

Incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia.

Roma 24.10.13

Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria

Giuseppe Tesaurò

1. La specificità del sistema giuridico comunitario – un ordinamento speciale nel campo del diritto internazionale, fu la definizione della Corte di giustizia in anni lontani¹, rimasta insuperata - fa emergere, con il ruolo trainante, strutturale, del giudice comunitario e della collaborazione con i giudici nazionali, l'importanza dell'uso dei principi e dei criteri d'interpretazione e di applicazione delle norme. Il principio di proporzionalità è certamente da comprendere tra i principi generali del diritto comunitario. La sua centralità nel sistema ci consente anche solo qualche riga per memoria. L'origine del principio è tedesca, principalmente nel diritto penale e applicato alle sanzioni penali. Al diritto comunitario approda attraverso quel formidabile strumento di circolazione dei valori e dei principi giuridici che è stato il rinvio pregiudiziale; e diventa sostanzialmente un limite all'esercizio del potere normativo delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, traducendosi in un parametro di legittimità degli atti comunitari e delle leggi e atti nazionali.

Nel sistema giuridico comunitario, le cui caratteristiche portano inevitabilmente a privilegiare i canoni di interpretazione focalizzati sulla coerenza della norma e delle sue applicazioni con le finalità perseguite dal Trattato e dal legislatore comunitario, il test di proporzionalità della norma diventa inevitabilmente una costante della verifica di legittimità rimessa alla Corte di giustizia, in perfetta sintonia con il criterio teleologico di interpretazione. "...Quale principio generale del diritto dell'Unione, il principio di proporzionalità costituisce il parametro per valutare la legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell'Unione", ha più volte affermato il giudice comunitario². In forza del principio di proporzionalità la legittimità di un atto che impone obblighi o divieti, o lascia un margine di discrezionalità per derogarvi, è subordinata alla condizione che sia idoneo e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti, fermo restando che, tra più soluzioni appropriate, va privilegiata quella meno restrittiva

¹ Van Gend en Loos, causa 26/62, sentenza 5 febbraio 1963, *Raccolta* p. 1.

² Tra le tante, Commissione c. Alrosa, causa C-441/07 P, sentenza 29 giugno 2010, *Raccolta* p. I-5949, punto 36.

e che gli oneri imposti non siano sproporzionati rispetto agli obiettivi³. Si tratta, pertanto, va ribadito, con ogni evidenza di un modo per limitare il funzionamento del sistema, dell'intero sistema comunitario, considerato che la Corte di giustizia applica il test di proporzionalità anche alle leggi nazionali introdotte in deroga a norme comunitarie .

Un esempio a vario titolo particolarmente significativo, fra i tanti di una ricchissima giurisprudenza, riguarda una legge italiana. La pasta preferita dal consumatore del nostro Paese è quella fatta col grano duro. Questa preferenza era stata tradotta addirittura in una legge, che vietava la commercializzazione - e prima ancora l'importazione - col nome di pasta del prodotto ottenuto con grano tenero, con tanto di sanzione: quasi che quella non fosse pasta, ma altro. Approdata la questione a Lussemburgo con un rinvio pregiudiziale, la compatibilità di quella legge con la libera circolazione delle merci fu misurata con la lente del principio di proporzionalità⁴. Era proprio necessario quel divieto assoluto per tutelare il (palato del) consumatore nostrano oppure sarebbe stata sufficiente, diciamo pure più proporzionata, una misura meno restrittiva e ugualmente idonea allo scopo, ad esempio un'adeguata informazione sulla confezione della pasta che informasse l'acquirente su quale grano era stato utilizzato? Lo stesso test di proporzionalità è stato utilizzato anche per la birra tedesca⁵ e il liquore francese *Cassis de Dijon*⁶, i cui analoghi prodotti esteri non potevano essere commercializzati in Germania e rispettivamente in Francia se non avevano una determinata gradazione alcolica: e l'esito del test è stata in tutti questi casi una dichiarazione di illegittimità delle leggi nazionali.

2. E la ragionevolezza ? In dottrina a volte si fa riferimento alla ragionevolezza come principio formale, a presidio della sussidiarietà o della proporzionalità, del bilanciamento degli interessi comunitari con quelli degli Stati membri nell'esercizio delle rispettive competenze, altre volte come principio sostanziale, che induce ad una convergenza delle regolamentazioni nazionali, altre ancora si vuole cogliere un criterio del giudice comunitario nella valutazione della legittimità o illegittimità di misure nazionali adottate in deroga al diritto comunitario. Nei testi normativi, per converso, la

³ Schröder, causa 265/87, sentenza 11 luglio 1989, *Raccolta* p. 2237 ss., punto 21; Tempelman e Van Schaijk, cause C-96-97/03, sentenza 10 marzo 2005, *Raccolta*, p. 1895 ss., punto 47.

⁴ Drei Glocken, causa 407/85, sent. 14 luglio 1988, *Raccolta* p. 4233.

⁵ Commissione c. Germania, causa 178/84, sentenza 12 marzo 1987, *Raccolta* p. 1227.

⁶ Rewe Zentrale (Cassis de Dijon), causa 120/78, sent. 20 febbraio 1979, *Raccolta* p. 649.

ragionevolezza è poco presente. Nel Trattato sul funzionamento, all'art. 97, ci viene ricordato che le tariffe dei trasporti transfrontalieri non devono superare un livello ragionevole, avuto riguardo ai costi effettivi. Nella Carta di Nizza, troviamo un impegno alla ragionevolezza riferita al tema dei termini procedurali e processuali (artt. 41 e 47). In alcuni casi, di ragionevolezza si parla in una lingua ma non in tutte: ad esempio nella direttiva n. 46 del 2007 sull'omologazione dei veicoli a motore, troviamo l'espressione "*reasonable grounds*", tradotta in italiano con "*fondati motivi*", che è tutt'altra cosa.

Dedicare una specifica attenzione al posto occupato dalla ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte di giustizia offre, pertanto, la possibilità di una verifica concreta e di evitare il rischio di ripetere luoghi comuni.

Comincerei con il fermare l'attenzione sul tema della libera circolazione delle merci, che nel primo ventennio dell'esperienza comunitaria è stata il baricentro del sistema. L'art. 30 del Trattato (oggi 34 TFUE) stabilisce un divieto preciso e tassativo: "sono vietate le restrizioni quantitative alle importazioni nonché qualsiasi misura di effetto equivalente". L'art. 36 (anche del TFUE), poi, elenca altrettanto tassativamente le possibili deroghe, corrispondenti a misure restrittive dovute a motivi di moralità pubblica, ordine pubblico, tutela della salute, protezione del patrimonio artistico, tutela della proprietà industriale e commerciale. Un giudice belga chiese l'interpretazione di tali norme alla Corte di giustizia, in un caso nel quale i sigg. *Dassonville* avevano importato in Belgio una partita di whisky scozzese acquistata in Francia, dove era in libera pratica, senza essere in possesso, tuttavia, del certificato di origine della merce, richiesto dalla legge belga e rilasciato dall'autorità doganale del Regno Unito. Dagli atti della causa principale, risultava che l'importatore incontrava gravi difficoltà a procurarsi quel certificato ove la merce, come nella specie, non fosse importata direttamente dal Paese di origine, "difficoltà sconosciute a chi importa direttamente dallo Stato produttore"⁷.

La Corte lesse l'art. 30 del Trattato in modo alquanto severo, affermando che "Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative. Finché non sarà stato istituito un

⁷ *Dassonville*, causa 8/74, sentenza 21 luglio 1974, *Raccolta* p. 837 ss.

regime comunitario che garantisca ai consumatori l'autenticità della denominazione d'origine d'un prodotto, gli Stati membri che intendano adottare provvedimenti contro comportamenti sleali in tale settore possono farlo *soltanto a condizione che tali provvedimenti siano ragionevoli* e che i mezzi di prova richiesti non abbiano per effetto di ostacolare il commercio fra gli Stati membri, ma siano accessibili a tutti i cittadini comunitari"⁸. Come si vede, la ragionevolezza non è solo una parola, ma è costruita espressamente – anche nelle versioni inglese e francese - come vero e proprio parametro di legittimità della misura statale adottata in deroga al divieto di porre ostacoli agli scambi. E' tuttavia un passaggio isolato della giurisprudenza.

Qualche anno dopo, il problema delle misure di effetto equivalente viene di nuovo all'attenzione della Corte nel caso del *Cassis de Dijon*, ricordato già, un liquore francese che non poteva essere importato in Germania, in quanto non rispondeva ai requisiti di gradazione alcolica che una legge tedesca aveva posto come condizione per la commercializzazione di bevande del tipo *Cassis*⁹. La Corte, pur ribadendo che in difetto di una normativa comune spetta agli Stati membri disciplinare la produzione e il commercio di bevande alcoliche, precisò che “gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori”¹⁰.

Molti hanno individuato in tale formula l'affermazione di un principio di ragionevolezza in “stile comunitario”¹¹. L'ipotesi, tuttavia, non ha alcun fondamento testuale, poiché di ragionevolezza si parla esplicitamente solo nel ricordato precedente

⁸ Dassonville, *sopra citata*, punti 5-6; il corsivo è nostro.

⁹ Cassis de Dijon, *sopra citata*.

¹⁰ Cassis de Dijon, *sopra citata*, punto 5

¹¹ Ad esempio Schrauwen A., In *Defence of Public Interest: The Rule of Reason*, in Schrauwen A. ed., *The Rule of Reason, Proceedings of the Annual Colloquium of the Hogendorp Centre of European Constitutional Studies*, Groningen 2005, p. 3 ss.; L.S.Rossi-S.J.Curzon, *What Rule of Reason for the EU Internal Market*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 295 ss. In Cullet Leclerc, causa 231/83, sentenza 29 gennaio 1985, *Raccolta* p. 305 ss., l'avvocato generale Van Themaat (punto 5.2 delle conclusioni) attribuisce alla formula Cassis de Dijon la qualità di *rule of reason*, senza spiegazioni, citando anche Commissione c. Irlanda, causa 112/80, sentenza 17 giugno 1981, *Raccolta* p. 1625 ss., dove però non c'è alcun cenno, neppure implicito, alla *rule of reason*.

Dassonville, punto di partenza, mai smentito né superato¹², della giurisprudenza in tema di misure di effetto equivalente, mentre in *Cassis de Dijon* la ragionevolezza non ha trovato alcuna espressa collocazione, né si può rilevare per implicito. In tale decisione, va piuttosto sottolineata l'attenzione del giudice comunitario per un'esigenza di flessibilità rispetto alla formula sviluppata in *Dassonville*, così come rispetto alla lettera del Trattato, nella valutazione delle misure nazionali che incidono sì sulla libertà degli scambi, ma che sono applicabili indistintamente a tutte le merci, importate e non. Ed infatti, per tali misure, non vizzate a monte da una discriminazione in base alla nazionalità e dunque da un intento dichiaratamente protezionistico, si può pensare di escluderne la natura di misure di effetto equivalente, come tali illegittime, prima ancora di valutare la possibilità di applicare le deroghe di cui all'art. 36¹³ ed in presenza di motivate esigenze ritenute meritevoli di considerazione nel contesto comunitario.

E' questo, e niente di più, ciò che risulta testualmente dalla sentenza *Cassis de Dijon*. Che poi tale risultato sia stato raggiunto dai giudici della Corte con l'uso della loro ragionevolezza si può ben dire. Molto meno sicuro è che si possa anche rilevare l'utilizzazione da parte del giudice comunitario, nella decisione evocata, di un vero e proprio principio di ragionevolezza idoneo di per sé a rappresentare un parametro di legittimità delle misure statali adottate o mantenute in deroga alla libertà di circolazione delle merci.

E' certo, viceversa, che, nell'approccio alle misure statali vietate in vista del funzionamento corretto del mercato comune, l'attenzione della Corte si sia con evidenza focalizzata su determinati interessi perseguiti e sulla congruità delle misure a perseguirli. In altre parole, siamo in presenza di un principio e per ciò stesso di un test di proporzionalità, magari coniugato con un elemento di ragionevolezza, che impone di verificare, in primo luogo, se la misura risponda a ragioni imperative o comunque a legittimi interessi nominati (in questo richiama la ragionevolezza, utilizzata per

¹² Neppure, si badi, dalla giurisprudenza *Keck et Mithouard* (cause C-267-268/91, sentenza 24 novembre 1993, *Raccolta* p.I-6097 ss.) o *Hünermund* (causa C-292/92, sentenza 15 dicembre 1993, *Raccolta* p. I-6787 ss.), al contrario di quanto molti hanno troppo rapidamente rilevato. In argomento, F. Picod, *La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir ?*, in L. Azoulai, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles 2011, p.47 ss.

¹³ E' appena il caso di ricordare che secondo una costante e giurisprudenza, le misure nazionali discriminatorie sono compatibili solo se possono essere comprese nelle deroghe tassativamente consentite dall'art. 36 TCE, oggi del TFUE (*Bond von Adverteerders*, causa 352/85, sentenza 26 aprile 1988, *Raccolta* p. 2085 ss., punti 32-33; *Gouda*, causa 288/89, sentenza 25 luglio 1991, *Raccolta* p. 4007 ss., punto 11).

individuare un interesse *ragionevolmente* rilevante, nei limiti della formula *Dassonville*); e, in secondo luogo, se la misura sia idonea allo scopo ovvero sproporzionata per eccesso o per difetto. Inoltre, il bilanciamento operato dalla Corte in *Cassis de Dijon* è alquanto trasparente, in particolare laddove rileva significativamente che le misure tedesche sulla gradazione minima delle bevande alcoliche “non perseguono uno scopo d’interesse generale atto a prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci, che costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità” (punto 14). In definitiva, si è costruito un limite intrinseco, di natura diversa da quelli prefigurati all’art. 36 del Trattato (ordine pubblico, salute, ecc.), in quanto è un limite alla nozione stessa di misura di effetto equivalente e non una deroga al divieto. La misura restrittiva, in definitiva, può ritenersi giustificata soltanto quando la sua adozione risponda ad esigenze imperative meritevoli di tutela. Per tale via, la Corte ha legittimato, in casi specifici, esigenze non espressamente prefigurate nei Trattati ed ha elaborato un catalogo aperto e modificabile di eccezioni strettamente dipendenti dall’evoluzione del contesto economico ed anche politico. Nondimeno, la formula *Cassis de Dijon* comporta il rispetto di requisiti ben precisi, nel senso che occorre tutelare interessi pubblici rilevanti che non ricevano *aliunde* adeguata tutela dalla normativa dell’Unione e deve essere necessaria o comunque proporzionata al perseguimento di uno scopo preciso. E la ragionevolezza, questo sì, può implicitamente aiutare a giustificare misure nazionali che, pur se indistintamente applicabili e prive di intenti protezionistici, impongano restrizioni agli scambi tra Stati membri o li scoraggino. Non può dirsi, tuttavia, che abbia un sicuro rilievo autonomo di parametro di legittimità.

3. La formula *Cassis de Dijon* è stata, com’è noto, estesa all’intero tema degli ostacoli alla libera circolazione, in particolare delle persone, progressivamente diventata il vero baricentro del sistema complessivamente considerato, a dispetto della retorica anticomunitaria sulla Europa dei mercanti, frutto di pregiudizio e di scarse letture sul reale modo di essere e di svilupparsi del processo di integrazione. In particolare, quanto ai servizi, la Corte ha individuato numerose ipotesi di esigenze imperative connesse all’interesse generale più frequentemente invocate dagli Stati per giustificare le deroghe alla libera circolazione e ritenute idonee allo scopo. E l’applicazione che ne ha fatto la Corte è stata nella maggior parte dei casi quella di un test di proporzionalità, nel senso che la misura, oltre che essere collegata alla soddisfazione di un’esigenza imperativa,

”dev'essere atta a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e non può eccedere quanto è necessario a tal fine; in altre parole, occorre che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi”, cioè meno restrittivi¹⁴.

Lo stesso schema è stato seguito in tema di diritto di stabilimento, ad esempio nel caso *Gebhard*¹⁵. La Corte era stata richiesta di fornire l'interpretazione della direttiva 77/249/CEE, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, nell'ambito di un procedimento disciplinare aperto dal Consiglio dell'Ordine di Milano nei confronti dell'avv. Gebhard, accusato di esercitare in Italia l'attività professionale senza avere il titolo di avvocato. Cittadino tedesco, iscritto al foro di Stoccarda, il Gebhard risiedeva da anni in Italia e vi svolgeva attività di consulenza giudiziale ed extragiudiziale, utilizzando il titolo di avvocato, sebbene non avesse mai presentato al Consiglio dell'Ordine di Milano un'espressa domanda di iscrizione all'albo.

Anche in questo caso, la Corte di giustizia ha utilizzato il principio di proporzionalità, affermando che “allorché l'accesso ad un'attività specifica non è sottoposto ad alcuna disciplina nello Stato ospitante, il cittadino di qualsiasi altro Stato membro ha il diritto di stabilirsi nel territorio del primo Stato e di esercitarvi tale attività. Diversamente, allorché l'accesso ad un'attività specifica, o il suo esercizio, fosse subordinato, nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intende esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle. Tuttavia, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”¹⁶. In breve, devono superare un test compiuto di proporzionalità.

Da questa sentenza e da quelle successive che si sono inserite nel medesimo solco¹⁷, emerge una tendenza verso la parificazione, quanto all'individuazione delle

¹⁴ Gouda, causa C-288/89, *sopra citata*, punto 15.

¹⁵ Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano, causa C-55/94, sentenza 30 novembre 1995, *Raccolta* I-4165 ss.

¹⁶ Gebhard, *sopra citata*, punti 34 -37.

¹⁷ Pfeiffer Grossahndel, causa C-255/97, sentenza 11 maggio 1999, *Raccolta* p I-2835; Haim, causa C-424/97, sentenza 4 luglio 2000, *Raccolta* p. I-5123; Mac Quen e a., causa C-108/96,

misure restrittive incompatibili, della disciplina dello stabilimento a quella dei servizi, rispetto alle quali vengono censurate le misure non discriminatorie, ma che rendono per lo straniero meno attraente l'esercizio della sua attività in regime di prestazione di servizi nello Stato considerato. È grazie a questa giurisprudenza che oggi si può parlare di una disciplina unitaria delle diverse libertà fondamentali dell'Unione, che ha superato, con la estensione della formula *Cassis de Dijon* anche alle altre libertà fondamentali, il criterio della discriminazione e del mero trattamento nazionale¹⁸.

Ancora, un interessante caso in cui il principio di proporzionalità è stato utilizzato per verificare la compatibilità di una misura nazionale con la libera prestazione dei servizi, la libertà di stabilimento e con le regole di concorrenza è il caso *Wouters*¹⁹. Il giudice olandese sottoponeva alla Corte alcune questioni pregiudiziali, sulla tutela della concorrenza, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, per verificare se il divieto stabilito dall'Ordine olandese degli avvocati di creare studi legali integrati con i revisori dei conti fosse compatibile con il diritto dell'Unione europea. La Corte di giustizia ha proceduto in quel caso ad un attento bilanciamento tra i principi della concorrenza e delle libertà fondamentali, da un lato, e gli obiettivi che erano posti a fondamento dell'adozione della normativa olandese (la salvaguardia di un grado sufficiente di concorrenza sul mercato dei servizi legali, organizzazione della professione, qualificazione, deontologia, controllo e responsabilità della professione), dall'altro, affermando che gli effetti restrittivi della concorrenza derivanti dalla misura nazionale non eccedevano quanto necessario per assicurare il corretto esercizio della

sentenza 1° febbraio 2001, *Raccolta* p. I-837; Hartlauer, causa C-169/07, sentenza 10 marzo 2009, *Raccolta* p. I-1721 ss., punto 44 e seguenti; Commissione c. Italia (farmacie), causa C-531/06, sentenza 19 maggio 2009, *Raccolta* p. I-4103 ss. punto 49. L'approccio fu inaugurato con la sentenza Kraus, causa C-19/92, sentenza 31 marzo 1993, *Raccolta* p. I-1663 ss., nella quale era in discussione la possibilità per un cittadino tedesco di avvalersi nel proprio Stato di un titolo post-universitario acquisito in un altro Stato membro. In tale occasione la Corte ha infatti affermato che l'art. 43 si oppone a qualsiasi misura nazionale, relativa alle condizioni di utilizzazione di un titolo universitario complementare, acquisito in un altro Stato membro, che, sebbene applicabile senza alcuna distinzione in base alla nazionalità, è suscettibile di ostacolare o di rendere meno agevole, da parte dei cittadini comunitari, l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato; che ciò è consentito solo nel caso in cui la misura nazionale in questione persegua uno scopo degno di tutela e sia giustificata da motivi di interesse generale; che, in tal caso, la normativa in questione deve essere applicata in maniera non discriminatoria e comunque rivelarsi idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non deve andare al di là di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo stesso.

¹⁸ Sul punto, Tesaurò G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova 2012, p. 563 ss.

¹⁹ Causa C-309/99, sentenza 19 febbraio 2002, *Raccolta* p. I-1577 ss.

professione di avvocato e che la normativa olandese poteva essere ritenuta “ragionevolmente necessaria” per assicurare il buon esercizio della professione²⁰.

Come si vede, ancora una volta il richiamo alla ragionevolezza non ha una sua autonomia, ma al più può essere di supporto al giudice, all’interno del test di proporzionalità, nel misurare la congruità della misura rispetto all’obiettivo della stessa. In conclusione, ritengo si possa...ragionevolmente escludere che si sia formata una versione comunitaria della *rule of reason* a riguardo delle deroghe consentite agli Stati membri rispetto al divieto di ostacoli agli scambi in merci, persone e servizi: insomma che la formula *Cassis de Dijon*, corrisponda alla *rule of reason* o, se si preferisce, ad un principio o criterio di ragionevolezza.

4. Più in generale, la ragionevolezza finisce spesso per essere assorbita dalla Corte di giustizia nel test di proporzionalità anche al di là delle ipotesi di misure statali adottate in deroga ai vincoli inerenti alla libera circolazione di beni, persone e servizi; e ciò anche quando le parti abbiano invocato espressamente la ragionevolezza come parametro di legittimità della misura. Ad esempio, in un caso relativo alle quote latte, chiamata a verificare la validità di un regolamento del quale si deduceva la inidoneità a raggiungere gli obiettivi della politica agricola comune, con l’espressa evocazione come parametri di legittimità sia del principio di proporzionalità che del principio di ragionevolezza, la Corte si è limitata a rilevare che il regolamento “non è manifestamente inidoneo al perseguimento dell’obiettivo della stabilizzazione dei mercati” e che “alla luce del principio di proporzionalità, non ha rivelato alcun elemento atto ad inficiare la validità del regolamento in parola”²¹: nessun accenno della Corte, benché minimo, c’è stato al principio di ragionevolezza dedotto espressamente dalla parte. In un caso relativo alla direttiva quadro in tema di servizio universale, inoltre, che consentiva agli Stati membri di imporre “ragionevoli obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi” solo qualora “siano necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale e sono proporzionati e trasparenti”, la Corte è stata chiamata a verificare la conformità della normativa tedesca alla direttiva, “segnatamente

²⁰ Wouters, *sopra citata*, punti 73 ss., in particolare 107 e 110..

²¹ Azienda Disarò c. Milka, causa C-34/08, sentenza 14 maggio 2009, *Raccolta* p. I-4023 ss., punti 82-83.

circa la proporzionalità e ragionevolezza di un siffatto obbligo”²². La Corte ha risposto esclusivamente sulla proporzionalità²³, precisando che la direttiva «servizio universale» non fa sorgere un diritto a favore del gestore di reti cablate di scegliere i canali da trasmettere, bensì circoscrive tale diritto nei limiti in cui questo sussiste in forza del diritto nazionale applicabile²⁴. Quanto all’eventuale irragionevolezza delle conseguenze economiche risultanti dagli obblighi del gestore di reti cablate in base alla normativa nazionale, la Corte ha rilevato spettare al giudice del rinvio esaminare se tali conseguenze siano tali da impedire a quest’ultimo di ottemperarvi in condizioni economicamente accettabili tenuto conto, eventualmente, dell’insieme delle sue attività²⁵.

Altro caso rilevante ha riguardato un divieto di diffusione di messaggi pubblicitari relativi ad un prodotto proveniente da un fallimento, anche quando lo stesso prodotto non faccia più parte della massa fallimentare²⁶. La pretesa era che la normativa nazionale (nella specie austriaca) violasse non solo il divieto di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative sancito dal Trattato, ma anche il diritto fondamentale alla libertà di espressione, sancito dall’art. 10 della CEDU e pertanto parte integrante dei principi generali dei quali la Corte di giustizia garantisce l’osservanza. La Corte ha anzitutto rilevato, richiamandosi ad una consolidata giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo, che la libertà di espressione sancita dalla CEDU, e dunque anche dal diritto comunitario, in particolare nella forma di espressione pubblicitaria, “è soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, dettate da uno o più scopi legittimi e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito”²⁷. La Corte ha poi aggiunto, richiamando la propria giurisprudenza altrettanto consolidata, che quando l’esercizio della libertà di espressione “non contribuisca ad un dibattito di interesse generale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell’ingerenza”²⁸. La conclusione,

²² Kabel Deutschland, causa C-336/07, sentenza 22 dicembre 2008, *Raccolta* p. I-10889 ss., punto 18.

²³ Kabel Deutschland, *sopra citata*, punto 28.

²⁴ Kabel Deutschland, *sopra citata*, punto 52.

²⁵ Kabel Deutschland, *sopra citata*, punto 55.

²⁶ Karner, causa C-71/02, sentenza 25 marzo 2004, *Raccolta* p. I-3025 ss.

²⁷ Karner, *sopra citata*, punto 50.

²⁸ Karner, *sopra citata*, punto 51.

nel merito, è stata che la misura nazionale “è ragionevole e proporzionata, in ragione degli obiettivi legittimi da essa perseguiti, e cioè la tutela del consumatore e la lealtà dei negozi commerciali”²⁹.

In definitiva, siamo di fronte alla formula *Cassis de Dijon*, utilizzata per una deroga alla libertà di circolazione delle merci e contestualmente al diritto fondamentale della libertà di espressione. La ragionevolezza è pertanto assorbita ancora una volta nel test di proporzionalità, per giunta nella sua formulazione più classica e sulla quale la ragionevolezza incide palesemente in misura marginale.

Del pari, la ragionevolezza risulta talvolta confusa nella valutazione del rispetto dell’obbligo di leale collaborazione ai sensi e per gli effetti dell’art. 10 del Trattato CE, oggi art. 4, n. 3, del TUE. Così, nel caso di una proroga della concessione del servizio di distribuzione del gas, è stato chiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se tale proroga fosse contraria “all’art. 10 CE e ai principi di ragionevolezza e proporzionalità”³⁰. La Corte, tuttavia, già nel riassumere le argomentazioni delle parti, riporta esclusivamente l’evocazione del principio di proporzionalità come parametro di legittimità e non anche quello della ragionevolezza, dando visibilmente per acquisito l’assorbimento della seconda nel primo³¹.

Ancora, in tema di accertamento della validità degli atti comunitari, nel caso *Givane*, la Corte è stata chiamata ad interpretare il regolamento sul diritto dei lavoratori di rimanere in uno Stato membro dopo aver occupato un impiego, in relazione alla richiesta all’amministrazione del Regno Unito di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato da parte dei familiari indiani di un lavoratore portoghese deceduto in quel Paese dopo avervi lavorato³². L’amministrazione richiedeva una residenza ininterrotta nel Paese per almeno i due anni immediatamente precedenti il decesso, mentre i ricorrenti deducevano fossero sufficienti due anni ininterrotti in un periodo qualsiasi precedente il decesso, anche se l’eventuale periodo di interruzione dovuto ad assenza dal Paese avrebbe potuto essere limitato da - testualmente - criteri di ragionevolezza e da considerazioni di proporzionalità. La Corte ha fondato la risposta su due elementi, il

²⁹ Karner, *sopra citata*, punto 52.

³⁰ ASM Brescia, causa C-347/06, sentenza 17 luglio 2008, *Raccolta* p.I-5641 ss., punto 20, n. 3.

³¹ ASM Brescia, *sopra citata*, punto 31.

³² *Givane*, causa C-257/00, sentenza 9 gennaio 2003, *Raccolta* p. I-345 ss.; la normativa oggetto di interpretazione era il Regolamento n. 1251/70, poi sostituito dal Regolamento CE n. 635/2006 della Commissione del 2 aprile 2006, in GUUE L 112, del 26 aprile 2006, p. 9.

testo della norma del regolamento e l'obiettivo perseguito dal regolamento e dalla norma del trattato sulla libera circolazione dei lavoratori³³, mentre non una parola ha speso sulla ragionevolezza e questa volta neppure sulla proporzionalità; in breve, si è data cura di una interpretazione testuale e insieme teleologica delle norme conferenti, niente di meno e niente di più.

Rilevante è anche il caso *Zaninotto*, nel quale un produttore di vini italiano si doleva del fatto che la normativa comunitaria sulla distillazione del vino da tavola ha come punto di riferimento l'intero Stato italiano e pertanto non considera le specificità di singole aree o di singole regioni rispetto alla produzione di vino³⁴. La Corte ha risposto che in una Comunità composta da Stati membri "sembra ragionevole prendere come punto di riferimento, per necessità amministrative, il territorio degli Stati membri", salvo che una tale scelta non sia "manifestamente inadeguata rispetto alle strutture dello Stato membro interessato"³⁵. In dottrina, si è espressa l'opinione che la sentenza ricordata abbia costruito la ragionevolezza come parametro di legittimità dell'atto comunitario, almeno nel senso che ad un atto *prima facie* ragionevole sia più oneroso opporre un motivo di illegittimità³⁶. Di rilievo è che in una successiva decisione che espressamente conferma, nel merito, la decisione *Zaninotto*, la Corte, pure reiteratamente sollecitata nell'ordinanza di rimessione del giudice nazionale a pronunciarsi sul "principio di ragionevolezza", non spende una sola parola in proposito, dimostrando ancora una volta una scarsa propensione ad avallare sotto tale specifico profilo la posizione delle parti e con essa la possibilità di misurare la validità di un atto comunitario con la ragionevolezza, intesa come parametro autonomo³⁷.

³³ Givane, *sopra citata*, punti 44 ss.: "L'interpretazione secondo cui il periodo di due anni dev'essere immediatamente precedente il decesso del lavoratore è parimenti compatibile con gli obiettivi dell'art. 48 del Trattato CE e del regolamento n. 1251/70. Tale requisito è diretto a realizzare un collegamento sostanziale fra tale Stato, da un lato, ed il lavoratore e i suoi familiari, dall'altro, nonché a garantire un determinato livello di integrazione dei familiari stessi nel tessuto sociale di cui trattasi. Infatti, la sussistenza di un collegamento sostanziale tra lo Stato membro ospitante e il lavoratore interessato non potrebbe essere garantita se il diritto di rimanere nel territorio di uno Stato membro, di cui all'art. 3, n. 2, primo trattino, del regolamento n. 1251/70, venisse acquisito per effetto di un periodo di soggiorno di almeno due anni nello Stato medesimo trascorso in un momento qualsiasi della vita del lavoratore stesso, anche in un lontano passato".

³⁴ *Zaninotto*, causa C-375/96, sentenza 29 ottobre 1998, *Raccolta* p. I-6629 ss.

³⁵ *Zaninotto*, *sopra citata*, punti 72-73.

³⁶ Adinolfi A., *The Principle of Reasonableness in European Union Law*, in Bongiovanni-Sartor-Valentini (ed.), *Reasonableness and Law*, London 2009, p. 383 ss., p. 389.

³⁷ *Busoilin*, causa C-155/99, sentenza 19 ottobre 2000, *Raccolta* p. I-9037 ss.

Lo stesso può dirsi per il caso *Monsanto*, di sospetta illegittimità di un regolamento sui nuovi prodotti alimentari, che consente - con una procedura semplificata, cioè con una semplice notifica alla Commissione - la messa in commercio di alimenti prodotti a partire da organismi geneticamente modificati, ma che non ne contengono più alcuno, quando siano sostanzialmente equivalenti agli alimenti tradizionali paragonabili³⁸. Per l'ipotesi che l'interpretazione della Corte fosse nel senso che il regolamento consente il ricorso alla procedura semplificata nonostante la presenza di residui di proteine transgeniche nei nuovi prodotti alimentari, il giudice rimettente (TAR Lazio) sollevava il dubbio di legittimità della conferente disposizione del regolamento, con riferimento, oltre che agli artt. 15 (tutela dei consumatori, oggi art. 169 TFUE) e 174 (ambiente, oggi art. 191 TFUE), ai principi di precauzione, di proporzionalità e di ragionevolezza³⁹. Ancora una volta, tuttavia, la Corte, già nel riassumere secondo rito la doglianza, ricorda solo i parametri dei principi di precauzione e di proporzionalità, omettendo quello del principio di ragionevolezza pure espressamente dedotto dal giudice *a quo*⁴⁰; e coerentemente conclude nel senso che “la procedura semplificata dev'essere ritenuta compatibile con il principio di proporzionalità”⁴¹.

5. Altro tema rispetto al quale la ragionevolezza è stata più volte evocata è quello della cittadinanza e del soggiorno, anche di extracomunitari. In realtà, la ragionevolezza viene evocata in termini spesso vaghi, che non offrono molte possibilità per costruire un vero e proprio principio o criterio idoneo ad essere utilizzato come parametro di legittimità.

Talvolta si fa un uso del tutto generico dall'aggettivo ragionevole o irragionevole. Ad esempio, quando la Corte, nel considerare gli impegni di solidarietà, anche finanziaria, degli Stati membri nell'organizzazione e nell'applicazione del sistema di assistenza sociale⁴², ha anche sottolineato l'opportunità che “ciascuno Stato membro vigili affinché la concessione di aiuti a copertura delle spese di mantenimento di studenti provenienti da altri Stati membri non diventi un onere irragionevole che potrebbe produrre

³⁸ *Monsanto*, causa C-236/01, sentenza 9 settembre 2003, *Raccolta* p I-8105 ss. L'oggetto della controversia riguardava il Regolamento (CE) del Parlamento e del Consiglio del 27 gennaio 1997, n. 258, sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari, in GUCE L 43, p. 1 ss.

³⁹ *Monsanto*, *sopra citata*, punto 48, n. 4.

⁴⁰ *Monsanto*, *sopra citata*, punto 115.

⁴¹ *Monsanto*, *sopra citata*, punto 138.

⁴² Grzelczyk, causa C-184/99, sentenza 20 settembre 2001, *Raccolta* p. I-6193, punto 44

conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere concesso da tale Stato"⁴³. La prospettiva è comunque quella di un classico test di proporzionalità rispetto ad una deviazione dal principio di eguaglianza, nel senso che la disparità di trattamento può essere giustificata solo se fondata su motivi oggettivi, indipendenti dalla cittadinanza, e adeguatamente commisurati allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale⁴⁴. È un test che, beninteso, non può che essere caratterizzato da ragionevolezza, ma siamo allora su un piano diverso da quello normativo e di un parametro autonomo di legittimità. Ne è una significativa riprova la differenza tra la sentenza *Zambrano*⁴⁵ e la sentenza *Mc Carthy*⁴⁶, in quest'ultima puntualmente spiegata e giustificata senza mai usare la parola ragionevolezza.

Nella sentenza *El Dridi*⁴⁷, relativa ad una materia molto attuale – il rimpatrio di cittadini extracomunitari in soggiorno non regolare – e che ha per ciò stesso occupato le pagine prime dei giornali, la ragionevolezza ha trovato più volte l'occasione per essere chiamata in causa. Anzitutto, la normativa conferente (la direttiva 115 del 200), ha stabilito, testualmente, norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale. Dopo la previsione di procedure non coercitive, la direttiva prefigura, in ultima istanza, anche misure coercitive per allontanare il soggetto che oppone resistenza, misure che dovranno essere proporzionate e non eccedenti un uso ragionevole della forza, comunque nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica del soggetto (art. 8, 4). Subito dopo, la direttiva ammonisce che, quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o che non sussistono più le condizioni previste (art. 15, 4), il trattenimento non è più

⁴³ Bidar, causa C-109/03, sentenza 15 marzo 2005, *Raccolta* p. I-2119, punto 56.

⁴⁴ V., tra le tante, la stessa sentenza Bidar, *sopra citata*, punto 54; De Cuyper, causa C-406/04, sentenza 18 luglio 2006, *Raccolta* p. I-6947, punto 41 e seguenti.

⁴⁵ Causa C-34/09, sentenza 8 marzo 2011, *Raccolta* p. I-1177 ss.

⁴⁶ Causa C-434/09, sentenza 5 maggio 2011, *Raccolta* p. I-3375 ss.

⁴⁷ Hassen El Dridi, causa C.61/11 PPU, sentenza 28 aprile 2011, *Raccolta* p. I-3015. Sull'argomento, v. già Kadzoev, causa C-357/09 PPU, sentenza 30 novembre 2009, *Raccolta* p. 11189 ss.; nonché Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Lekbir Charaf, del 10 maggio 2011, n. 7/2011; e Karim Brahim, pari data, n. 8/2011. Non sembra superfluo focalizzare l'attenzione sulla seguente affermazione del giudice amministrativo italiano (al punto 5 della motivazione): "E' il caso di sottolineare che gli effetti della pronuncia, non conformi all'originario disegno del legislatore italiano, ben avrebbero potuto essere evitati ove, nel non breve lasso di tempo disponibile, si fosse provveduto al recepimento della direttiva, adottando misure compatibili con i relativi dettami."

giustificato e dunque il soggetto va rilasciato. Si parla ancora di ragionevole sforzo di non far durare a lungo l'operazione di allontanamento (art. 15, 6).

La Corte di appello di Trento, quindi, ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e ha chiesto se al trattenimento in stato di detenzione dell'extracomunitario in soggiorno irregolare ed alla possibilità che venga punito con la reclusione fino a 4 anni ostino i principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza della pena.

La Corte, per l'ennesima volta, ha risposto specificamente sul punto della proporzionalità ed efficacia della misura, ma con nessuna reazione alla richiesta di verifica del profilo di compatibilità con il principio di ragionevolezza. In particolare, il giudice comunitario rileva che, nonostante il Trattato (art. 79, n. 2, lett. c, TFUE) non escluda la competenza penale degli Stati membri in tema di soggiorno irregolare, la legislazione interna deve rispettare il diritto comunitario⁴⁸. Secondo la Corte, in definitiva, gli Stati membri non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, idonea a compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva, privandola così del suo effetto utile, direttiva che nella specie subordina espressamente l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

6. Veniamo ora al tema della concorrenza. E' fin troppo noto che la *rule of reason* è nata negli Stati Uniti per attenuare l'eccessiva rigidità del divieto di intese anticoncorrenziali contenuto nello *Sherman Act*⁴⁹. In particolare, con il celebre caso *Standard Oil* si pervenne all'applicazione della regola, quando si affermò che il potere monopolistico non è illecito come tale, ma solo in quanto sia esercitato irragionevolmente⁵⁰. La regola ha una doppia accezione, quella relativa alle restrizioni

⁴⁸ Hassen El Dridi, *sopra citata*, punto 54.

⁴⁹ "Every contract, combination in the form of trust or otherwise or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nation, is declared to be illegal": così la Section 1 dello Sherman Antitrust Act del 1890. In argomento, R. Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law*, The Hague 1967; Kovar, *Le droit communautaire et la règle de raison*, in *Rev. trim. De droit européen*, 1987; Whish-Sufrère, *Art. 85 and the Rule of Reason*, in *Yearbook of Eur. Law*, 1987, p. 2 ss.; L. Di Via, *Alcune riflessioni sulla Rule of Reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1996; S. Bastianon, *Diritto Antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 146 ss.

⁵⁰ Nella sentenza *Standard Oil of New Jersey c. US* (221 US 1911, p. 66), il giudice White affermò che il modo di stabilire se un'intesa restrittiva era compresa nella previsione del divieto sancito dallo Sherman Act era quello di applicare uno standard di ragionevolezza, con la conseguenza che solo intese irragionevoli erano illegittime.

solo accessorie all'oggetto del contratto e quella del bilanciamento tra effetti concorrenziali ed effetti anticoncorrenziali. Sta di fatto che la contrapposizione tra *per se rule* e *rule of reason* ha occupato troppe discussioni, negli stessi Stati Uniti⁵¹, perché, al momento di scrivere le norme del Trattato CEE a tutela della concorrenza, non si ponesse mano ad una formula che evitasse quella contrapposizione. Il testo dell'art. 85, poi 81, oggi 101 TFUE, è formulato precisamente perché nella stessa norma si trovino - separatamente sanciti - sia il divieto che l'eccezione: il n. 1 che vieta le intese restrittive della concorrenza e il n. 3 che consente di escludere dal divieto determinate intese, che pertanto possono essere oggetto di esenzione.

Ciò non vuol dire né che il divieto di intese anticoncorrenziali sancito nel sistema comunitario crei un automatismo di effetto pari alla *per se rule* statunitense; né che si possa correttamente trasferire nel contesto giuridico comunitario la *rule of reason* di stile statunitense o comunque un criterio di ragionevolezza sostanzialmente equivalente. Invero, non si può considerare applicazione della *rule of reason*, anche altrimenti denominata, la necessaria valutazione economica del contesto nel quale la condotta delle imprese si colloca e degli effetti prodotti sull'assetto del mercato⁵². La formula dell'art. 101, n.1, TFUE (già art. 85, poi 81 TCE), non è poi tanto diversa da quella prima ricordata dello *Sherman Act* ed avrebbe ben potuto prestarsi ad una lettura rigida, lasciando al solo n. 3 la funzione di rendere il divieto più flessibile. Ciò non è stato, poiché, fin dai primi passi della giurisprudenza in materia di concorrenza, la Corte di giustizia ha normalmente richiesto, pure all'interno dell'art. 85, n. 1, un'analisi economica delle circostanze rilevanti; e ciò anche in tema di contratti di distribuzione, che è il tema contiguo e complementare a quello degli ostacoli agli scambi di merci, dove si trattava di vigilare con rigore, soprattutto nei primi due decenni dell'esperienza comunitaria, a che non rientrassero dalla finestra di quelle intese verticali tra imprese le misure statali protezionistiche restrittive degli scambi cacciate dalla porta. In una delle prime sentenze degli anni sessanta, ad esempio, la Corte negò che un contratto di distribuzione esclusivo per un intero Stato membro fosse "automaticamente" contrario

⁵¹ In realtà l'applicazione a volte incerta e criticata della *rule of reason* nei procedimenti antitrust negli Stati Uniti ha risentito, oltre che del dibattito di sempre tra la scuola di Chicago e quella di Harvard, quest'ultima più rigida e propensa ad un largo impiego della regola *per se*, anche della circostanza che la maggior parte delle decisioni nel sistema statunitense sono del giudice.

⁵² Così, ad esempio, G. D'Atorre, *Una ragionevole concorrenza: il ruolo della rule of reason dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 80 ss.

all'art. 85, n. 1, del Trattato (oggi art. 101, n. 1, TFUE), ma poteva esserlo in base ad una particolare situazione di fatto o alla rigidità delle clausole di esclusiva⁵³. Nella stessa occasione, la Corte, dopo aver sottolineato significativamente l'alternativa tra oggetto ed effetti dell'intesa anticoncorrenziale, rilevava l'esigenza di guardare alle circostanze economiche rispetto alle quali deve trovare applicazione l'art. 85, n. 1, in particolare che "occorre considerare come senza l'accordo in questione la concorrenza avrebbe operato nell'ambito del mercato di cui si tratta"⁵⁴.

In realtà, l'orientamento appena ricordato, espresso in anni così remoti, non è mutato, nel senso che né la Commissione né la Corte hanno mai applicato "automaticamente" il divieto di cui all'art. 101, n. 1, del TFUE. Ed anzi a volte sono andate anche oltre, fino a considerare elementi diversi da quelli strettamente collegati all'assetto concorrenziale del mercato rilevante⁵⁵. Il maggior rigore, poi, riscontrato in alcune occasioni era dovuto alle esigenze della libertà di circolazione delle merci, dunque all'integrazione dei mercati. Anche tale rigidità, peraltro, è andata progressivamente attenuandosi, fino alla determinazione di esentare la categoria delle intese verticali salvo eccezioni determinate⁵⁶. Tale orientamento, tuttavia, piuttosto che con una improbabile e sottesa applicazione di un criterio di ragionevolezza, va più correttamente inquadrato in una esigenza di valutare il contesto economico nel quale le intese si collocano e, all'occorrenza, gli effetti che producono sull'assetto del mercato; esigenza che risulta oggetto di ancor maggiore attenzione con la riforma modernizzatrice introdotta nel 2003⁵⁷. Ed è appena il caso di sottolineare come la valutazione economica risponde a criteri rigorosamente scientifici molto precisi ed è dunque cosa ben diversa dalla ragionevolezza. Né questo orientamento del Tribunale può considerarsi contraddetto dalla ricordata sentenza *Wouters* della Corte di giustizia,

⁵³ Soc. *Téchnique Minière c. Maschinenbau*, causa 56/65, sentenza 30 giugno 1966, *Raccolta* p. 262 ss. Per una conferma a distanza di pochi giorni, v. la celebre *Consten e Grundig*, causa 56/64, sentenza 13 luglio 1966, *Raccolta* p. 458 ss.

⁵⁴ Soc. *Téchnique Minière*, *sopra citata*, p. 281 s.

⁵⁵ V. ad esempio *Wouters*, causa C-309/99, sentenza 19 febbraio 2002, *Raccolta* p. I-1577 ss., punto 97. V. sul punto anche le conclusioni dell'avvocato generale Léger.

⁵⁶ V. da ultimo il Regolamento n. 330 della Commissione, del 20 aprile 2010, in GUUE L 102 del 23 aprile 2010, relativo a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, che ha sostituito il regolamento del 1999; e del pari Le Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, Comunicazione della Commissione in GUUE C 11 del 14 gennaio 2011.

⁵⁷ Regolamento 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (oggi artt. 101 e 102 del TFUE), in GUCE L 1 del 4 gennaio 2003.

dove, all'interno della valutazione ex art. 85, n. 1, del TCE, viene individuata sia una restrizione della concorrenza, sia alcuni effetti positivi sull'esercizio della professione legale, introducendo pertanto un elemento di legittimazione dell'intesa estraneo alle condizioni di cui all'art. 85, n. 3⁵⁸.

Quanto appena sottolineato spiega perché la giurisprudenza comunitaria abbia espressamente escluso la rilevanza della *rule of reason* nella valutazione delle intese. Ad esempio, nel caso *Métropole TV M 6*, le parti ricorrenti deducevano che il principio comunitario di ragionevolezza imporrebbe, ai fini dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, una ponderazione degli effetti pro e anticoncorrenziali dell'accordo al fine di determinare se esso sia o meno compreso nella previsione della norma⁵⁹. Il Tribunale rispose che, "contrariamente a quanto rilevato dalle ricorrenti, l'esistenza di una tale regola non è stata, in quanto tale, confermata dai giudici comunitari. Anzi, in diverse sentenze la Corte e il Tribunale si sono preoccupati di indicare il carattere dubbio dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza"⁶⁰. Il Tribunale, poi, spiega che "un'interpretazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, come auspicata dalle ricorrenti, risulta difficilmente conciliabile con la struttura normativa di tale disposizione. Infatti, l'art. 85 del Trattato prevede esplicitamente, al n. 3, la possibilità di esonerare accordi restrittivi in materia di concorrenza quando questi ultimi soddisfino un determinato numero di condizioni....Solo nel preciso ambito di tale disposizione può intervenire una ponderazione degli aspetti pro e anticoncorrenziali di una restrizione"⁶¹. E conclude nel senso che l'interpretazione meno rigida del divieto di intese anticoncorrenziali che il giudice comunitario ha da sempre utilizzato non è affatto "una legittimazione dell'esistenza di una regola di ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza"⁶². Successivamente, il giudice comunitario, nel confermare

⁵⁸ V. sul punto, nel senso che "Deve peraltro essere respinto il riferimento fatto dalla Brasserie Nationale alle sentenze Cassis de Dijon e Wouters e a. Una volta appurato che l'oggetto di un accordo costituisce, di per sé, una restrizione della concorrenza, ad esempio una ripartizione della clientela, tale accordo non può sfuggire, per esigenze di ragionevolezza (*rule of reason*), alle disposizioni di cui all'art. 81, n. 1, CE per il fatto di perseguire altri obiettivi, come quelli oggetti di discussione in questa sede", Brasserie Nationale, causa I-49/02, sentenza 27 luglio 2005, *Raccolta* p. II-3033, punto 58

⁵⁹ *Métropole TV M6*, causa T-112/99, sentenza 18 settembre 2001, *Raccolta* p. II-2459 ss.

⁶⁰ *Métropole TV 6*, *sopra citata*, punto 72.

⁶¹ *Métropole TV 6*, *sopra citata*, punti 73 e 74.

⁶² *Métropole TV 6*, *sopra citata*, punto 76. Già nel caso Montecatini, sia il Tribunale che in sede di appello la Corte di giustizia avevano espresso dubbi sull'esistenza di una *rule of reason* nel diritto comunitario della concorrenza Montecatini c. Commissione, causa T-14/89, sentenza 10

che nell'analisi dell'accordo rispetto al divieto sancito dall'art. 85, n. 1, occorre considerare come il gioco della concorrenza avrebbe operato in assenza dell'accordo stesso, ha precisato che tale analisi non si risolve in un bilancio degli effetti pro e anticoncorrenziali, "né nell'applicazione di una *rule of reason* di cui il giudice comunitario ha escluso l'applicazione nel contesto dell'art. 85, n. 1, CE"⁶³.

7. Un ruolo autonomo, viceversa, risulta aver avuto la ragionevolezza sicuramente rispetto alla durata del processo e del procedimento amministrativo. Non poche sono le occasioni nelle quali la Corte ha fatto valere ed ha fatto applicazione di un criterio o principio di ragionevolezza dei termini⁶⁴. L'attenzione del giudice comunitario è stata inoltre collegata alle previsioni in tal senso della Carta europea dei diritti fondamentali, (già Carta di Nizza), e soprattutto della CEDU, sulla quale c'è anche una giurisprudenza consolidata puntualmente utilizzata dalla Corte di giustizia. Ad esempio, il Tribunale ha rilevato, in ordine alla ragionevolezza che deve contraddistinguere il termine previsto per la proposizione di azioni risarcitorie, che il rispetto di un termine ragionevole è un aspetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione e che occorre valutare il carattere ragionevole del termine in funzione delle circostanze proprie di ciascuna fattispecie, della rilevanza della controversia per l'interessato, della

marzo 1992, *Raccolta* p. II-1155, punto 265 ("265 Peraltro, va sottolineato che il carattere manifesto della violazione dell' art. 85, n. 1, del Trattato CEE e, in particolare, delle lett. a), b) e c) dello stesso osta comunque all' applicazione di una "rule of reason", ammesso che una regola del genere trovi applicazione nell' ambito del diritto comunitario della concorrenza, poiché essa dovrebbe, in tale ipotesi, essere considerata un' infrazione "per se" delle norme sulla concorrenza"; Montecatini, c. Commissione, causa C-235/92 P, sentenza 8 luglio 1999, *Raccolta* p I-4539 ss., punto 133 ("anche ammettendo che la «rule of reason» svolga un ruolo nell'ambito dell'art. 85, n. 1, del Trattato, essa non può in alcun caso escludere l'applicazione di tale norma nel caso di un'intesa che ha coinvolto produttori che detenevano la quasi totalità del mercato comunitario e concernente obiettivi di prezzo, la limitazione della produzione e la ripartizione del mercato. Il Tribunale non ha quindi commesso alcun errore di diritto nel dichiarare che il carattere manifesto dell'infrazione ostava in ogni caso all'applicazione della «rule of reason»).

⁶³ O2 Germany, causa T-328/03, sentenza 2 maggio 2006, *Raccolta* p. II-1231, punto 69.

⁶⁴ Nel senso preciso che "L'osservanza di un termine ragionevole nella conduzione dei procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza costituisce un principio generale di diritto comunitario, del quale il giudice comunitario assicura il rispetto", *Nederlandse Vereniging de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, causa C-105/04 P, sentenza 21 settembre 2006, *Raccolta* p. I-8725 ss., punto 35; v. anche *Guérin automobiles c. Commissione*, causa C-282/95 P, sentenza 18 marzo 1997, *Raccolta* p. I-1503, punti 36 e 37, e *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione (PVC II)*, cause C-238/99 e a., sentenza 15 ottobre 2002, *Raccolta* p. I-8375 ss., punti 171 e 179).

complessità del caso e del comportamento delle parti coinvolte⁶⁵. In un caso di pubblico impiego, la Corte ha avuto modo di esplicitare la propria posizione al riguardo, affermando che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti⁶⁶.

Nel caso *Imperial Chemical Industries*, in materia di concorrenza, è stato dedotto, come motivo d annullamento della decisione della Commissione, precisamente il principio della ragionevolezza dei termini del procedimento⁶⁷. Il Tribunale ha confermato che tale principio deve essere rispettato nei procedimenti amministrativi di concorrenza dinanzi alla Commissione, finalizzati all'adozione di una sanzione pecuniaria, nonché nel successivo procedimento giurisdizionale (punto 99). Il Tribunale ha precisato, peraltro, che la violazione del principio di ragionevolezza del termine potrebbe portare all'annullamento dell'atto, e non ad una mera sanzione pecuniaria, solo qualora comporti anche una violazione dei diritti di difesa (punto 109). Ed ha inoltre aggiunto che la ragionevolezza del termine va valutata alla luce delle specificità del caso di specie ed in particolare "della posta in gioco nella controversia per l'interessato, della complessità del caso e del comportamento del ricorrente" (punto 114)⁶⁸.

In una occasione più recente, il Tribunale, oltre a confermare che il rispetto di un termine ragionevole nei procedimenti amministrativi in materia di concorrenza "costituisce un principio di buona amministrazione", ha anche ribadito che l'inosservanza giustifica l'annullamento dell'atto solo quando abbia comportato una

⁶⁵ Eagle c. Commissione, causa T-144/02, sentenza 5 ottobre 2004, *Raccolta* p. II-3381 ss., punto 57 e seguenti.

⁶⁶ Z. c. Parlamento europeo, causa C-270/99 P, sentenza 27 novembre 2001, *Raccolta* p. I-9197, punto 23. La Corte precisa inoltre che "dalla giurisprudenza di questa Corte, come da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, emerge che la ragionevolezza della durata di un procedimento dev'essere valutata alla luce delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della lite per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento dell'interessato e di quello delle autorità competenti" (punto 24). V, anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ivi citata, nonché *Baustahlgewebe c. Commissione*, causa C-185/95 P, sentenza 17 dicembre 1998, *Raccolta* p. I-8417, punto 21.

⁶⁷ *Imperial Chemical Industries*, causa T-66/01, sentenza 25 giugno 2010, *Raccolta* p. II-2631 ss.

⁶⁸ V. anche *Gogos*, causa C-583/08 P, sentenza 20 maggio 2010, *Raccolta* p. I-4469.

violazione dei diritti della difesa e può essere invocato come motivo di pregiudizio dinanzi al giudice dell'Unione⁶⁹.

8. Come si vede, nella giurisprudenza comunitaria la ragionevolezza si collega strettamente al test di proporzionalità. Sta di fatto che il test viene operato su una qualità *interna* alla norma – la congruità e la coerenza rispetto al fine della norma stessa – ed è precisamente per questo che è consentito costruire la proporzionalità come oggetto di un principio del diritto comunitario o almeno come parametro autonomo al quale condizionare la legittimità di una norma. Se pertanto la ragionevolezza viene collegata con quella qualità della norma, se ne coglie agevolmente il difetto di autonomia, identificandosi essa con la coerenza e la congruità, in una parola la proporzionalità, della norma rispetto al suo fine. Tant'è che alcuni ritengono la ragionevolezza un concetto addirittura più ampio rispetto allo schema del principio di proporzionalità, identificandone il test sia con la c.d. terza fase, secondo la classica formula della prassi tedesca e cioè con la “proporzionalità in senso stretto”, sia con il bilanciamento degli interessi a confronto⁷⁰; altri, viceversa, ne riducono notevolmente la portata e l'idoneità a consentire un autonomo scrutinio di legittimità⁷¹. Quando viceversa la ragionevolezza viene cercata all'esterno della norma, se ne ritrova sì l'autonomia, ma si rischia di entrare in una sfera diversa, quella della ragionevolezza richiesta al giudice, che è altra cosa, priva di quegli ancoraggi oggettivi che possono trovarsi solo tra gli elementi propri della norma, e che è pertanto fatalmente esposta alla tentazione ed al rischio di una valutazione puramente soggettiva o addirittura arbitraria.

L'esclusione della ragionevolezza come autonomo parametro di legittimità nella giurisprudenza comunitaria è trasparentemente dovuta all'intento di evitare il rischio di valutazioni soggettive o pretestuose, comunque disancorate dal contenuto della norma e dalla coerenza con gli obiettivi perseguiti, che talvolta emergono alla lettura delle

⁶⁹ Eridania Sadam c. Commissione, causa T-579/08, sentenza 20 ottobre 2011, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 79 e seguenti. V. anche, in materia di disciplina delle ferie e di periodo ragionevole di riporto delle ferie, KHS c. Schulte, causa C-214/10, sentenza 22 novembre 2011, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 35 e 43 (“...si può ragionevolmente ritenere che un periodo di riporto del diritto alle ferie annuali retribuite di quindici mesi...non disconosce la finalità di tale diritto”).

⁷⁰ Grundig, causa C-255/00, sentenza 24 settembre 2002; Kapteyn-Verloren Van Themaat, *Introductions to the Law of the European Communities*, London 1998, p. 144.

⁷¹ Galetta D.U., *Le principe de proportionnalité*, in Auby-Dutheil de la Rochère (a cura di), *Droit administratif européen*, p. 370.

normative e della giurisprudenza nazionali. E' a questa tentazione che il giudice comunitario riesce, nel modo descritto, normalmente a sottrarsi.