornerà fra breve sul diverso peso che le norme di armonizzazione hanno nel settore dei servizi, rispetto al settore delle merci e sulle conseguenze che ne derivano. Occorre prima rilevare, sul piano generale, come anche nel settore dei servizi trovi conferma la ricostruzione proposta in precedenza della funzione essenziale del principio di equivalenza come principio di governo delle relazioni fra le libertà di circolazione garantite dal Trattato (e dalla Costituzione, quando essa entrerà in vigore) e le ragioni imperative individuate nella normativa primaria e articolate dalla giurisprudenza comunitaria¹⁰⁷.

Tali relazioni non devono dunque essere interpretate, secondo l'orientamento oggi prevalente, nel quadro di una dinamica fra regola ed eccezione, all'interno del quale la libertà di circolazione costituisce una regola che può essere derogata quando sussiste una ragione imperativa, perché questa ricostruzione distingue fra lo spazio coperto dalla regola - la libertà di circolazione - e lo spazio coperto dall'eccezione - la ragione imperativa - e fa coincidere la distinzione fra i due ambiti con un riparto di competenza fra diritto comunitario e diritto nazionale, concependo il primo come uniforme e il secondo come differenziale e differenziato.

Si pone in ombra, però, così, una caratteristica fondamentale della libertà di circolazione, costantemente richiamata sia nella giurisprudenza, sia nella normativa secondaria: i servizi possono circolare liberamente anche in assenza di armonizzazione, sulla base di normative nazionali differenti e anzi sono proprio le

normative nazionali a conformare i caratteri giuridicamente rilevanti del servizio. Tali caratteri sono incorporati nel servizio e circolano insieme a esso nel mercato interno, grazie alla presunzione di equivalenza delle garanzie prestate dalle normative nazionali proprio rispetto alle ragioni imperative riconosciute dal diritto europeo (mediante la normativa primaria o la giurisprudenza della Corte di giustizia).

Le ragioni imperative devono essere, dunque, sempre soddisfatte: sotto questo profilo esse non costituiscono una deroga, né un ambito di competenza attribuito al diritto nazionale piuttosto che al diritto uniforme, ma un parametro di legittimità della libertà di circolazione.

Occorre allora prima di tutto verificare se questo parametro di legittimità trovi soddisfazione nella disciplina del paese di origine. Se la verifica ha esito positivo, il servizio conformato da quella disciplina può circolare liberamente nel mercato interno. Se, invece, la verifica ha esito negativo, perché risulta una mancata o incompleta soddisfazione delle esigenze imperative da parte della disciplina di origine, divengono ammissibili misure nazionali dello Stato di destinazione aggiuntive rispetto a quelle poste dallo Stato di origine. Proprio perché queste misure sono aggiuntive e finalizzate alla soddisfazione di quel residuo di ragioni imperative non soddisfatte dalla disciplina di origine, esse sono sottoposte, come si è visto, al principio di proporzionalità come condizione di compatibilità con il diritto europeo.

Le ragioni imperative non operano, dunque, come limiti alla libertà di circolazione, ma vengono incorporate nella disciplina che regola la prestazione o lo stabilimento del servizio nell'ordinamento d'origine¹⁰⁸ ed è proprio per questa ragione che si può presumere l'equivalenza fra le diverse discipline nazionali, alla quale consegue la sufficienza della disciplina di origine del servizio, rispetto alla quale diviene superfluo - e

quindi inammissibile - un ulteriore intervento regolatore da parte dello Stato di destinazione¹⁰⁹.

L'applicazione della disciplina di origine è rimessa, poi, a strumenti e tecniche dotati di validità generale nel mercato interno, come il mutuo riconoscimento e il controllo dello Stato di origine che, pur mantenendo i caratteri generali già illustrati in relazione alla libertà di circolazione delle merci, presentano nel settore dei servizi alcuni tratti specifici¹¹⁰.

Nel settore dei servizi, infatti, come si è visto in precedenza, la normativa secondaria volta a determinare condizioni di armonizzazione minima è significativamente più sviluppata che nel settore delle merci, anche se in grado diverso da settore a settore. La presunzione di equivalenza, sempre desunta nei suoi termini generali dalla normativa primaria, trova così specificazione e articolazione nella disciplina settoriale, con una conseguente maggiore definizione, soprattutto sul piano procedimentale, degli strumenti e delle tecniche di applicazione del principio di equivalenza.

Il ricorso alla disciplina secondaria consente, infatti, ciò che alla giurisprudenza è per sua natura precluso: la costruzione di un sistema stabile e certo di regole e procedure, il cui ambito di validità è definito espressamente e non rimesso a decisioni caso per caso.

Due le principali conseguenze: la differenziazione fra le procedure di mutuo riconoscimento e la stretta connessione fra mutuo riconoscimento e controllo dello Stato di origine, che operano, sulla base delle norme di armonizzazione minima, in connessione e non alternativamente.

Sotto il primo profilo, possono distinguersi tre diverse fattispecie: i casi in cui si applica il mutuo riconoscimento au-

tomatico, i casi in cui il mutuo riconoscimento è condizionato dal diritto di scrutinio nell'ordinamento di destinazione, ma è comunque dotato, grazie alla normativa secondaria, di validità generale e i casi in cui il mutuo riconoscimento è rimesso alla decisione caso per caso dell'ordinamento di destinazione, sulla base dei principi desumibili dal Trattato e dalla giurisprudenza comunitaria. A questa varietà di strutture procedimentali corrisponde una diversa ampiezza degli obblighi incombenti sugli Stati membri, come si vedrà nel paragrafo successivo.

Sotto il secondo profilo, la connessione fra mutuo riconoscimento e controllo dello Stato di origine consente di ampliare l'effetto del mutuo riconoscimento oltre l'accesso al mercato, anche allo svolgimento dell'attività, sia in regime di libera prestazione, sia in regime di stabilimento. Il controllo dello Stato di origine non si esaurisce, qui, come avviene in linea di massima per le merci, nella conformazione del prodotto, ma ha carattere continuativo e permanente, di modo che non soltanto le discipline, ma anche le amministrazioni di due (o più) diversi ordinamenti sono poste in continua connessione, con importanti conseguenze sul piano delle obbligazioni degli Stati e dello sviluppo di forme e strumenti di cooperazione.

15. Le conseguenti obbligazioni degli Stati membri

Le obbligazioni degli Stati membri connesse alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno possono essere esaminate utilizzando lo stesso schema di analisi già seguito per l'esame delle obbligazioni connesse alla libera circolazione delle merci.

Le obbligazioni possono essere distinte, quindi, a seconda che siano riferite all'esercizio del potere normativo o all'esercizio del potere amministrativo e, ancora, a seconda dei limiti, interni o esterni, al potere amministrativo o normativo.

L'esercizio del potere normativo da parte degli Stati membri in materia di servizi incontra un primo limite esterno direttamente nelle norme del Trattato e nella distinzione da esse posta fra libertà di prestazione e diritto di stabilimento. Questa distinzione non può essere cancellata dalle normative nazionali,

che sono tenute a prevedere condizioni meno onerose per la libertà di prestazione rispetto alle condizioni previste per il diritto di stabilimento.

Un secondo limite esterno deriva dalle norme di armonizzazione che hanno, come si è visto, maggiore estensione nel settore dei servizi rispetto al settore delle merci.

Sia che le norme di armonizzazione abbiano efficacia diretta, sia che esse richiedano norme nazionali di recepimento, il potere normativo degli Stati membri ne risulta limitato in egual misura per quel che riguarda la concreta configurazione della libertà di prestazione e del diritto di stabilimento. Lo Stato membro non può, ad esempio, introdurre requisiti ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dalle norme di armonizzazione relativamente al rilascio delle autorizzazioni o al riconoscimento delle qualifiche professionali.

Nel caso in cui, invece, manchino norme di armonizzazione minima - si pensi alle professioni non armonizzate o alle società - il potere normativo nazionale è limitato direttamente dalle norme del Trattato che prevedono la libertà di circolazione, ma resta possibile la previsione di misure nazionali aggiuntive che non contrastino con la norma primaria.

Rileva infine un ultimo limite esterno al potere normativo nazionale, riferito però non tanto alla legittimità ed estensione di misure nazionali differenziali, quanto alla loro applicabilità.

L'ampio ricorso alla tecnica del controllo dello Stato di origine comporta, infatti, il divieto, per lo Stato di destinazione, di applicare ai soggetti che operano in regime di libertà di prestazione o di diritto di stabilimento tutte le regole nazionali che pure restano valide e applicabili ai soggetti nazionali. Si verifica così non tanto una riduzione del potere regolativo nazionale, quanto una ridefinizione del suo ambito di applicazione, spesso rimessa, nel settore dei servizi, alla normativa secondaria europea.

Le questioni di competenza dello Stato di origine e quelle di competenza dello Stato di destinazione sono indicate con

^mnie!77^ vllHsm!lp n9llF> niretfm^ Ai Gf>ttr/rt* ma Tri ertnn olm^rt»

due tratti ricorrenti, relativi alla natura delle regole nazionali e al criterio seguito per l'individuazione dei rispettivi ambiti. Le relazioni fra il soggetto che esercita la libertà di circolazione e l'amministrazione dello Stato di destinazione sono

disciplinate dal diritto europeo, mentre le relazioni di natura privatistica restano affidate al diritto locale¹¹¹.

Quanto al criterio di riparto, esso è identificabile con il divieto di doppia regolazione. Sono quindi sottratti alla possibilità di intervento dello Stato di destinazione tutti i profili per i quali il prestatore di servizi è necessariamente sottoposto alla disciplina dell'ordinamento di origine, come ad esempio la costituzione del soggetto e l'accesso alle attività regolamentate.

Il potere normativo nazionale incontra anche una serie di limiti interni, del tutto simili a quelli già identificati in relazione alla libertà di circolazione delle merci e volti ad assicurare la compatibilità del diritto nazionale con il diritto europeo. In base a tali limiti, il potere normativo nazionale può essere esercitato, come si è visto, solo a condizione che ne sia provata la necessità e nel rispetto del principio di proporzionalità, oltre che degli obblighi di notifica e di mutua informazione nei confronti della Commissione come degli altri Stati membri.

Considerazioni analoghe possono essere svolte per quanto riguarda l'esercizio dell'attività amministrativa da parte delle autorità nazionali, anch'esso caratterizzato da limiti esterni e interni.

Il primo limite esterno apposto al potere amministrativo nazionale deriva dal divieto di duplicazione delle autorizzazioni, dei controlli e delle verifiche già effettuati nell'ordinamento di origine. Le autorizzazioni e i controlli svolti nel paese di origine assumono valenza estesa oltre i confini nazionali, perché essi conformano la situazione giuridica del prestatore di servizi e, insieme a essa, quindi, circolano liberamente nell'ordinamento europeo. Poiché, peraltro, come si è visto, i requisiti essenziali necessari per ottenere un'autorizzazione sono determinati dal diritto derivato, tanto le autorità dello Stato di origine, quanto le autorità dello Stato di destinazione operano in diretta attuazione del diritto europeo e, quindi, come amministrazioni di un ordinamento europeo unitario. La moltiplicazione dei

111. In riferimento al diritto nazionale, si veda l'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1215/2012 del Consiglio, del 19 dicembre 2012, concernente la giurisdizione e il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale.

a un significativo sviluppo di strumenti e sedi di cooperazione amministrativa, perché l'attività di prestazione è per definizione attività continuata nel tempo e dà luogo quindi a rapporti giuridici continuativi e non invece, come nel caso delle merci, puntuali. L'obbligo di cooperazione fra Stati membri diventa così un secondo limite esterno all'esercizio del potere amministrativo, che deve tenere necessariamente conto non solo delle decisioni e degli atti di altre amministrazioni nazionali, ma anche della loro necessità di disporre di informazioni per verificare il continuativo rispetto della disciplina d'origine.

Si prenda, a mo' di esempio, il caso dell'esercizio della professione di avvocato, nel caso in cui al professionista sia imputabile il mancato rispetto di una regola dell'ordinamento nel quale opera (diverso dall'ordinamento dal quale proviene). Il potere disciplinare spetta allo Stato di destinazione, ma le conseguenze ulteriori in termini sanzionatori spettano allo Stato di origine, mentre corrispettivamente, se lo Stato di origine revoca l'abilitazione professionale, viene a cadere anche la possibilità di esercitare la professione nello Stato di destinazione.

Il potere amministrativo incontra, invece, un limite interno nell'obbligo di trattamento indifferenziato, che non consente trattamenti preferenziali rispetto ai soggetti nazionali e sottopone comunque qualsiasi decisione al rispetto dei principi di trasparenza e di proporzionalità.

L'attività di ponderazione fra interessi che costituisce il *quid proprium* del potere amministrativo si configura, quindi, come un'attività di cura che ha a oggetto i diritti di cittadini europei, in quanto cittadini (e prestatori di servizio europei).

A fronte di questa situazione soggettiva tutelata stanno obblighi dell'amministrazione dello Stato membro di destinazione, che non può, ad esempio, negare il riconoscimento del diploma (e il conseguente accesso alla professione) se sussiste la corrispondenza fra le competenze richieste e le competenze possedute, anche se queste competenze sono state acquisite, nello Stato di origine con modalità diverse da quelle prescritte nello Stato di destinazione, né tantomeno può negare l'accesso alla professione o l'esercizio della stessa senza un previo esame comparativo dei requisiti richiesti e di quelli posseduti. Se in esito a tale esame comparativo si accerta una differenza sostan-

ziale fra le due categorie di requisiti, peraltro, l'amministrazione è obbligata a offrire al richiedente, come si ricorderà, la scelta fra sottoporsi a una prova attitudinale o seguire un tirocinio di adattamento.

In termini generali può dirsi che sull'amministrazione nazionale incombe l'obbligo di tutelare e garantire tutti gli interessi riconosciuti come meritevoli di tutela dall'ordinamento europeo e che tale obbligo può comportare, sul piano dell'azione e della decisione amministrativa, sia l'applicazione diretta di una norma comunitaria, sia l'applicazione di una norma nazionale, sia, infine, l'applicazione di una norma dell'ordinamento di un altro Stato membro, a seconda della configurazione che la presunzione di equivalenza assume nel caso specifico e degli strumenti operativi mediante i quali essa deve essere posta in atto.

Ciò che rileva, ai nostri fini, è che l'individuazione della norma o della regola di volta in volta applicabile non si configura come una scelta, ma come un obbligo per l'amministrazione nazionale, a fronte del quale sussistono legittime pretese di altri Stati membri e di privati e per la cui violazione sono attivabili meccanismi di controllo e di responsabilità.

16. Conclusioni

L'analisi sinora svolta ha mostrato il ruolo fondamentale del principio di equivalenza quale strumento di costruzione e integrazione del mercato interno europeo, nella specifica configurazione dell'equivalenza presunta. La presunzione di equivalenza trova il proprio fondamento nella individuazione degli interessi da tutelare e delle esigenze da soddisfare nell'ordinamento europeo, come interessi ed esigenze comuni, che possono essere, però, soddisfatti e tutelati mediante modalità diverse, rimessi almeno in parte agli ordinamenti nazionali. La presunzione di equivalenza comporta che tali modalità siano considerate, in principio,

effettiva compatibilità nel caso concreto, in genere mediante il sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia.

Il principio di equivalenza trova così attuazione e applicazione mediante una serie di strumenti operativi, fra i quali

spiccano il mutuo riconoscimento e il controllo del paese di origine. Senza tornare, qui, in dettaglio sulle caratteristiche di tali strumenti, già esaminate precedentemente, si possono evidenziare i due effetti più rilevanti a essi connessi: l'effetto riduttivo sul potere regolatore all'interno dell'ordinamento europeo e la costruzione di un regime giuridico all'interno del quale le differenze fra gli ordinamenti nazionali non vengono omologate o cancellate, ma governate e sottoposte a un ordine, che ne determina la rilevanza e le reciproche relazioni.

La riduzione del potere regolatore deriva direttamente dalla logica ispiratrice del principio di equivalenza: occorre preliminarmente verificare se esiste nell'ordinamento una regola in grado di disciplinare una decisione o un assetto di interessi e, ove tale verifica abbia esito positivo, è inibita la possibilità di aggiungere e sovrapporre un'altra regola dall'effetto equivalente.

L'esercizio del potere regolatore è sottoposto, quindi, all'onere di provare la necessità della regola che si vuole porre. Tale onere impone, in particolare, di provare sia che le regole esistenti non siano (già) equivalenti rispetto alla nuova regola che si vorrebbe introdurre, sia che dalla loro applicazione non consegua il grado e il tipo di tutela che si vuole ottenere.

È importante rilevare, sotto altro profilo, come la carica riduttiva del potere regolatore connessa alla presunzione di equivalenza valga non solo per le istituzioni nazionali, ma anche per le istituzioni comunitarie, ivi compresa la Corte di giustizia, chiamata prima ad accertare l'equivalenza fra le norme oggetto del giudizio e, solo nel caso di esito negativo dell'accertamento, a indicare la regola da applicare nella fattispecie concreta (o, a seconda delle modalità del giudizio, a indicare le modalità di individuazione della regola).

Si è già visto in precedenza come da questa riduzione del potere regolatore derivi anche un'apertura laterale degli ordinamenti nazionali, che opera, per così dire, sia in entrata sia in uscita. In ciascun ordinamento nazionale devono infatti trovare accoglienza e considerazione le situazioni soggettive di cittadini europei per come giuridicamente conformate dall'ordinamento di origine e, di converso, ciascun ordinamento nazionale «esporta» i propri assetti regolatori, e gli atti amministrativi

mediante i quali essi sono puntualizzati nel caso concrete, nello spazio giuridico europeo.

Le differenze fra i diversi ordinamenti nazionali non vengono, quindi, cancellate, ma sottoposte a un regime giuridico unitario che, sulla base della presunzione di equivalenza, ne neutralizza gli effetti - specie quando tali effetti possono configurarsi come ostacoli alla libera circolazione - e consente, invece, il dispiegarsi di quegli effetti solo a condizione che se ne dimostri la necessità alla luce di specifiche esigenze imperative che non possano essere altrimenti soddisfatte.

Il principio di equivalenza opera, dunque, come strumento d'integrazione, ma non di uniformazione e, pur non richiedendo l'istituzione di un'autorità centrale per la sua applicazione, né imponendo condizioni di produzione identiche nello spazio giuridico europeo, esplica una forte influenza sia sulle amministrazioni nazionali, sia sui produttori, inducendo la convergenza.

Le amministrazioni nazionali sono tenute, infatti, a operare come agenti del diritto europeo, mediante l'assunzione di obbligazioni giuridicamente rilevanti (ed esigibili) e il rispetto di limiti e criteri - precedentemente illustrati in dettaglio - per l'esercizio del potere regolatore e amministrativo.

Sotto altro profilo, poiché i prodotti che rispondono ai requisiti oltre i quali non è necessaria ulteriore garanzia circolano liberamente, i produttori sono indotti ad adeguarsi a quei requisiti e i processi di produzione tendono a convergere¹¹².

Sul grado e sulla qualità di tale convergenza la discussione è naturalmente aperta, essendo evidente che un regime giuridico basato sulla presunzione di equivalenza può presentare margini di incertezza quanto alla regola effettivamente applicabile nel caso concreto. Occorre ricordare, però, che è la stessa natura

originariamente e irriducibilmente plurale dell'ordinamento europeo a imporre soluzioni non convenzionali, che vanno modificando in profondità gli assunti tradizionali sui quali posano i diritti nazionali e che conviene, quindi, seguire e indagare la linea del cambiamento valutandone non solo i limiti e le difficoltà, ma anche la capacità di rispondere a problemi nuovi, per i quali le soluzioni sperimentate risultano del tutto inadeguate.

Lo sviluppo dell'equivalenza presunta quale principio regolatore del mercato interno risponde, appunto, a questa linea di cambiamento profondo e comporta, come si è visto, la costruzione di un diritto amministrativo integrato e aperto: ma su questo si tornerà nel capitolo finale.

L'EQUIVALENZA PREFIGURATA: LA STRATEGIA EUROPEA PER L'OCCUPAZIONE

1. *L'Europa sociale dalla marginalità allo sviluppo*

L'ordinamento europeo soffre, secondo una critica diffusa, di una forte asimmetria fra le politiche della concorrenza e del mercato e le politiche sociali, poste rispettivamente al centro e ai margini del processo di integrazione.

Questa marginalità è riferibile, peraltro, solo alla dimensione europea delle politiche sociali: i cittadini europei godono di standard di protezione e garanzie dei diritti sociali fra i più alti del mondo, ma si tratta di protezioni e garanzie a carattere prevalentemente nazionale¹, anche se non sono mancati interventi della Corte di giustizia, più e meno risalenti, in materia².

Può sembrare paradossale che la sovranità degli Stati nazionali si sia rivelata più cedevole sui terreni originariamente suoi propri, come la moneta e la giustizia, e abbia invece dimostrato una maggiore capacità di resistenza in settori, come quello delle politiche sociali, per i quali l'intervento pubblico ha radici assai meno profonde e natura ottativa. Si tratta, però, di un paradosso apparente, in larga misura dipendente dalla diversa conformazione del ruolo dello Stato - *rectius*, dei pò-

teri pubblici - nelle politiche sociali rispetto alle politiche di tutela della concorrenza e del mercato. In queste ultime, infatti, l'intervento pubblico ha prevalentemente natura regolatoria, mira a garantire la «parità delle armi» fra i diversi soggetti³ e se pure ha, inevitabilmente, effetti redistributivi, questi sono una conseguenza in fatto e non una finalità ispiratrice. Nel caso delle politiche sociali, invece, il fine di redistribuzione costituisce la *ratio* stessa dell'intervento pubblico, che altrimenti non si giustificerebbe e che anzi trova nella «giustizia sociale», allo stesso tempo, la ragione prima e il fine ultimo⁴.

La natura redistributiva delle politiche sociali spiega il loro forte ancoraggio nazionale. La distribuzione di vantaggi e sacrifici richiede, per definizione, la convinzione di appartenere a un'unica comunità, all'interno della quale i sacrifici imposti oggi possano essere compensati dai vantaggi di domani e il bene comune possa essere inteso e descritto con categorie diffuse e condivise, e impone, altresì, un alto grado di obbedienza fiscale⁵. Si tratta di condizioni sussistenti nella dimensione nazionale e difficili da creare, invece, in una dimensione sovranazionale, dove i caratteri identitari si moltiplicano e sono più difficilmente riconducibili a unità⁶.

Pur a fronte di tali difficoltà di fondo, l'ordinamento europeo ha conosciuto, negli ultimi due decenni, un processo di crescita e di sempre maggiore articolazione della dimensione sociale, configurata a volte come un contrappeso, a volte come

un complemento, a volte come un grado ulteriore di sviluppo rispetto alla centralità e al peso del mercato interno quale motore dell'integrazione europea.

Si tratta di una vicenda assai complessa, che attende ancora una ricostruzione completa⁷, all'interno della quale hanno giocato e giocano un ruolo importante fattori assai diversificati fra loro, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di uguaglianza e discriminazione indiretta all'introduzione nei Trattati di previsioni finalizzate alla realizzazione di obiettivi sociali e alla lotta contro l'esclusione sociale⁸, dalla costruzione di procedure apposite⁹ all'approvazione della Carta dei diritti di Nizza¹⁰ e al suo inserimento quale parte seconda della Costituzione europea.

L'ampiezza della materia non consente una ricognizione esaustiva, che del resto esulerebbe dai fini di questo studio, volto a provare la consistenza e la resistenza di un'ipotesi di lavoro - la conformazione e il funzionamento del principio di equivalenza nell'ordinamento europeo - rispetto a diversi casi e fattispecie. L'analisi sarà quindi circoscritta, in questo capi-

tolo, a uno specifico settore delle politiche sociali, in ragione del grande rilievo politico ed economico che esso assume per tutti gli Stati membri: l'occupazione". Si tratta di un ambito che si presta a un'analisi di specie sia perché presenta confini abbastanza definiti e circoscritti nel quadro complessivo delle politiche sociali, sia perché proprio in questo ambito si sono sviluppati nuovi strumenti e modalità di integrazione - come, ad esempio, il metodo di coordinamento aperto e l'ampio ricorso alla *soft lato*, invece che *all'hard law* - mediante i quali si è tentato di realizzare l'equilibrio fra dimensione nazionale e dimensione europea in forme diverse rispetto al metodo comunitario tradizionale.

L'insufficienza del metodo comunitario classico, o comunque l'impossibilità di ricorrere a esso nel settore delle politiche sociali, non dipende soltanto dalla forte resistenza degli Stati membri a cedere quote di competenza in settori cruciali per la legittimazione dei governi nazionali, ma anche da una fondamentale differenza che il settore in esame presenta rispetto ai settori sinora esaminati, come la concorrenza e il mercato interno. In quei casi, infatti, è stato sicuramente più facile identificare e articolare coerentemente le rispettive opzioni di *policy* poste a base della normativa primaria e secondaria, mentre nel caso delle politiche sociali non è facile individuare posizioni condivise o almeno maggioritarie sulle soluzioni da adottare, persino in una dimensione esclusivamente nazionale. Il dibattito sui sistemi pensionistici, sui sistemi sanitari, sui sistemi scolastici, sulle strategie per ridurre la disoccupazione o migliorare la qualità dell'occupazione presenta, in ogni sistema nazionale, opzioni divaricate, che spesso non convergono neanche nella individuazione delle cause dei problemi da risolvere, ed è quindi molto più difficile identificare un nocciolo comune di problemi e di soluzioni intorno al quale costruire le strategie di integrazione¹².
La costruzione di una dimensione sociale

europea ha dovuto quindi necessariamente seguire percorsi diversi rispetto alla costruzione di un mercato unico europeo e la strategia per l'occupazione è esemplare di questa esigenza. In assenza di paradigmi concettuali e operativi chiaramente predeterminati e facilmente riconoscibili, capaci di raccogliere un consenso diffuso, lo sforzo comune ha dovuto concentrarsi innanzitutto sulla elaborazione di una strategia condivisa, sulla identificazione degli elementi, contenuti, indicatori utili a orientare l'impegno degli Stati membri entro un quadro di riferimento che non era preesistente - come era accaduto per altre aree di *policy* - ma andava via via determinato.

In ragione di questa peculiarità della strategia per l'occupazione, l'analisi sarà svolta di seguito adattando la struttura già utilizzata nei precedenti capitoli: l'individuazione dei fini della disciplina si accompagnerà a un esame delle relazioni con la tutela dei diritti sociali nell'ordinamento europeo, seguito dalla ricostruzione dell'assetto attuale e, infine, da un esame degli strumenti operativi e delle obbligazioni incombenti sugli Stati membri.

2. 1 fini della disciplina in materia di politiche per l'occupazione

L'armonizzazione delle politiche sociali, pur essendo prevista già nel Trattato di Roma (art. 117)¹³, è a lungo rimasta lettera

morta, soprattutto a cagione della regola dell'unanimità, che richiedeva per qualsiasi decisione una completa cooperazione intergovernativa assai difficile a realizzarsi. Solo tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, con l'estensione del voto a maggioranza qualificata, le politiche sociali europee conobbero i primi sviluppi significativi, con il Capitolo sociale del 1980, la Carta sociale del 1989 e l'Accordo sulle politiche sociali del Trattato di Maastricht del 1992¹⁴.

L'introduzione di un apposito Titolo dedicato all'occupazione e alla tutela sociale e l'inserimento dell'accordo sulle politiche sociali nel Trattato di Amsterdam (art. 118A)¹⁵ ha segnato la costituzionalizzazione della dimensione sociale europea¹⁶, individuando il suo centro nelle politiche per l'occupazione,

prevedendo che si debba tenere conto dell'impatto occupazionale in tutte le politiche comunitarie. Il Trattato è intervenuto sia sui profili organizzativi, sia su quelli funzionali, dando così separata evidenziazione alle politiche per l'occupazione nel più ampio ambito delle politiche sociali.

Sotto il profilo organizzativo, tre sono le principali innovazioni: l'introduzione della regola di votazione a maggioranza qualificata, la previsione della consultazione del parlamento europeo e l'istituzione del Comitato per l'occupazione¹⁷, quale sede permanente e di rango costituzionale, con compiti istruttori rispetto alle deliberazioni del Consiglio.

Sotto il profilo funzionale, la normativa primaria non ha modificato l'assetto delle competenze e ha quindi lasciato agli Stati membri le funzioni in materia di occupazione, ma ha previsto un ruolo assai più incisivo per il Consiglio e la Commissione, basato sulla previsione di una «strategia coordinata» in materia di occupazione (art. 125) e sull'introduzione di un sistema di sorveglianza multilaterale, analogo a quello già sperimentato, con risultati positivi, in materia di criteri di convergenza per l'adesione alla moneta unica.

Si è così configurato un nuovo assetto di rapporti, che si snoda attraverso un articolato percorso istituzionale e procedimentale, ad andamento ciclico. Ogni anno il Consiglio e la Commissione predispongono un Rapporto congiunto, nel quale vengono esaminate le politiche degli Stati membri e su questa base il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, su propo-

sta della Commissione, previa consultazione del Parlamento, del Comitato economico e sociale, del Comitato regioni e del Comitato per l'occupazione specifici orientamenti (*guidelines*) dei quali gli Stati membri devono tenere conto nelle politiche nazionali. A tal fine ciascuno Stato membro deve elaborare e trasmettere un piano nazionale per l'occupazione sulle misure adottate, tenendo conto delle *guidelines*, e questi piani vengono esaminati dal Consiglio e dalla Commissione nel successivo Rapporto congiunto. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può rivolgere raccomandazioni individuali agli Stati membri, unitamente alle *guidelines* per il nuovo anno.

Il Titolo sull'occupazione nel Trattato di Amsterdam è esemplare della necessità, sempre più frequente dagli anni '90 in poi nell'ordinamento europeo, di conciliare esigenze opposte e, in particolare, la crescente opposizione degli Stati membri al trasferimento di competenze all'Unione Europea e all'estensione della votazione a maggioranza qualificata da una parte e, dall'altra, l'esigenza di far fronte mediante un'azione di dimensione europea alle sfide rispetto alle quali la dimensione nazionale risulta via via sempre più inadeguata.

Nella specifica materia delle politiche sociali, la sfida era particolarmente difficile, perché si voleva non solo preservare il *welfare state* come elemento caratteristico della tradizione europea ed elemento fondante della cittadinanza, ma anche mantenere le diverse configurazioni che esso ha assunto, storicamente, nei differenti Stati membri. Non era possibile, quindi, introdurre strumenti di armonizzazione o di integrazione che portassero al ridimensionamento del *welfare state* o alla sua uniformazione in un modello europeo: poteva esserci una moneta unica, ma non un'Europa sociale unica¹⁸. Era acuta la consapevolezza, per altro verso, sia della necessità di

accompagnare e, in un certo senso, legittimare il progetto della moneta unica con una espansione della dimensione sociale europea, sia della impossibilità di continuare a mantenere del tutto separate e indipendenti le politiche nazionali in materia, a causa degli *spillovers* negativi che si potevano verificare sia fra gli Stati membri, all'interno dello spazio europeo, sia nella dimensione esterna, nella competizione fra l'Europa e il resto del mondo per mantenere i livelli desiderati di crescita, sviluppo e coesione.

Il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro delle persone, la costruzione di un mercato del lavoro europeo, all'interno del quale siano assicurate sia la mobilità dei lavoratori, sia una tendenziale convergenza dei costi delle imprese, evitando, di converso, fenomeni di *social dumping* e di discriminazione non potevano, dunque, né essere affidati solo alla dimensione nazionale, né essere direttamente e interamente «comunitarizzati», secondo il metodo comunitario classico.

Si è scelta, allora, una via intermedia, che prevede il mantenimento della competenza in capo agli Stati membri, ma inserisce l'esercizio di questa competenza all'interno di meccanismi e procedure centralizzate sia per quel che riguarda la fase di determinazione delle misure da attivare, sia per quel che riguarda la verifica sui risultati raggiunti. L'obiettivo finale di questo nuovo regime istituzionale non è l'armonizzazione dei sistemi di *welfare* - e, in particolare, delle politiche per l'occupazione - ma piuttosto la convergenza su alcune priorità, con un alto grado di flessibilità nella scelta dei modi e mezzi utilizzati, in ciascun ordinamento, per contribuire alla convergenza.

Prima di passare all'esame del concreto funzionamento di questo assetto, bisogna però ricordare che esso è reso possibile, proprio nella sua natura flessibile e aperta, dal fatto che nei singoli ordinamenti nazionali, come nell'ordinamento europeo, i diritti sociali ricevono tutela indipendentemente dalle misure di convergenza e dal grado di convergenza raggiunto. È sul piano dei rimedi giurisdizionali che si gioca, per ora, la capacità dello Stato membro di includere i propri cittadini ed eventualmente escludere cittadini di altri Stati da particolari misure di protezione sociale, nell'ambito del rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità e dell'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia. La giurisprudenza comunità-

ria in materia, pur non mancando di orientamenti e sviluppi innovativi, tende però a evitare affermazioni nette in ordine alla dimensione europea dei diritti fondamentali e a restare sul più sicuro e saldo terreno dei principi di uguaglianza, non discriminazione e libertà di circolazione¹⁹.

Emerge qui una differenza significativa fra l'equivalenza prefigurata e gli altri tipi di equivalenza esaminati in precedenza, in quanto la prefigurazione di equivalenza non consente di configurare situazioni soggettive individuali, caratterizzate da pretese esigibili, né corrispondenti obbligazioni degli Stati membri. La strumentazione propria dell'equivalenza prefigurata appartiene, infatti, come si vedrà meglio fra breve, prevalentemente alla categoria della *soft lato*, mentre gli strumenti di *hard lato* restano attivabili quasi esclusivamente per la tutela dei diritti fondamentali, che possono specificamente assumere la dimensione di diritti sociali: si pensi, ad esempio, alla libertà di residenza, che può attivare, nell'ordinamento nazionale prescelto, il diritto a prestazioni sociali che sarebbero tendenzialmente connesse alla nazionalità, ma devono essere invece estese al cittadino europeo - non nazionale - residente. La tutela dei diritti sociali, assicurata attraverso gli strumenti tradizionali *dell'hard law*, può, inoltre, condizionare gli orientamenti e gli obiettivi delle politiche sociali, operando così come un ulteriore fattore di convergenza²⁰.

3. *L'assetto attuale della strategia per l'occupazione*

La strategia per l'occupazione è, ancora oggi, una politica eminentemente affidata a modalità e accordi procedurali, resi via via più semplici e più cogenti mediante la costruzione di «processi», individuati con i nomi delle città nelle quali si sono tenuti i Consigli europei che li hanno deliberati²¹. Per chiarire il quadro di riferimento entro il quale si svolgerà l'analisi, conviene ricordare per sommi capi la successione di questi processi e le loro caratteristiche, per poi concentrare l'indagine sull'assetto oggi vigente.

Con il Consiglio di Essen si posero le basi per il futuro sviluppo di un nuovo sistema di relazioni fra Stati membri e istituzioni comunitarie in materia di occupazione, prevedendo che le raccomandazioni del Consiglio europeo fossero trasfuse dagli Stati membri in programmi pluriennali, che sarebbero stati sottoposti al monitoraggio della Commissione e dei Consigli di settore. A loro volta, la Commissione e i Consigli avrebbero presentato un rapporto annuale sui risultati raggiunti al Consiglio europeo.

La strategia per l'occupazione si è concretizzata, però, come politica europea dotata di una propria autonomia e di propri, sia pur limitati, principi e strumenti con l'adozione del «processo» di Lussemburgo nel 1997, con il quale si «anticipò», per così dire, l'entrata in vigore delle norme del Trattato. In questa fase si attribuì alla Commissione il compito di elaborare

e proporre²² *guidelines* in materia di occupazione, strutturate su quattro pilastri: occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità²³. Alla determinazione dei pilastri come obiettivi comuni per le politiche nazionali si accompagnava l'introduzione di un nuovo metodo di lavoro, basato su un sistema di sorveglianza multilaterale e di scambio delle esperienze fra gli Stati membri. Sulla base delle linee direttrici comuni, degli obiettivi e degli indicatori stabiliti dal Consiglio, infatti, gli Stati membri sviluppano piani di azione annuali, sottoposti poi a monitoraggio e valutazione collettiva nel corso di un processo di *peer review*, a seguito del quale si rivedono le linee direttrici e si valutano i risultati complessivi.

Questo metodo di lavoro è stato poi definito, a seguito del Consiglio di Lisbona, con la formula «metodo aperto di coordinamento» (MAC), volta a evidenziare la contestualità fra un'azione di coordinamento delle diverse politiche nazionali e il mantenimento della competenza in capo agli Stati membri: la materia dell'occupazione si configurava così come una politica d'interesse comune, ma non sottoposta ad armonizzazione.

L'introduzione del metodo di coordinamento aperto rende particolarmente interessante lo studio della strategia per l'occupazione, perché lo stesso metodo di lavoro opera per la politica macroeconomica (ai sensi dell'art. 99 del Trattato) ed è stato via via esteso a ulteriori aree e materie, sino a configurarsi come una sorta di alternativa al metodo comunitario classico, specie a seguito dell'allargamento ai nuovi Stati membri: ma sulla questione si tornerà in dettaglio nel paragrafo successivo.

L'assetto definito con il processo di Lussemburgo è stato oggetto di due diverse verifiche, nel 2000 e nel 2002²⁴, che hanno evidenziato le difficoltà nel raggiungere i risultati previsti (specialmente gli obiettivi ambiziosi posti dal Consiglio di Lisbona), l'eccessiva farraginosità del ciclo decisionale e la necessità di spostare almeno in parte il *focus* della strategia per l'occupazione dalla definizione di indirizzi e direttive alla costruzione di una strumentazione per l'attuazione finalizzata alla maggiore efficienza del sistema di sorveglianza multilaterale. Questo processo di revisione si è inserito, peraltro, nella più generale azione di verifica del ciclo decisionale in materia di politica economica, che ha evidenziato la necessità di una maggiore coerenza e di una minore segmentazione fra le diverse politiche e in particolare fra la politica economica, il mercato interno e la politica per l'occupazione.

Per assicurare il coordinamento e la sincronizzazione fra queste tre aree di *policy* si è quindi attribuito alla Commissione, a seguito del Consiglio di Barcellona del 2002, il compito di presentare, nel gennaio di ogni anno, un *implementation package* insieme al Rapporto di primavera per il Consiglio europeo sugli affari economici e sociali. Questo pacchetto deve contenere il rapporto sull'attuazione degli indirizzi in materia di politica economica, il rapporto congiunto sull'occupazione e il rapporto sull'attuazione del mercato interno e un esame dettagliato dello stato dell'attuazione in ciascuna area. A seguito degli orientamenti espressi dal Consiglio europeo di primavera,

la Commissione deve definire, poi, le *guidelines* per le diverse aree (pacchetto *guidelines*), fra le quali rientrano sia le direttive generali per l'occupazione, sia le raccomandazioni specifiche a singoli Stati membri in materia di politiche per l'occupazione. Dopo l'esame del Parlamento e dei Consigli settoriali competenti, l'insieme delle misure è rivisto dal Consiglio europeo di giugno, a seguito del quale i Consigli settoriali provvedono ad adottare formalmente *guidelines* e raccomandazioni, per orientare la predisposizione dei piani nazionali per l'occupazione da parte degli Stati membri. I piani nazionali devono contenere i risultati raggiunti negli anni precedenti e le misure da adottare per il futuro. I piani vengono discussi fra gli Stati membri in un processo di *peer review*, nel corso del quale si confrontano le misure che si sono rivelate più efficaci; nei casi in cui i piani dimostrino un ritardo nel raggiungimento degli obiettivi previsti, la Commissione e il Consiglio possono adottare raccomandazioni specifiche.

Per quel che riguarda specificamente la strategia per l'occupazione, essa è stata sottoposta a revisione sulla base della Comunicazione della Commissione del 2003²⁵. Le principali innovazioni consistono nell'abbandono del complesso sistema dei quattro pilastri - che si era ulteriormente complicato a seguito dell'introduzione di obiettivi «orizzontali» - a favore dell'individuazione di tre obiettivi generali: la piena occupazione, la qualità e la produttività del lavoro, il rafforzamento della coesione sociale e la costruzione di un mercato del lavoro inclusivo. Le *guidelines* non vengono quindi più strutturate nei quattro pilastri definiti con il processo di Lussemburgo, ma trovano riferimento in questi tre obiettivi generali²⁶. Le stesse

guidelines sono state anche, per così dire, stabilizzate sino alla prossima verifica del 2006, per consentire una maggiore attenzione al processo di attuazione, reso più difficile, oltre che dalle ovvie difficoltà di coordinamento fra tante politiche nazionali, anche dalla continua ridefinizione delle linee direttrici, che finiva per assorbire la maggior parte degli sforzi. Di converso, la Commissione e il Consiglio hanno adottato raccomandazioni individuali più specifiche e articolate nei confronti dei singoli Stati membri per il 2004, quale base per il rapporto congiunto del 2004-05²⁷.

Prima di passare a un'analisi dettagliata degli strumenti operativi della strategia per l'occupazione, e in particolare del MAC (metodo aperto di coordinamento) e delle raccomandazioni individuali, conviene soffermarsi brevemente su alcune caratteristiche peculiari che distinguono la materia in esame dalle altre materie - la concorrenza e il mercato interno - esaminate nei capitoli precedenti.

Rileva, innanzitutto, la diversa durata temporale. La strategia per l'occupazione non ha neanche un decennio di vita, mentre le altre politiche analizzate sono fra le prime attivate nel processo d'integrazione europea e hanno assunto un ruolo centrale al suo interno.

È più difficile, quindi, fare bilanci compiuti sulla coerenza, la consistenza e l'efficacia della strategia per l'occupazione, anche se, per la verità, non manca letteratura, giuridica e politologica, in materia²⁸. Questa apparente contraddizione

fra la limitatezza del materiale disponibile e l'attenzione degli studiosi può essere probabilmente spiegata con il rilievo che la strategia per l'occupazione ha assunto su un duplice piano.

Sotto un primo profilo, la strategia per l'occupazione si caratterizza come un consapevole tentativo di correzione di una tendenza di sviluppo della politica europea troppo centrata sul mercato e inerte, invece, sul piano delle politiche sociali. Il deficit di legittimazione derivante da questo squilibrio potrebbe trovare una almeno parziale compensazione proprio nello sviluppo di una politica per l'occupazione che ponga al centro dell'azione europea non solo le imprese e le libertà economiche, ma anche i lavoratori e i diritti sociali.

Sotto un secondo e diverso profilo, la costruzione e lo sviluppo della strategia per l'occupazione trovano specifica configurazione giuridica mediante il ricorso a un nuovo metodo di lavoro, il MAC, che sostituisce il metodo comunitario classico ed esclude l'armonizzazione delle politiche nazionali. La rilevanza del MAC come strumento base della politica macroeconomica e la sua prospettata estensione a molti altri settori di attività

- salute²⁹, ricerca e innovazione, società dell'informazione, riforme strutturali, istruzione e formazione professionale - ne fanno un elemento significativo del tentativo di costruire una nuova *governance*TM europea, che non può più fondarsi soltanto sul metodo comunitario classico, ma richiede, specie dopo l'allargamento, nuovi modi di composizione e di collegamento fra i diversi ordinamenti nazionali all'interno dello spazio giuridico europeo". Quale che sia il giudizio sull'allontanamento dal metodo comunitario classico³², è certo che la strategia per l'occupazione è esemplare della tendenza a sostituire la *hard lato* (le direttive e i regolamenti comunitari) con la *soft lato* (le *guidelines*, gli indicatori, gli standard) e, conseguentemente, a introdurre modi

di verifica dell'attuazione e rimedi contro la mancata attuazione diversi da quelli tradizionali, centrati su misure sanzionatorie e sul sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia³³.

L'analisi degli strumenti operativi della strategia per l'occupazione e delle conseguenti obbligazioni a carico degli Stati membri, sia fra di loro, sia nei confronti delle istituzioni comunitarie e della Commissione in particolare, dovrà concentrarsi, quindi, su questi aspetti, mentre, come si è già detto in precedenza, la tutela delle situazioni soggettive private non può essere riferita e collegata direttamente alla strategia per l'occupazione, ma si svolge nell'ambito della più generale tutela dei diritti sociali, integrata dai principi di uguaglianza e di non discriminazione in base alla nazionalità, assicurata dalla Corte di giustizia e dalle corti nazionali.

4. Gli strumenti operativi e le obbligazioni degli Stati membri

Si pone, per la valutazione dell'insieme di tecniche e strumenti operativi connessi alla elaborazione e all'attuazione della strategia per l'occupazione, una questione di natura simile, ma di segno opposto, rispetto a quella affrontata nel capitolo I, relativamente alla disciplina della concorrenza.

In quel caso si era di fronte, come si ricorderà, a un assetto caratterizzato da un forte grado di integrazione, ma che pur tuttavia non poteva essere interamente e soddisfacentemente spiegato e compreso facendo riferimento soltanto all'armonizzazione e ai suoi strumenti.

Nel caso ora in esame siamo di fronte, invece, a un assetto caratterizzato dal mantenimento della competenza in capo agli Stati membri e da strumenti di coordinamento e integrazione privi di forza giuridica formale.

Lo schema esplicativo più coerente con questo assetto sembrerebbe essere, quindi, quello delle relazioni intergovernative: le diverse politiche nazionali sono indipendenti le une dalle altre e sono solo limitatamente influenzate dal confronto e dalla comparazione ai quali gli Stati membri danno vita volontariamente, senza che i loro comportamenti in proposito possano essere qualificati in termini di adempimento o inadempimento.

Questo schema esplicativo, che pure sicuramente coglie una parte della realtà, non è però interamente soddisfacente, perché non consente di dare conto della complessa strumentazione procedurale messa in opera, del ruolo delle istituzioni europee e del condizionamento che questi elementi producono nei confronti delle politiche nazionali: e soprattutto non spiega perché, se gli Stati membri mantengono interamente la competenza e la responsabilità per le politiche in materia di occupazione, abbiano accettato di inserire le proprie decisioni entro un quadro comune concordato e di sottoporre la propria attività a meccanismi di controllo e di verifica.

Le politiche nazionali subiscono, infatti, in questo assetto, un doppio condizionamento, *ex ante* ed *ex post*, all'interno di quel regime di rapporti identificato con il metodo aperto di coordinamento, sul quale conviene ora soffermarsi più in dettaglio.

4.1. Il metodo aperto di coordinamento fra dimensione europea e dimensione nazionale: obiettivi comuni e politiche nazionali

La caratteristica principale del MAC, che lo distingue *ab origine* dal metodo comunitario classico, è la sua indifferenza al riparto delle competenze³⁴. Mentre il metodo comunitario

classico richiede l'attribuzione di competenza, esclusiva o almeno concorrente, all'Unione Europea e fonda su questa base la legittimazione di una normativa uniforme, determinata in sede europea e attuata in sede nazionale, il MAC consente una interazione strutturata, permanente e organizzata fra dimensione europea e dimensione nazionale anche quando la competenza nella materia *de qua* resta interamente in capo agli Stati membri. L'intangibilità sul piano formale del riparto delle competenze non esclude affatto, quindi, che l'esercizio di queste competenze possa essere sottoposto a meccanismi di coordinamento sia nella fase di elaborazione di obiettivi comuni, sia nella fase di verifica della realizzazione degli obiettivi³⁵.

La base legale di tale assetto si trova comunque sempre nella normativa primaria e specificamente nelle norme dei Trattati che identificano le politiche di interesse comune. Il riconoscimento e l'enucleazione di tale interesse comune consentono, e anzi richiedono, che le politiche nazionali siano strutturate in modo da tenere conto l'una dell'altra e da convergere verso gli obiettivi comuni identificati in sede europea. Si tratta, come è ovvio, di un assetto diverso da quello tradizionale, basato sull'elaborazione di una politica unitaria in sede europea, con norme direttamente indirizzate sia agli Stati membri, sia agli individui, rispetto alle quali è misurabile l'adempimento e sanzionabile l'inadempimento, ma esso si differenzia anche da un assetto del tutto decentrato e intergovernamentale, all'interno del quale le politiche nazionali possono svilupparsi in completa separazione l'una dalle altre e senza alcun riferimento a una più ampia dimensione europea.

Il ricorso al MAC consente, invece, che le politiche nazionali siano guidate, quanto agli obiettivi e alle priorità, dalle *guidelines* elaborate e adottate in sede europea, pur rimanendo libere di determinare gli strumenti e le modalità per raggiungere i risultati previsti, che sono a volte identificati mediante parametri quantitativi (ad esempio, la percentuale di occupati sulla popolazione), a volte determinati con criteri qualitativi (ad esempio, l'incremento della produttività del lavoro).

L'influenza delle *guidelines* sulle politiche nazionali trova un momento e uno strumento di formalizzazione nella elaborazione dei piani nazionali per l'occupazione, che sono a loro volta oggetto di una doppia verifica, dovendo essere sottoposti sia alla *peer review* da parte degli altri Stati membri, sia alla valutazione della Commissione e del Consiglio. Queste fasi di valutazione hanno una duplice finalità: confrontare le diverse

soluzioni approntate dagli Stati membri per raggiungere gli obiettivi comuni, trasmettendo e facendo circolare, così, le buone prassi e verificare le performance di ciascun sistema nazionale, individuando specifiche criticità e difficoltà, che possono essere oggetto, come si è detto in precedenza, di raccomandazioni specifiche da parte delle istituzioni europee. Manca interamente, invece, rispetto al metodo comunitario classico, la possibilità di irrogare sanzioni per eventuali inadempimenti.

Se è vero, dunque, che le *guidelines* di per sé non sono cogenti nella stessa misura e con la stessa forza di una norma³⁶, è vero anche che gli Stati membri non possono sottrarsi alla procedura e alla sua articolazione nelle diverse fasi di *policy making, implementation* e verifica.

L'obiettivo perseguito con il MAC non è, quindi, quello dell'uniformità, bensì quello della convergenza, soprattutto sui risultati: ma la convergenza sui risultati richiede necessariamente un avvicinamento fra le politiche nazionali. Specificamente per

quel che riguarda la politica per l'occupazione, questa convergenza si è verificata, però, anche in termini di *policy*, dando rilievo a obiettivi e priorità che prima non erano presenti in tutti gli ordinamenti nazionali, come è accaduto negli ultimi anni per le politiche attive³⁷, la flessibilità, l'occupazione femminile, il mantenimento al lavoro degli anziani.

Il MAC consente quindi agli Stati membri di lavorare insieme per raggiungere gli obiettivi, senza dover omogeneizzare né le regole, né le istituzioni⁵⁸ e mette al centro dell'azione comune la performance e il confronto fra i mezzi per perseguirla.

4.2. *Gli strumenti di verifica e di monitoraggio*

La realizzazione delle misure previste nei piani nazionali è, a sua volta, come si è detto, oggetto di una procedura di controllo, rivolta a tutti gli Stati membri nella forma del *benchmarking* e della misurazione dei risultati mediante appositi indicatori e individualmente agli Stati membri che incontrano particolari difficoltà, nella forma delle raccomandazioni specifiche.

Con il *benchmarking* l'ordinamento europeo ha mutuato una tecnica diffusa, alla fine del secolo scorso, nel settore privato e, in particolare, nell'esperienza delle grandi compagnie multinazionali, volta a conciliare la crescente dimensione dell'impresa

con il decentramento del management e la sua presenza in paesi e contesti diversi, che richiedono il perseguimento degli stessi obiettivi con mezzi diversamente articolati da caso a caso, mantenendo, quindi, una sorta di comando a distanza che influenzi e indirizzi le specifiche azioni adottate in ogni contesto nazionale³⁹.

Il *benchmarking* consente un'analisi comparata dell'efficacia delle politiche e porta alla individuazione degli obiettivi di *policy* e degli strumenti che in altri contesti si sono rivelati particolarmente efficaci⁴⁰, senza però richiedere anche un accordo, fra i partecipanti, sui dettagli e sui mezzi di attuazione: e questo costituisce forse una fra le principali ragioni del ricorso all'adozione di questa tecnica, quando non è possibile, o per ragioni giuridiche legate all'assetto delle competenze, o per ragioni politiche legate alla contingenza, attivare il metodo comunitario, che impone, invece, la determinazione, all'unanimità o a maggioranza che sia, anche dei dettagli delle politiche e della loro attuazione. La mancata determinazione comune delle specificazioni di *policy* comporta, naturalmente, che anche per il controllo sull'attuazione non si possa ricorrere ai tradizionali meccanismi di *enforcement*, ma ci si debba basare sul confronto fra le diverse soluzioni adottate e i risultati rispettivamente raggiunti. La fase di verifica del *benchmarking* si svolge, quindi, mediante meccanismi di *peer review*⁴¹ e si concentra sulle

performance realizzate. Si è diffusa la tendenza a misurare le performance mediante indicatori quantitativi che, se da una parte consentono un confronto più diretto fra le diverse esperienze, dall'altra si prestano a maggiori manipolazioni e possono finire per marginalizzare la valutazione della qualità dei processi e degli obiettivi che non possono essere facilmente quantificati⁴².

Nell'ambito della strategia per l'occupazione e del confronto fra gli Stati membri rileva il ruolo di coordinamento della Commissione e a esso può seguire, come si è detto, l'adozione di raccomandazioni specifiche per gli Stati con performance considerate insoddisfacenti⁴³.

Il *benchmarking* è quindi centrale in un assetto volto a perseguire gli obiettivi comuni senza incidere sulla sovranità nazionale, di modo che non esiste *un* modello verso il quale convergere e la differenziazione è data per scontata. Accanto alle finalità di *policy*, in tale assetto rileva l'obiettivo di indurre effetti di secondo grado, consentendo soluzioni specifiche entro un quadro di riferimento generale di principi e di priorità, al quale è associato un processo strutturato di controllo e di valutazione.

Le amministrazioni nazionali assumono un ruolo, in questo quadro e questo assetto, sia di soggetti attivi, sia di soggetti passivi, perché pur mantenendo la propria autonomia di azione, devono esercitarla entro vincoli e condizionamenti ai quali non possono sottrarsi. Si crea, così, una sorta di «autoregolazione regolata»⁴⁴, all'interno della quale ciò che rileva non è tanto la

dinamica autonomia/eteronomia, quanto la convergenza fra i diversi sistemi nazionali verso un insieme di obiettivi comuni.

Le politiche nazionali non sono, quindi, né interamente indipendenti le une dalle altre, né interamente indipendenti da orientamenti strategici europei. Per altro verso, esse non solo non sono integrate o armonizzate, ma non vengono neanche sottoposte a un giudizio di compatibilità con il diritto europeo mediante un processo giuridico formalizzato, come accade, ad esempio, per le misure nazionali in materia di mercato interno. Per aversi un giudizio di compatibilità in senso formale occorre, infatti, una norma comunitaria cogente, rispetto alla quale sia possibile misurare (e sanzionare) le violazioni e le deformazioni.

Nel caso in esame, invece, non è rinvenibile una norma così configurata, ma si è in presenza di orientamenti e indirizzi finalizzati a ottenere la convergenza delle politiche nazionali verso alcune priorità e di indicatori volti a misurare tale convergenza.

Gli strumenti di coordinamento e di verifica non hanno, quindi, valenza giuridica cogente e formalizzata, ma soprattutto capacità di influenza e di condizionamento: per dirla con i termini semplificati di un'altra lingua, si tratta di strumenti di *soft lato* e non di strumenti di *hard law*.

La presenza di questi strumenti e il loro concreto funzionamento sono appunto ciò che una lettura in termini meramente intergovernamentali della strategia per l'occupazione non riesce a spiegare soddisfacentemente, perché essa è costretta a svalutarne la rilevanza sino a qualificarli, a volte, come un mero esercizio retorico⁴⁵. Non può negarsi, però, che la strategia per l'occupazione abbia almeno in parte modificato le politiche nazionali in materia e abbia prodotto una almeno parziale convergenza fra esse, in termini di diffusione di determinati

obiettivi, di riorganizzazione e modernizzazione delle strutture amministrative, di introduzione e diffusione di specifici strumenti e meccanismi di realizzazione e di controllo⁴⁶.

Rileva, in questo quadro, una doppia dinamica, orizzontale e verticale.

Sul piano dei rapporti orizzontali fra Stati, si è andato sviluppando un processo di confronto e di scambio di esperienze e informazioni che costituisce, secondo alcune analisi, un elemento preliminare necessario per la convergenza e uno fra i risultati più importanti della strategia per l'occupazione⁴⁷, sviluppandosi così una dinamica transnazionale, oltre che so-vranazionale.

Sul piano dei rapporti verticali, le istituzioni europee - il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione - hanno assunto un ruolo di coordinamento *ex ante* e di verifica *ex post* sia rispetto all'insieme degli Stati membri - all'interno del ciclo di elaborazione, attuazione e revisione degli orientamenti strategici - sia rispetto ai singoli Stati, mediante l'adozione di raccomandazioni specifiche e individuali⁴⁸.

Questo complesso di rapporti si basa sull'assunzione che la diversità fra i sistemi nazionali non possa essere né superata o armonizzata - come accade, ad esempio, in materia di concorrenza - né neutralizzata, come accade nella disciplina del mercato interno, ma occorra, invece, promuovere la convergenza fra i sistemi nazionali mediante l'indicazione di obiettivi comuni. La determinazione degli obiettivi comuni prefigura l'equivalenza fra gli ordinamenti nazionali, individuando le aree e le priorità di convergenza e il progresso della convergenza viene misurato in relazione ai risultati ottenuti, mediante il *benchmarking*. A fronte di un grado insufficiente o insoddisfacente di convergenza, il

sistema prevede lo specifico rimedio delle raccomandazioni ai singoli Stati membri.

Il ricorso all'equivalenza prefigurata consente, così, di perseguire la convergenza fra ordinamenti nazionali e, appunto, di prefigurare un sistema unitario anche nei casi e nei settori per i quali risultano inapplicabili o inefficaci gli strumenti della ed. «integrazione negativa» e occorrono, invece, meccanismi e regole idonei a rispettare la natura redistributiva delle politiche.

5. Conclusioni

La strategia europea per l'occupazione ha, come si è già ricordato in precedenza, solo pochi anni di vita ed è quindi difficile fare un bilancio dei risultati raggiunti, non solo in termini di efficacia - esercizio comunque assai problematico anche per le politiche nazionali - ma anche relativamente al più circoscritto ambito dei meccanismi giuridici e istituzionali.

La relativa povertà delle analisi empiriche e l'orientamento spesso ottativo degli studi in materia non impediscono, però, di indicare almeno alcuni elementi sui quali esiste un significativo grado di consenso, anche da parte degli osservatori più critici.

Si può rilevare, in primo luogo, come l'affermazione di una dimensione europea delle politiche per l'occupazione abbia avuto l'effetto di «stabilizzare», per così dire, il tema nelle agende politiche nazionali, assicurando un grado di permanenza degli obiettivi da perseguire e una visibilità delle politiche per l'occupazione assai maggiori rispetto al passato.

La stessa determinazione degli obiettivi ha comportato la scelta di alcune priorità - le politiche attive, la flessibilità, la promozione dell'occupazione femminile e del mantenimento al lavoro degli anziani - che hanno modificato i paradigmi strategici nazionali, anche se occorre segnalare come il cambiamento sia stato più marcato e significativo per alcuni paesi rispetto ad altri⁴⁹.

La permanenza degli obiettivi e la costruzione di un processo strutturato di confronto e valutazione dei risultati raggiunti hanno indotto, in secondo luogo, innovazioni organizzative nei diversi sistemi nazionali, con la costituzione di specifici apparati⁵⁰, l'introduzione di apposite procedure di produzione, raccolta e sistemazione delle informazioni, l'avvio di un sistema di relazioni a rete di dimensione europea. Il processo di convergenza si è, quindi, concentrato meno sulle regole e più sulle strutture, gli strumenti e le procedure amministrativi.

Un terzo elemento rilevante è fornito dal ricorso al MAC, mediante il quale si è venuta a creare una relazione interno/esterno prima inesistente. Le singole politiche nazionali, in passato del tutto indipendenti e differenziate, vengono ricondotte all'interno di un quadro di orientamenti strategici e comuni che ne assicura la compatibilità, al fine di evitare effetti negativi su altri Stati e sugli obiettivi dell'Unione Europea. Le singole politiche nazionali si trovano a dover garantire, di conseguenza, un certo grado di coerenza e consistenza reciproca e un certo grado di convergenza nelle performance: se pure sul piano formale ciascuno Stato resta titolare della propria competenza in materia, l'esercizio di quella competenza è sottoposto a una procedura comune e condivisa, alla quale non ci si può sottrarre.

Gli Stati membri agiscono, quindi, come partecipanti della strategia per l'occupazione, piuttosto che come attori nazionali e assumono il ruolo di agenti del «regime europeo». Il fondamento di tale regime si trova nell'esistenza e nella giuridica rilevanza di interessi di altri Stati e di interessi comuni europei, che porta a una parziale delegazione di potere alla sede europea per la definizione degli obiettivi comuni e degli strumenti collegati, oltre che a un sistema di sorveglianza e supporto multilaterale fra gli Stati membri.

I sistemi nazionali di *welfare* restano, così, distinti, ma non separati e vengono sottoposti a un processo di convergenza,

di modo che il cambiamento non si verifica attraverso una politica europea uniforme, ma attraverso la modifica, in una dimensione europea, delle politiche nazionali.

Pur con le specificità prima illustrate, l'equivalenza prefigurata presenta, dunque, alcuni caratteri comuni rispetto agli altri tipi di equivalenza esaminati precedentemente: l'enucleazione e la rilevanza di obiettivi di interesse comune, l'apertura e la collateralità degli ordinamenti nazionali, il ruolo di coordinamento e di controllo delle istituzioni comunitarie. L'interazione fra dimensione europea e dimensione nazionale è basata, anche nel settore delle politiche per l'occupazione, non tanto sul riparto delle competenze, ma sulla equivalenza fra gli interessi da curare e gli strumenti e i modi di cura, che porta alla «europeizzazione» delle politiche nazionali senza sostituirle con una politica europea uniforme.

EQUIVALENZA E DIFFERENZA NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

1. *Premessa*

L'analisi svolta nei capitoli precedenti ha messo in luce le diverse caratteristiche tipologiche che il principio di equivalenza può assumere nell'ordinamento europeo, in settori rilevanti come la tutela della concorrenza, il mercato interno e le politiche sociali.

I dati emersi da quell'analisi diacronica vanno ora composti in un tentativo di ricostruzione sincronica, al fine di verificare se il principio di equivalenza possa essere configurato come un principio generale dell'ordinamento, dotato di tratti propri, ricorrenti anche nella varietà di modalità applicative concrete rilevate nei diversi settori analizzati.

Sui risultati che tale verifica raggiungerà sul piano ricostruttivo si tenterà poi di fondare, nella parte finale di questo capitolo, una ipotesi di collocazione del principio nel sistema del diritto amministrativo, individuandone le condizioni di radicamento e le modalità di funzionamento.

2. *Natura e struttura del principio di equivalenza: caratteri di genere e caratteri di specie*

Il tentativo di ricostruzione illustrato di seguito può muovere da una constatazione che, almeno per ora, non comporta specifiche conseguenze sul piano delle qualificazioni giuridiche: l'analisi cui sono state sottoposte le norme del principio di equivalenza opera come uno strumento di collegamento fra le diverse parti costitutive dell'ordinamento europeo e si esplica, in particolare, sia in una dinamica intra-ordinamentale, per quel che riguarda gli ordinamenti nazionali, sia in una dinamica infra-

ordinamentale, per quel che riguarda lo spazio giuridico europeo nel suo complesso. All'interno di queste dinamiche è possibile individuare alcuni elementi ricorrenti, che presentano tratti strutturali e funzionali comuni in tutti i casi analizzati e che conviene qui enunciare brevemente, per poi ricapitolarne sinteticamente le caratteristiche e gli effetti nei paragrafi successivi.

Rileva, innanzitutto, la determinazione del tipo di equivalenza mediante la quale decisioni (che possono assumere la forma di norme, regole, politiche, atti) prese da soggetti diversi e in sedi diverse vengono poste in collegamento fra loro, confrontate e valutate. Secondo la tipologia sinora sviluppata, potrà trattarsi di un'equivalenza predeterminata, presunta o prefigurata, ma quale che sia la natura della relazione di equivalenza, ciò che rileva ora sul piano ricostruttivo è che la determinazione del tipo di equivalenza sia presa, attraverso procedimenti formalizzati e strutturati, sempre in una sede o mediante un meccanismo europeo e non sia invece rimessa agli ordinamenti nazionali, né sia possibile per questi ultimi sottrarsi all'esplicarsi del principio di equivalenza. Il principio di equivalenza ha, quindi, radice e dimensione europea: esso va collocato e analizzato all'interno dello spazio giuridico europeo ed è tratto caratterizzante di un ordinamento che si presenta come unitario, ma non uniforme.

Rilevano in secondo luogo gli strumenti e le tecniche mediante i quali il principio di equivalenza trova applicazione, garantendo, così, l'effettività delle condizioni di equivalenza nelle diverse e concrete fattispecie, con la conseguente conformazione, o almeno condizionamento, del potere regolatorio e del potere amministrativo sia nei singoli ordinamenti nazionali, sia nell'ordinamento europeo nel suo complesso. Il principio di equivalenza non presenta, quindi, una dinamica solo verticale - fra livello europeo e livello nazionale - od orizzontale - fra livelli nazionali - ma regola l'esercizio del potere normativo e amministrativo a tutti i livelli, configurandosi come un principio coesteso all'ordinamento europeo e non, invece, limitato alle relazioni fra alcune parti: e anche sotto questo profilo emerge, dunque, la sua valenza generale.

L'applicazione del principio di equivalenza può poi essere oggetto di valutazione e di controllo, al fine di verificarne la correttezza e di assicurare il rispetto delle condizioni di equivalenza, con il ricorso a strumenti e rimedi che vanno dal sindacato

giurisdizionale al potere di avocazione della Commissione, dalla *peer review* all'adozione di raccomandazioni. Si assicura, così, l'effettività del principio in tutto l'ordinamento europeo, se pure, naturalmente, con modalità e intensità diverse a seconda del tipo di equivalenza che viene, di volta in volta, in rilievo.

Occorre vedere, ora, come si atteggiino questi tre elementi nelle diverse fattispecie analizzate nei capitoli precedenti, con quali caratteristiche e con quali conseguenze sul piano giuridico e, specificamente, all'interno del diritto amministrativo europeo, secondo l'opzione metodologica e disciplinare esposta nel capitolo I.

2.1. La determinazione tipologica dell'equivalenza: predeterminazione, presunzione, prefigurazione

La determinazione tipologica dell'equivalenza si basa su due elementi fondamentali: il grado di compiutezza della normativa primaria e l'assetto di competenze a essa conseguenti nei diversi settori d'intervento. Sussistono in proposito, come si ricorderà, differenze significative fra i tre casi analizzati nel corso di questo lavoro.

La disciplina della concorrenza è compiutamente definita con norme del Trattato, dotate di efficacia diretta, attuate mediante direttive e regolamenti europei e la cui esecuzione è affidata in via principale alla Commissione e solo in via ausiliaria agli Stati membri. La disciplina primaria presenta, quindi, un alto grado di autosufficienza, si impone direttamente sia agli Stati membri, sia alle imprese ed è riferita all'intero spazio giuridico europeo senza che all'interno di questo assumano alcun rilievo le segmentazioni nazionali.

L'attuazione della disciplina è stata affidata prima a un sistema di concentrazione delle competenze in capo alla Commissione e, poi, a un sistema di competenze parallele, o contestuali, delle quali ciascuna autorità, comunitaria o nazionale che sia, dispone per l'intero ordinamento europeo¹.

L'attività svolta da ciascuna autorità nazionale, nel proprio o nell'altrui ordinamento, di propria iniziativa o per conto altrui, deve essere equivalente ai fini della tutela della concorrenza, quale unitariamente definita dalle norme del Trattato e a garanzia dell'effettività di tale equivalenza operano diversi meccanismi procedurali e organizzativi, quali la regola di convergenza, il divieto di applicare condizioni più stringenti rispetto a quelle previste dal diritto europeo, gli obblighi di cooperazione, la REC, il Comitato consultivo.

L'equivalenza fra le attività delle diverse autorità risulta, quindi, predeterminata, non solo sul piano della definizione delle regole, ma anche sul piano dell'applicazione e dell'attuazione di quelle regole in tutti gli ordinamenti nazionali e presenta, come tratti caratteristici, l'attribuzione di competenze contestuali o parallele a tutte le autorità e la stretta cooperazione fra tutte le autorità competenti in un'apposita Rete (la REC). Si è mostrato, nel capitolo II, come la competenza non sia, però, appunto, più conchiusa nei singoli ordinamenti nazionali, ma si estenda all'intero ordinamento europeo. L'effetto più rilevante di tale assetto sta nella contestualità di due fenomeni: la permeabilità degli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e l'apertura, per così dire, «laterale», fra i diversi ordinamenti nazionali. In questo assetto cooperativo, la Commissione assume la responsabilità ultima per il buon funzionamento del sistema, mediante il potere di prelazione (*pre-emption*) e la possibilità di controllare l'applicazione delle regole da parte delle autorità nazionali: tale responsabilità può giungere, come si ricorderà, sino all'avocazione del caso.

Più articolato ancora è l'assetto della disciplina del mercato interno, ricca di principi generali (come il principio di non discriminazione e il principio di libertà di circolazione), divieti, clausole abilitative all'armonizzazione e una pluralità di strumenti di attuazione, attivabili sia dalla Commissione, sia dagli Stati membri, a seconda dei casi. La normativa primaria non offre, in questo settore, una disciplina compiuta, sia perché fornisce solo la base per lo sviluppo della normativa secondaria e delle norme nazionali di recepimento, sia perché non si estende sino a coprire interamente la materia, che resta in misura significativa attribuita al potere regolatore dei singoli Stati membri. I principi di diretta applicabilità delle norme

del Trattato e di effetto diretto non sono sufficienti, quindi; al contrario di quanto avviene per la tutela della concorrenza, ad assicurare il superamento delle differenze nazionali, dalle quali possono derivare ostacoli alle libertà di circolazione e di stabilimento riconosciuti e affermati dalla normativa primaria. Poiché tali ostacoli sono, in principio, incompatibili con il diritto europeo, a meno che non si fornisca specifica prova della loro necessità - mediante il riferimento alle esigenze imperative - le discipline nazionali vengono considerate - *presunte* - equivalenti ai fini della compatibilità con il diritto europeo, risultando così neutralizzate, sul piano degli effetti giuridici, le eventuali disparità.

La presunzione di equivalenza ha a oggetto, in particolare, le garanzie prestate in ciascun ordinamento nazionale per la protezione di interessi o esigenze ritenuti meritevoli di tutela e gli strumenti previsti per assicurare l'effettività di quelle garanzie. Ciascun ordinamento nazionale è quindi obbligato, per un verso, a consentire l'operatività sul proprio territorio di regole e strumenti definiti in altri ordinamenti e, per altro verso, a tenere conto, nell'applicazione delle proprie regole e dei propri strumenti, di interessi formati e strutturati al di fuori dei propri confini.

Questo tipo di equivalenza è caratterizzata, quindi, da una forte interazione «laterale» fra gli ordinamenti nazionali, finalizzata prevalentemente alla neutralizzazione della rilevanza giuridica delle disparità nelle discipline nazionali. Le regole e gli strumenti di tale neutralizzazione sono in larghissima misura definiti dal diritto europeo - basti ricordare il mutuo riconoscimento, la disciplina del paese di origine, gli standard tecnici, l'armonizzazione minima - ma la loro applicazione è rimessa, in misura altrettanto significativa, alle amministrazioni nazionali.

Per la strategia per l'occupazione, infine, le norme del Trattato prevedono, insieme, la qualificazione di politica di interesse comune (una «strategia coordinata») e la competenza degli Stati membri, da esercitarsi all'interno di una procedura di coordinamento di natura largamente consensuale. In questo caso le differenze fra gli ordinamenti nazionali non vengono né superate, né neutralizzate, ma composte all'interno di un meccanismo di coordinamento che, oltre a consentirne il confronto e la valutazione, determina alcune priorità di azione. L'assetto è

volto quindi, a prefigurare l'equivalenza fra le diverse politiche nazionali quanto alla identificazione di obiettivi comuni, che ciascuno persegue secondo i mezzi che ritiene migliori, ma che forniscono un embrione di paradigma comune alle politiche sociali. La prefigurazione di equivalenza richiede un ruolo attivo delle istituzioni europee ed è assistita da meccanismi largamente consensuali e di mutuo supporto, senza obbligazioni giuridicamente rilevanti, ma con un processo di convergenza delle politiche nazionali e degli strumenti di attuazione.

2.2. Strumenti e criteri di applicazione del principio di equivalenza

Una volta determinata la specifica natura del principio di equivalenza, secondo la tipologia sopra ricordata, occorre che esso trovi applicazione nell'ambito delle relazioni giuridiche e istituzionali proprie dell'ordinamento europeo. Si è visto in precedenza come le tecniche e gli strumenti operativi possano variare e conviene, anche per questo profilo, procedere a una sintetica ricapitolazione dei risultati dell'analisi già svolta.

L'equivalenza predeterminata si realizza mediante tre strumenti principali, che conformano, rispettivamente, il profilo soggettivo, il profilo procedimentale e il profilo funzionale dell'attività in materia di tutela della concorrenza.

Per quel che riguarda il profilo soggettivo, si ricorderà che il sistema di competenze parallele o contestuali non consente attribuzioni esclusive, ma impone, invece, di ricorrere al criterio di *idoneità* per individuare l'autorità incaricata di intervenire nella fattispecie concreta. Il criterio di idoneità opera, quindi, come strumento per l'assegnazione dei casi da trattare e determina, di volta in volta, l'ambito di intervento di ciascuna autorità.

Per quel che riguarda il profilo procedimentale, ciascuna autorità assume un obbligo equivalente di informazione e di collaborazione nei confronti delle altre autorità nazionali e nei confronti della Commissione, dal quale deriva la *fungibilità* delle attività svolte da ciascuna autorità nel proprio ordinamento, sia che tali attività rilevino per un caso loro assegnato, sia che siano svolte su richiesta e per conto di un'altra autorità nazionale o della Commissione.

Per quel che riguarda, infine, il profilo funzionale, opera la regola di *convergenza* dei risultati: l'applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali non deve giungere a risultati diversi da quelli ai quali sarebbe giunta la Commissione e l'applicazione del diritto nazionale non deve portare a un risultato diverso da quello che si sarebbe avuto applicando il diritto comunitario.

Il principio di equivalenza consente, dunque, in questa ipotesi, di qualificare, sul piano giuridico, come ugualmente idonee autorità nazionali dotate di struttura, organizzazione e collocazione istituzionale diverse, come fungibili le attività svolte da quelle autorità secondo procedimenti definiti da ciascun ordinamento nazionale e, infine, come convergenti i risultati ottenuti a seguito di quelle attività.

La presunzione di equivalenza è resa operativa, invece, prevalentemente mediante due strumenti: il mutuo riconoscimento (automatico o con diritto di scrutinio) e il controllo del paese di origine. Il principale effetto di questi due strumenti - con le differenze e le diverse configurazioni in specifiche materie illustrate nel capitolo III - è la neutralizzazione dei differenziali di regolazione fra i diversi ordinamenti, non mediante la sostituzione delle discipline nazionali con una regola uniforme, ma grazie all'identificazione della regola (equivalente) che può assicurare le garanzie richieste dal diritto europeo e dal diritto nazionale con il minor carico regolatorio e il minor sacrificio per la situazione soggettiva che viene in gioco. La presunzione di equivalenza comporta, quindi, un'assunzione di parità fra tutte le discipline nazionali e l'irrilevanza giuridica della diversità di specifiche regole: a meno che tale rilevanza non venga espressamente e specificamente dimostrata, sulla base dei parametri e dei criteri stabiliti dall'ordinamento europeo, quali l'impossibilità di soddisfare esigenze imperative se non mediante uno specifico regime nazionale.

Ciascuno Stato membro è, di conseguenza, obbligato ad applicare norme nazionali di altri ordinamenti e a fare uso del potere di "orre redole e di nrendere decisioni amministrative tenendo conto di interessi² collocati fuori dal

suo territorio, mentre, di converso, vede espandersi l'area di applicazione delle proprie regole all'intero spazio giuridico europeo. Tale obbligo non è incondizionato, anzi conosce specifiche condizioni di eccezione e di deroga, ma non è eludibile, né disponibile per lo Stato membro: il principio di equivalenza ne conforma, in questa fattispecie, l'ampiezza e l'incisività.

La prefigurazione di equivalenza si realizza, infine, mediante meccanismi di natura prevalentemente «mutualistica», quali la *peer review* e il *benchmarking*, che consentono un confronto strutturato e permanente fra le scelte nazionali e i risultati ottenuti nella loro attuazione. A venire in rilievo qui non sono i differenziali di regolazione, che rimangono fuori dall'applicazione del principio di equivalenza, ma le differenze nelle opzioni strategiche: la divaricazione fra queste opzioni viene ridotta e composta entro un quadro unitario di riferimento, con l'obiettivo sia di evitare, o almeno contenere, le «esternalità» che potrebbero verificarsi fra i diversi ordinamenti nazionali e gli effetti negativi sugli obiettivi dell'Unione Europea, sia di far convergere le performance nazionali per migliorare la performance collettiva dell'Unione.

L'applicazione del principio di equivalenza si realizza, quindi, nelle diverse ipotesi sinora sommariamente ricapitolate, con strumenti e meccanismi diversi, che ne costituiscono i tratti di specie, ma sono sempre finalizzati allo scopo di definire il regime giuridico delle differenze fra gli ordinamenti nazionali, senza cancellarle, ma componendole in un nuovo ordine. Questo nuovo ordine dispone anche, come si ricorderà, di strumenti di controllo e di effettività propri, che vanno ora esaminati per completare la ricapitolazione dei risultati dell'indagine.

23. La verifica e il controllo sul rispetto delle condizioni di equivalenza

Alle obbligazioni in capo alle amministrazioni competenti derivanti dal principio di equivalenza corrispondono appositi

rimedi, volti ad assicurare il rispetto delle condizioni di equivalenza nell'esercizio del potere di porre regole e adottare provvedimenti amministrativi nell'ordinamento europeo. I diversi tipi di rimedi spesso coesistono nei diversi settori, ma può dirsi che ciascun tipo di equivalenza è caratterizzato dalla prevalenza di un determinato tipo di rimedi.

L'equivalenza predeterminata comporta, come si è mostrato nel capitolo II e ricordato in precedenza, che tutti i soggetti dell'ordinamento - le amministrazioni e i giudici nazionali come le istituzioni europee - siano tenuti ad applicare direttamente il diritto europeo, secondo le regole procedurali e strumentali proprie di ciascun ordinamento, ma con un obbligo di cooperazione e di scambio di informazioni quanto alle attività istruttorie e con un obbligo di convergenza quanto ai risultati.

Il rispetto di questi obblighi è garantito con strumenti che operano sia *ex ante*, sia *ex post*. Ciascuna autorità nazionale deve, infatti, informare preventivamente la Commissione delle decisioni che intende adottare in applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, fornendo a tal fine una presentazione del caso e il progetto di decisione, mentre di converso la Commissione deve, nei casi in cui esercita il potere di prelazione previsto dall'art. 11, e. 6 del regolamento n. 1/03, fornire per iscritto le motivazioni di tale scelta e consultare le autorità interessate sul merito della decisione. Il controllo *ex post* viene a sua volta assicurato mediante il sindacato giurisdizionale affidato alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali.

La presunzione di equivalenza comporta, invece, che le diverse autorità competenti applichino, a seconda dei casi, regole europee armonizzate, regole nazionali del proprio ordinamento o regole nazionali provenienti da altri ordinamenti, delle quali si presume, appunto, la compatibilità con il diritto europeo e, quindi, l'equivalenza. La verifica del rispetto delle condizioni di equivalenza è affidata, in questa ipotesi, prevalentemente a strumenti che operano *ex post* e, in

particolarmente, ai giudici nazionali

e dei giudici nazionali sugli atti normativi o amministrativi adottati dalle autorità nazionali. Si tratta, quindi, di un controllo eventuale e successivo e non, come accade nel caso dell'equivalenza predeterminata, obbligatorio e preventivo,

che può essere attivato sia da un altro Stato membro, sia dai privati le cui situazioni soggettive sono incise dalla regola o dal provvedimento.

Sotto altro profilo, il rispetto delle condizioni di equivalenza opera, come si ricorderà, quale parametro e criterio per l'esercizio del potere regolativo e amministrativo, con l'importante conseguenza che esso può essere fatto valere all'interno dei procedimenti predisposti per l'esercizio di quel potere. Per esemplificare, limitatamente all'ordinamento italiano, si pensi, sul piano della determinazione delle regole, alla possibilità di utilizzare il principio di equivalenza quale parametro di valutazione della legittimità e della coerenza europea dei regolamenti governativi sottoposti obbligatoriamente al parere del Consiglio di Stato. Sul piano dell'esercizio puntuale e concreto del potere amministrativo si pensi, invece, alla possibilità di invocare il principio di equivalenza per il soggetto privato - italiano o europeo - in sede di partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta, peraltro, secondo i risultati dell'analisi esposti nel capitolo III, di un limite interno all'esercizio del potere, più che di una verifica sui modi del suo esercizio e, quindi, di un elemento che entra a far parte a pieno titolo del diritto amministrativo nazionale.

Ancora diversa è la configurazione degli strumenti di verifica e di controllo nelle materie per le quali opera la prefigurazione di equivalenza, nelle quali, come si ricorderà, le autorità competenti danno applicazione a discipline nazionali, sottoposte, però, al condizionamento degli orientamenti strategici europei, al mutuo confronto sull'attuazione e alla comune verifica dei risultati. La differenza rispetto alle ipotesi precedenti rileva non tanto nella collocazione e strutturazione degli strumenti di controllo, quanto per la loro natura. Operano, infatti, sia strumenti *ex ante*, quali la *peer review* sui piani nazionali di attuazione, sia strumenti *ex post*, quali il *benchmarking* sui risultati ottenuti e, per altro verso, la verifica del rispetto delle condizioni di equivalenza può dar luogo, quando abbia

mandazioni specifiche per singoli Stati membri. Tutti questi strumenti hanno, però, natura

consensuale, nel senso che pur essendo obbligatoria la procedura di coordinamento e di controllo, non è possibile configurare come violazioni, sul piano

giuridico formale, il mancato perseguimento degli obiettivi o il mancato raggiungimento dei risultati e non è possibile, quindi, l'intervento di un'istituzione comunitaria che provveda a ripristinare le condizioni di equivalenza o ad assicurarne il rispetto, come accade nelle due altre ipotesi sopra esaminate. Si tratta, del resto, di un'area sottratta al sindacato giurisdizionale sia della Corte di giustizia, sia dei giudici nazionali: sindacato che sarebbe peraltro difficilmente configurabile in materia e che non sarebbe coerente con l'obiettivo di assicurare non il soddisfacimento di specifiche condizioni o l'applicazione di specifiche regole, ma il perseguimento di obiettivi strategici e la messa in opera dei mezzi più efficaci per raggiungerli.

3. Il principio di equivalenza nel diritto amministrativo europeo: regime giuridico della differenza e cura degli interessi

La sintetica ricapitolazione dei tratti di genere e di specie che il principio di equivalenza può assumere nell'ordinamento europeo³ ha confermato, sul piano dell'analisi sincronica, l'ipotesi di base dell'analisi diacronica svolta nei precedenti capitoli circa la funzione fondamentale dell'equivalenza come principio informatore e regolatore delle relazioni fra unità e diversità all'interno dell'ordinamento europeo.

Il principio di equivalenza consente, infatti, di inquadrare le differenze fra gli ordinamenti nazionali - incorporate in una regola, in un atto amministrativo, in un procedimento, in una politica - entro un regime giuridico unitario che non cancella le differenze, ma ne determina, di volta in volta, la rilevanza e gli effetti sul piano giuridico.

Tale regime giuridico si caratterizza per tre elementi fondamen-

tali, ricorrenti per tutti i tipi di equivalenza e relativi, rispettivamente, al suo fondamento, alla sua coerenza e alla sua dinamica.

Sotto il primo profilo, il *fondamento* del regime giuridico di equivalenza si trova nella necessità di tutelare e curare gli interessi riconosciuti e garantiti dall'ordinamento europeo. La natura e la dimensione di questi interessi non consente né l'uniformazione integrale dei modi e degli strumenti di cura, né il «confinamento» nazionale degli stessi strumenti: di qui l'emersione di un nuovo regime giuridico, capace di garantire la complessa interazione fra dimensione nazionale, dimensione transnazionale e dimensione sovranazionale.

Al fondamento del regime giuridico di equivalenza consegue la *natura cogente* del regime stesso. Si tratta, infatti, come si è dimostrato in precedenza, di un regime giuridico obbligatorio e non disponibile per gli Stati membri, i quali, pur mantenendo al loro interno la capacità di agire e di decidere, non possono sottrarsi ai limiti, ai vincoli e ai condizionamenti che quel regime impone alla loro autonomia.

Sotto il terzo profilo, infine, le relazioni all'interno del regime di equivalenza non si svolgono soltanto sul piano verticale dei rapporti fra regole e istituzioni europee, da una parte, e regole e istituzioni nazionali, dall'altra, ma si esplicano anche sul piano • orizzontale dei rapporti fra ordinamenti nazionali⁴. Questa apertura laterale o «*collateralità*» degli ordinamenti nazionali è una caratteristica permanente e generale, anch'essa non disponibile per i singoli Stati membri, i quali non possono né erigere barriere giuridiche, né selezionare fra gli altri ordinamenti secondo criteri discretivi o preferenziali, vigendo per ciascun ordinamento l'identico obbligo e l'identico diritto di apertura.

L'effetto principale e più rilevante di tale assetto è che la cura dei diritti e degli interessi riconosciuti e garantiti dai Trattati (e domani dalla Costituzione) è attribuita come potere e imposta come obbligo a tutti gli Stati membri: ma si tratta di un potere da esercitare e di un obbligo da assolvere non in un'ottica nazionale, bensì in un'ottica europea. A venire in

rilievo non sono, quindi, le «quote» di competenza attribuite ai diversi livelli di governo operanti nell'ordinamento europeo⁵, quanto le regole di esercizio del potere attribuito, il cui rispetto costituisce condizione di legittimità delle decisioni prese sia al livello nazionale, sia al livello europeo. Il diritto amministrativo nazionale - nell'accezione del diritto positivo, costituito da regole, atti, soggetti - ne risulta modificato, ma tale modifica non può essere compresa a fondo se ci si limita a una regolazione di confini, individuando ove esso si ritrae per far posto a regole sovranazionali e ove esso mantiene intatta la propria capacità regolatoria o addirittura la espande, come accade, ad esempio, grazie alla efficacia ultranazionale di provvedimenti nazionali sottoposti all'obbligo del mutuo riconoscimento o del controllo dello Stato di origine. Il «disallineamento» fra confini dello Stato nazionale e sfera del suo diritto amministrativo non è, infatti, soltanto un fenomeno transitorio o una deroga al regime ordinario, ma è la forma, consolidata e permanente, che la funzionalizzazione del potere amministrativo assume nell'ordinamento europeo, riflesso e conseguenza della dimensione assunta dagli interessi da curare.

Tale dimensione ha natura complessa, che non può essere descritta in termini meramente spaziali - interessi nazionali, interessi europei - ma piuttosto in termini di proiezione. La conformazione degli interessi non è rimessa interamente né all'ordinamento europeo, né agli ordinamenti nazionali, ma è il risultato dell'interazione fra di loro, che produce sia interessi nazionali a proiezione europea - come il diritto di accesso al mercato per i produttori di merci o i prestatori di servizi - sia interessi europei a proiezione nazionale, come la tutela della concorrenza per le infrazioni imputabili a un soggetto nazionale, ma aventi rilievo per l'ordinamento europeo.

L'attività amministrativa di cura degli interessi assume, di conseguenza, la medesima proiezione, con alcune conseguenze rilevanti.

Viene neutralizzata, in primo luogo, la rilevanza della nazionalità non solo quale criterio di inclusione o esclusione dall'ordinamento nazionale, ma quale elemento da valutare ai fini della regola da adottare o della decisione da prendere.

L'esercizio del potere non può prescindere, invece, dalla considerazione - e conseguente ponderazione - di tutti gli interessi rilevanti, nella conformazione che a essi dà l'ordinamento europeo e che costituisce un limite per la capacità di incidere su quell'interesse, sia per l'autorità nazionale, sia per l'autorità europea. L'interesse oggetto di considerazione da parte dell'amministrazione nazionale non può essere liberamente conformato, ma circola insieme al proprio regime giuridico di origine - che può essere determinato in sede nazionale o in sede europea - al quale l'ordinamento europeo ha dato proiezione transnazionale.

Il diritto amministrativo nazionale non può, di conseguenza, considerare come esterni alla propria sfera interessi che non ha contribuito a conformare, non può negare loro tutela, né può impedire che essi trovino tutela nelle forme specifiche dell'ordinamento giuridico di origine o nelle forme specifiche previste dall'ordinamento europeo.

Il diritto amministrativo ne risulta modificato in due diverse direzioni.

Esso risulta, sotto un primo profilo, limitato quanto alla capacità regolativa: non possono introdursi nuove regole - o nuovi requisiti, o nuovi adempimenti, o nuovi obblighi - ove ne sussistano di equivalenti e lo stesso accertamento dell'equivalenza è configurato, quanto a parametri e criteri, dall'ordinamento europeo. Il diritto amministrativo perde, quindi, il carattere dell'esclusività e acquista quello *dell'integrazione*⁶: esso

viene integrato dalle regole e dall'esercizio dello stesso potere svolto in un altro ordinamento nazionale o in sede europea⁷ Si stabilisce e si assicura, così, un equilibrio fra la dimensione europea e la dimensione nazionale, non sostituendo la prima alla seconda, ma funzionalizzando i diritti amministrativi nazionali alla tutela di tutti gli interessi riconosciuti nell'ordinamento europeo e togliendo loro la potestà di conformare uniformemente tutti gli interessi rilevanti secondo le regole e i criteri propri dell'ordinamento nazionale⁸.

Il principio di equivalenza dimostra così la sua carica riduttrice della regolazione amministrativa, in quanto il suo rispetto richiede che non si sovrappongano, sullo stesso interesse, regole diverse, ma che si accerti l'equivalenza di quelle esistenti ai fini del soddisfacimento delle garanzie richieste dall'ordinamento, riconoscendo anche che tale soddisfazione possa essere assicurata da mezzi e strumenti diversi. Questa carica riduttrice vale per la regolazione nazionale, ma anche per la regolazione europea, che trova giustificazione solo nei casi in cui le discipline nazionali esistenti non risultino di equivalente efficacia rispetto al fine di tutela. Anche sotto questo profilo si conferma, dunque, la valenza generale del principio di equivalenza, che non si applica, per così dire, né *top down* né *bottom up*, ma investe l'esercizio del potere nel suo complesso nell'ordinamento europeo.

Il diritto amministrativo europeo si caratterizza, quindi, per la centralità non del potere di regolare, ma degli interessi

da tutelare, che operano come limiti al diritto nazionale ed europeo di regolare, in quanto richiedono il rispetto non solo dei principi tradizionali, come il principio di legalità e il principio di ragionevolezza, ma anche del principio di equivalenza, dal quale deriva il divieto di una regolazione multipla quando la tutela può essere assicurata in condizioni di equivalenza, escludendo, così, sia la uniformazione delle regole di tutela, sia la loro mutua esclusione.

Sotto un secondo profilo, il diritto amministrativo risulta, invece, rafforzato nella sua funzione di legittimazione del potere pubblico, perché ampliando l'arena di interessi da considerare e da ponderare evita o almeno attenua l'asimmetria fra processi politici nazionali, nei quali sono tendenzialmente rappresentati soltanto gli interessi radicati sul territorio nazionale e la platea di interessi sui quali quei processi politici finiscono per incidere senza che essi abbiano una possibilità di rappresentazione⁹. L'obbligo di considerare quegli interessi all'interno dei

procedimenti di regolazione o di decisione e la corrispettiva possibilità, per quegli interessi, di utilizzare i rimedi procedurali e processuali propri dell'ordinamento nazionale o predisposti dall'ordinamento europeo per assicurare l'effettività della tutela sono elementi essenziali della dimensione europea del diritto amministrativo¹⁰ e della capacità dell'ordinamento europeo di produrre uno spazio giuridico comune e unico, ma non uniforme¹¹.

4. *Unità ed equivalenza nell'ordinamento europeo (e oltre)*

La dimensione europea degli interessi e la necessità di assicurarne la cura nell'intero spazio giuridico europeo avrebbero potuto essere, in astratto, soddisfatte con la formazione

di un diritto amministrativo uniforme e omogeneo, ma questa soluzione cozzava non soltanto contro enormi ostacoli pratici, ma anche con il valore costituzionale della diversità, presente sin dall'origine nei Trattati e ribadito dalla Costituzione. La natura integrata, aperta e plurale del diritto amministrativo europeo, resa operativa mediante il principio di equivalenza, non deriva quindi soltanto dalle necessità e dalle contingenze del più ampio progetto mai tentato nella storia di costruire un ordinamento allo stesso tempo unitario e plurale, sovranazionale e non statale, ma affonda le proprie radici nel tessuto costituzionale dell'ordinamento europeo ed è il riflesso di un valore costituzionale fondante: la diversità non come ostacolo allo sviluppo di un ordinamento uniforme, ma come caratteristica di un nuovo e originale ordinamento unitario¹².

La differenziazione è, nell'ordinamento europeo, un tratto originario, che ha preso diverse forme nel processo di revisione dei Trattati, nella legislazione secondaria e nella giurisprudenza della Corte di giustizia e che segna la diversità dell'Unione Europea rispetto a uno Stato federale. In un sistema federale, infatti, si presume l'esistenza di unità e stabilità, rispetto alle quali si possono dividere le competenze (si può dividere solo ciò che preesiste come unità), mentre nell'Unione Europea l'unità è l'obiettivo da perseguire e quindi la differenziazione non si misura rispetto a una unità preesistente, ma a una unità prefigurata e auspicata, alla quale continuamente tendere e basata, di volta in volta, su un equilibrio dinamico all'interno del quale le differenze non vengono cancellate, ma ordinate.

Il principio di equivalenza è uno strumento essenziale della costruzione di questo ordine, che consente, allo stesso tempo, la conservazione delle culture e delle tradizioni nazionali e la loro reciproca contaminazione, entro il quadro dei valori e dei diritti fondamentali definiti dal diritto costituzionale europeo.

La logica inerente al principio di equivalenza non è quella della supremazia e della gerarchia, ma quella della compati-

bilità e della coerenza e su di essa si basa la duplice funzione dell'equivalenza come strumento costituzionale di governo delle differenze e come strumento amministrativo di legittimazione delle decisioni. Il diritto amministrativo europeo si configura, così, come un'esperienza giuridica¹³ dotata di caratteri propri e distinta sia, come è immediatamente percepibile, dai diritti amministrativi nazionali, sia dai fenomeni di globalizzazione del diritto.

La dimensione costituzionale del rapporto tra unità e diversità nell'ordinamento europeo consente, infatti, di attribuire al principio di equivalenza una generale capacità ordinatoria che manca, invece, nella più ampia dimensione del diritto globale, che pure conosce il principio di equivalenza¹⁴. Anche nei casi in cui tale equivalenza non derivi da trattati internazionali, ma sia veicolata direttamente dalle discipline nazionali, risulta evidente la differenza rispetto all'esperienza europea, in quanto l'equivalenza opera per singoli aspetti, manca un regime unitario di rilievo ordinamentale e i rimedi eventualmente previsti sono *ad hoc* (si pensi ai *panels* e ai tribunali specializzati).

Due esempi chiariranno meglio la questione. Si prenda, per fare un riferimento a eventi molto recenti, la legge Sarbanes-Oxley adottata negli Stati Uniti dopo lo scandalo Enron. La legge contiene regole volte a tutelare i risparmiatori e gli investitori, che si applicano sia ai soggetti nazionali, sia ai soggetti non americani operanti in quell'ordinamento. L'applicazione di tali regole è, quindi, transnazionale ed è stata affidata alla SEC. La SEC ha però deciso che quelle regole si applicano a soggetti non americani solo se la disciplina del paese di origine non offre garanzie di trasparenza *equivalenti*¹⁵. È evidente, qui, la *ratio* che

sorregge il ricorso al principio di equivalenza: gli interessi dei risparmiatori nazionali possono essere danneggiati da soggetti esteri (che una volta non potevano entrare per barriere fisiche o giuridiche, ma oggi non possono essere più tenuti all'esterno dell'ordinamento nazionale) e, di conseguenza, la tutela si espande e assume la stessa natura e dimensione transnazionale degli interessi da curare.

Un secondo esempio è fornito dalla disciplina sulla sicurezza dei prodotti alimentari (SPS Agreements), che è parte integrante dei trattati istitutivi dell'OMC e prevede che lo Stato importatore debba riconoscere come equivalenti le misure di controllo sanitario applicate dallo Stato esportatore, se quest'ultimo fornisce la prova «oggettiva» che quelle misure assicurano il livello di protezione preteso dallo Stato importatore¹⁶. L'obbligo dello Stato importatore si realizza, però, in genere, mediante accordi bilaterali o multilaterali e quindi alla natura transnazionale degli interessi da tutelare si provvede ancora con strumenti tipici del diritto internazionale, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento europeo.

Il principio di equivalenza assume, invece, nell'ordinamento europeo, una dimensione sistemica, quale strumento volto ad assicurare la compatibilità e la coerenza delle differenze nazionali entro un quadro unitario. Tale quadro unitario ha rango costituzionale e limiti e confini determinati, che «costringono», per così dire, le differenze entro vincoli non negoziabili. Basti pensare all'obbligo per tutti gli Stati membri di abolire la pena di morte e alla libera scelta consentita, invece, in proposito, agli Stati nell'ordinamento federale americano: un differenza di vita o di morte, che è certo più grave e rilevante delle differenze nelle tradizioni di panificazione o di prassi commerciali.

La dimensione amministrativa del principio di equivalenza opera, sotto altro profilo, come un importante fattore di legittimazione del diritto amministrativo europeo. Essa richiede, infatti, a ogni amministrazione operante nell'ordinamento europeo, la capacità di considerare tutti gli interessi rilevanti ai

fini dell'azione amministrativa, ivi compresi quelli che si sono formati fuori dall'ordinamento nazionale e fornisce, così, una dimensione europea all'azione amministrativa nazionale e un radicamento nazionale al diritto amministrativo europeo.

Emerge, qui, anche una tendenza più generale, che va oltre l'ordinamento europeo: gli Stati nazionali hanno sempre più bisogno di nuove sedi per fare regole, ma non di nuove sedi per attuare quelle regole. Mentre le prime semplificano le decisioni o rispondono a bisogni altrimenti senza risposta, le seconde diverrebbero un fattore di complicazione e di sovrapposizione. Aumenta quindi la tendenza non alla costruzione di nuovi apparati amministrativi, ma al rafforzamento dell'influenza - del diritto europeo o, in ambito più vasto, del diritto globale - sulle amministrazioni nazionali, che operano quali agenti del regime giuridico europeo o globale. Il diritto amministrativo non si emancipa, quindi, dalle amministrazioni, ma si emancipa dalla dimensione statale e nazionale per seguire le dimensioni degli interessi da curare e assume, di conseguenza, natura plurale, aperta e integrata.